



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA.**

NUBIA ANGÉLICA SABOGAL BOLÍVAR

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo
Bogotá D.C., Colombia
2015

**LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA.**

NUBIA ANGÉLICA SABOGAL BOLÍVAR

**Tesis presentada para obtener el título de:
Magister en Derecho**

**Directora:
Dra. Aura María Cárdenas Paulsen**

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo
Bogotá D.C., Colombia
2015

“Porque nada hay imposible para Dios”

Lucas 1:37.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, porque a su lado encontré la disciplina, dedicación y fortaleza necesaria para culminar esta investigación.

A mis Padres, a quienes admiro y agradezco su amor, confianza y respaldo en todas las etapas de mi vida. Este logro es para ustedes.

A mis hermanos Maritza y Sergio, gracias por su comprensión, sus silencios y su sacrificio. Gracias por hacer tuyas mis tareas cotidianas, por asumir mis responsabilidades en el hogar que compartimos. Fue la forma más hermosa de demostrar su apoyo.

A Johnny, amor mío gracias por tu compañía, tus oraciones, tu espera y paciencia durante todo este tiempo. A tu lado seguiré haciendo realidad muchos sueños de la mano del que todo lo puede.

Gracias a la Universidad Nacional de Colombia por admitirme en este programa académico y sembrar en mí la semilla del amor por la investigación y la docencia.

Finalmente gracias, muchas gracias, a la Dra. Aura María Cárdenas Paulsen, mi Directora de tesis. No he conocido hasta ahora, a otra docente tan apasionada por el ejercicio de su profesión, a quien le agradezco su rigor académico, su dedicación, su paciencia, y su enseñanza constante e integral, además de su ímpetu investigativo. Gracias por sus comentarios, su espontaneidad y simpatía, gracias por la motivación y por el excelente desempeño como mi Directora de tesis.

RESUMEN

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, se ve influenciada por principios provenientes del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho que hacen parte de la Constitución de 1991. Estos principios, y particularmente, los principios de orden social frente a principios de orden económico, pueden entrar en tensión en un caso concreto en el que la aplicación de cada principio da lugar a una solución contradictoria. Por esta razón, una mirada a la jurisprudencia constitucional permite identificar cuál ha sido el marco argumentativo que utiliza la alta Corte para resolver la colisión de principios. Además del procedimiento que utiliza el juez constitucional, también son objeto de estudio las teorías que pretenden abordar este problema jurídico desde la perspectiva de Robert Alexy, Ronald Dworkin y Jürgen Habermas. Bajo este sendero investigativo se pretende demostrar si se presenta un cambio reciente en la jurisprudencia constitucional, que establezca una condición preferente de aplicación a los principios de orden económico sobre los principios de orden social, en los casos de concurrencia y contrariedad en su aplicación.

Palabras clave: Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, modelos ideológicos, principios jurídicos, colisión de principios, derechos sociales, sostenibilidad fiscal, sostenibilidad financiera en materia pensional, ponderación, única respuesta correcta, justicia para todos.

ABSTRACT

The jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, is influenced by principles from the rule of law and the social rule of law that are part of the Constitution of 1991. These principles, particularly the principles of social order against economic order principles, can enter in conflict in a particular case where the application of each principle generates a contradictory solution. Therefore, a look at the constitutional jurisprudence allows to identify the argumentative framework that used the high Court to resolve the collision of principles. In addition to the method using the constitutional court, the theories that seek to address this legal problem from the perspective of Robert Alexy, Ronald Dworkin and Jürgen Habermas are also presented. This research path pretends to show whether a recent change in the constitutional jurisprudence establishes a preferent condition of application to the principles of economic order against the principles of social order, in the cases where concurrency and contrariness in its application is submitted.

Keywords: rule of law, social rule of law, ideological models, legal principles, collision (Contradiction) of principles, social rights, fiscal sustainability, financial sustainability in pension matters, weighing, only correct answer, Justice for all.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	1
2. CAPÍTULO I. DOS FORMAS DE ESTADO Y SU INCIDENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.	9
2.1. El Estado de Derecho.....	10
2.2. El Estado Social de Derecho	16
2.3. La Constitución de 1991 y los diversos modelos ideológicos al interior de la misma.	24
3. CAPÍTULO II. COEXISTENCIA DE PRINCIPIOS: ¿TENSIÓN DE PRINCIPIOS?	41
3.1. Los Principios en el Derecho	42
3.2. Rol de los principios en la Constitución de 1991	49
3.3. Colisión de Principios	52
3.3.1. Colisión de Principios en la interpretación de la Constitución de 1991	56
4. CAPÍTULO III. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	62
4.1. Gráfica de la Línea Jurisprudencial	68
4.2. Análisis Jurisprudencial	69
4.3. Conclusiones	98
5. CAPÍTULO IV. PRINCIPALES FÓRMULAS TEÓRICAS FRENTE A LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS.	102
5.1. Robert Alexy y la Ponderación de Principios Constitucionales.	103
5.1.1. El uso de la Ponderación por la Corte Constitucional colombiana.	114
5.1.2. Aplicación al caso colombiano de la Ponderación de Principios de Robert Alexy.	116
5.2. Ronald Dworkin y la tesis de la única respuesta correcta.	125
5.2.1. Aplicación al caso colombiano de la Tesis de la Única Respuesta correcta de Ronald Dworkin.	133
5.3. Jürgen Habermas y las decisiones “justas para todos”.	137

5.3.1. Aplicación al caso colombiano de la Tesis de las decisiones justas para todos, planteada por Jürgen Habermas.	141
6. CONCLUSIONES	145
7. BIBLIOGRAFÍA	152

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se consolida en la actualidad como una de las fuentes más importantes que en materia de decisiones judiciales se profieren en el derecho interno. Y es que, aun cuando la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado principalmente, también emiten decisiones judiciales de manera constante, la Corte Constitucional como guardiana de la Carta Política de 1991, encargada de garantizar la supremacía del texto constitucional, produce una enriquecedora jurisprudencia en prácticamente todos los contextos que involucran a los miembros de la comunidad.

Los jueces (entiéndase también magistrados de altas corporaciones), inicialmente, solo están sometidos al imperio de la ley, tal como señala la Constitución en su Artículo 230, que indica:

“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Sin embargo, en el ejercicio de la actividad judicial el juez no se limita exclusivamente a la mera aplicación de la disposición legal, sino que se involucra con el ordenamiento jurídico como un todo, realizando una interpretación que determine la norma vigente aplicable al caso concreto pendiente de solución¹, para lo cual acude a herramientas fundamentales como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho e incluso la doctrina, cuando se encuentra con casos que requieren de una solución más compleja que una subsunción lógica entre hecho, norma y consecuencia jurídica. El contenido de estos criterios de interpretación jurídica, ha sido influenciado por el tránsito histórico que ha sufrido el Estado colombiano desde sus inicios hasta la actualidad.

Una muestra de ello es la coexistencia de dos modelos de Estado en la Constitución de 1991. El primero de ellos, el Estado Social de Derecho, cuyo establecimiento es claro desde el primer artículo del texto constitucional y que pretende garantizar el reconocimiento y la

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-446 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

materialización de derechos sociales. La cláusula “social”, que contribuye a la fórmula política hoy conocida como el Estado Social de Derecho, es un aporte significativo y novedoso del constituyente que supera ampliamente el Estado legalista de la Constitución de 1886.

El segundo modelo de Estado que hace parte de la Constitución de 1991 no está consagrado como fórmula política *per se*, pero se encuentra implícito en diversos apartes del texto constitucional de cuya interpretación se desprenden características provenientes del Estado Liberal como, por ejemplo, los principios constitucionales de índole económico, que se justifican como herramienta para ajustar la economía del país a las condiciones actuales del mercado financiero.

Desde una perspectiva sistemática, la Constitución de 1991 se erige como la norma suprema al interior del ordenamiento jurídico colombiano que regula la vida política de la sociedad, estableciendo los derechos de los individuos, las garantías para su efectividad, pero también los deberes correlativos que estas prerrogativas implican. Por lo tanto, resulta prácticamente natural encontrar en su interior rasgos del Estado Social de Derecho, como fórmula política dominante, y rasgos del Estado Liberal; características que integran el sistema normativo de manera armónica, en el nivel de abstracción propio de las normas constitucionales.

La apertura a esta renovada etapa constitucional fue la consecuencia del deseo de la Asamblea Constituyente de romper con viejos paradigmas legalistas y dar paso a una concepción del derecho y del ordenamiento jurídico coherente con la realidad social del país y las necesidades políticas, sociales y económicas de diversos grupos culturales que tuvieron participación en la concepción y redacción de lo que hoy se conoce como la Constitución de 1991.

Una característica de esta evolución constitucional es la tendencia protagónica de los principios jurídicos en el texto constitucional, diseñados para establecer parámetros de creación y aplicación del derecho, en armonía con los fines del Estado Social de Derecho, fórmula política que caracteriza al país a partir del año 1991. Adicionalmente, la Corte

Constitucional se consolida como un tribunal especializado en derecho constitucional, encargado de la protección de la Carta Política y de velar por su supremacía e integridad, así como también conoce sobre aquellos conflictos que se presenten entre el texto constitucional y normas legales de inferior jerarquía, mediante el estudio de acciones de inconstitucionalidad.

En esta labor del juez constitucional, de desentrañar y salvaguardar el contenido y los fines del Estado Social de Derecho plasmados en la Constitución, el operador judicial se convierte en un intérprete natural de la Carta del 91, por lo que debe proferir sus decisiones conforme a las normas y principios plasmados en ella, de forma prevalente sobre otras disposiciones que hacen parte de la pirámide normativa, aunque ubicadas en un rango de inferioridad. Esta actividad judicial se vuelve más compleja cuando la Corte debe pronunciarse sobre dos normas o principios que están comprendidos dentro de la misma escala jerárquica, pero en su contenido se hacen tan disímiles al provenir de diversos modelos de Estado, que se dificulta su armonización. Se trata, para la presente investigación, de la coexistencia de principios constitucionales de contenido social y económico, que brindan respaldo a los fines perseguidos por el Estado Social de Derecho. En general, la aplicación simultánea de estos principios de diversa naturaleza, no tiene como consecuencia una contradicción dentro del sistema jurídico, puesto que su objetivo es proteger desde diferentes aristas la prevalencia del interés general y garantizar la efectividad de los derechos, principalmente.

Sin embargo, la concurrencia entre principios no siempre supera satisfactoriamente este ejercicio de armonización y coexistencia al interior del ordenamiento jurídico, por lo que el juez debe realizar un juicio interpretativo para identificar la solución jurídica más eficaz en la respuesta a casos concretos en los que se presente una tensión producida por la imposibilidad de aplicar simultáneamente los dos principios a un mismo caso y obtener una solución armónica y coherente con el ordenamiento jurídico interno.

El enfoque de esta investigación está delimitado entonces por la coexistencia, dentro del texto constitucional, de normas y principios provenientes de diversas formas de Estado, lo

cual lleva a la Corte Constitucional colombiana a enfrentarse a una tensión entre principios de uno y otro modelo, cuando debe resolver casos concretos a través de su jurisprudencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema de investigación que se plantea de forma puntual es la colisión de principios de orden económico y de orden social en la interpretación que el juez Constitucional da a los principios jurídicos en su aplicación a un caso concreto, particularmente, aquellos que enfrentan principios de tipo económico, como la sostenibilidad fiscal del Estado, con principios de tipo social, donde se reclama la garantía y efectividad de derechos sociales. En este orden de ideas, la pregunta de investigación que se constituye como la hoja de ruta de la investigación que a continuación se desarrolla, es si la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, en comparación con la de los primeros años de ejercicio de la misma, presenta un cambio de tendencia hacia la defensa de principios con contenido económico y de sostenibilidad fiscal, frente a aquellos principios que contienen derechos sociales, en casos en los que estos intereses se vuelven contradictorios.

Ante tal cuestión, se debe partir del hecho ya antes mencionado en cuanto a que, en la Constitución de 1991, coexisten principios de orden social y económico, coadyuvantes de la labor del Juez Constitucional al momento de interpretar y decidir con fundamento en la normatividad. Sin embargo, se pretende demostrar que la naturaleza diversa de estos principios abre el camino a dificultades en su interpretación por parte del juez Constitucional, que se encuentra ante una tensión entre principios que ofrecen una respuesta contradictoria a un mismo caso, como se verá en la línea jurisprudencial donde la Corte estudia casos concretos de tensión entre principios de orden social y principios de orden económico. Para dar solución a esta tensión, resultan válidas teorías como la ponderación de Robert Alexy, la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin, o las decisiones justas para todos, según Jürgen Habermas, aplicadas al caso colombiano para consolidar su demostración empírica para llegar a concluir que si se presenta un cambio en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional que se inclina hacia la defensa de intereses con contenido económico, frente a aquellos principios de tipo social, aunque no de manera general.

Para vislumbrar la problemática anteriormente planteada y darle respuesta a la cuestión central, el presente trabajo de investigación se desarrollará de la siguiente manera:

En el primer capítulo, se hará un recorrido por las principales características del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, como fórmulas estatales que constituyen el fundamento político a tener en cuenta en la Constitución de 1991. Adicionalmente, se pretende determinar cómo, en la práctica, el contenido ideológico de estas formas de Estado está claramente estipulado en algunos artículos del texto constitucional a través de principios y parámetros rectores que definen el ordenamiento jurídico y orientan la actividad de las diferentes autoridades estatales, por lo que resultan referente necesario en la labor de interpretación adelantada por el juez constitucional.

En el segundo capítulo se desarrollará el concepto de colisión de principios, para determinar si este fenómeno tiene lugar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para empezar, se harán consideraciones sobre el concepto de principio, noción que no ha tenido consenso en cuanto a su significado por las diferentes teorías jurídicas. Una vez delimitada la noción de principio jurídico, y establecida su distinción respecto de las reglas jurídicas, se analizará cuál ha sido el rol de los principios al interior de la Constitución de 1991, para finalmente dar paso a las diferentes teorías sobre colisión o antinomias entre principios, incluida la posición de la Corte Constitucional sobre el tema.

La colisión de principios generalmente tiene lugar en la solución de casos concretos, que requieren de una labor interpretativa por parte del juez constitucional. Por ello, en el tercer capítulo se realizará un análisis jurisprudencial que recopila las principales sentencias que la Corte Constitucional ha proferido en materia de protección de derechos de índole social e índole económica y fiscal, frente a diversos casos. Este estudio jurisprudencial pretende considerar de cerca el problema jurídico al que se enfrenta el juez constitucional cuando se enfrenta a casos de colisión de principios, de orden social respecto de principios de orden económico, particularmente, además de analizar la herramienta jurídica que utiliza para abordar y superar la tensión de principios y la influencia que factores sociales, económicos y de contexto, pueden tener en la decisión judicial.

En el cuarto y último capítulo de la tesis se hará un recorrido por las principales teorías que ofrecen solución a la colisión de principios al interior de un sistema normativo, destacando la propuesta de Robert Alexy y la ponderación de principios constitucionales, y el planteamiento de Ronald Dworkin y Jürgen Habermas, quienes destacan la tesis de la única respuesta correcta como pretensión de alcanzar decisiones justas para todos, aunque con distinciones importantes en su aplicación. El contenido de este capítulo describirá detalladamente los principales elementos de las propuestas teóricas señaladas anteriormente, y establecerá las diferencias entre uno y otro autor para, finalmente dar paso a una comprobación empírica en la que las tres teorías sean aplicadas al caso colombiano de tensión de principios en la jurisprudencia constitucional, puesto en evidencia en el artículo tercero; para finalmente determinar las herramientas de interpretación y argumentación que usa y debería usar el juez constitucional para resolver casos que contienen una colisión evidente entre principios cuyo contenido ideológico es contradictorio.

Cabe anotar que para desarrollar el problema jurídico, se realizó un recorrido teórico por las principales sentencias de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, cuando su garantía se ha visto en juego por entrar en abierta contradicción con principios de orden económico que buscan proteger las finanzas del Estado. El objetivo de esta línea jurisprudencial es dejar establecido con claridad que la Corte Constitucional en primera medida, no realiza una simple aplicación de reglas jurídicas a circunstancias de hecho, sino que acude generalmente a un complejo ejercicio hermenéutico en el que interpreta e integra factores sociales, económicos, y de política pública por ejemplo, para construir una decisión judicial que tenga en cuenta el ordenamiento jurídico de manera sistemática. Adicionalmente, el estudio de jurisprudencia servirá como comprobación del nivel de abstracción de los principios constitucionales y su posible colisión en la aplicación de los mismos a casos concretos, con respuestas contradictorias. La línea jurisprudencial constituye la evidencia empírica de que la alta Corte ya se ha visto enfrentada a la colisión de principios jurídicos de jerarquía constitucional y permite además identificar los parámetros que ha usado el operador judicial para dar respuesta a esta tensión.

En este contexto y como marco teórico que sustenta la presente investigación, se realizará un análisis detallado de tres teorías que proponen una herramienta para solucionar la colisión de principios en un ordenamiento jurídico. También tendrá lugar la aplicación de estas teorías al caso colombiano y particularmente, a la tensión latente entre principios constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la línea jurisprudencial realizada.

Los autores elegidos para esta tarea son Ronald Dworkin, Robert Alexy y Jürgen Habermas. Para dejar claramente establecida la necesidad de analizar su aporte en materia de colisión de principios jurídicos, resulta preciso mencionar brevemente su trayectoria e importancia en el Derecho contemporáneo.

En primer lugar, Robert Alexy² es uno de los filósofos del derecho más importantes para los países de habla hispana. Su tesis de doctorado, “Teoría de la argumentación jurídica” se constituye como material de lectura prácticamente obligado de los estudiantes de derecho. En esta obra precisamente, es donde Alexy plantea ideas como la pretensión de corrección que integra a las decisiones judiciales y en general a los ordenamientos jurídicos; el vínculo existente entre derecho y moral y la importancia de los principios en la argumentación jurídica como mandatos de optimización.

En segundo lugar, Ronald Dworkin fue uno de los juristas norteamericanos más influyentes en el derecho contemporáneo. Su producción científica en general, es recordada por su abierta contraposición a las teorías positivistas y utilitaristas del derecho, y su obra más destacada es probablemente “Los derechos en serio”. Para Dworkin tomar los derechos en serio implica reconocer la influencia de la moral y de la justicia en el ordenamiento jurídico, reconociendo los derechos del individuo aún por encima de objetivos colectivos o de bienestar social³. Otro de los aportes de Dworkin la concepción del derecho como

2 ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de filosofía del derecho DOXA. Universidad de Alicante. 1989. p.5-10. Disponible en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf> [citado 01 de septiembre de 2015]

3 PRIETO SANCHÍS, Luis. Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. Comentario al libro “Los derechos en serio” traducción de Marta Guastavino, prólogo de Alberto Calsamiglia. Editorial Ariel,

práctica argumentativa y la propuesta del Juez Hércules, que le sirve a Dworkin para indicar que la interpretación constitucional requiere de elementos morales, por lo que la ideología del juez se vuelve un factor determinante en la decisión judicial. De otra parte, para Dworkin la igualdad, debe prevalecer al interior del ordenamiento jurídico como virtud soberana del mismo⁴.

En tercer y último lugar, se analizará la propuesta teórica de Jürgen Habermas. Este autor, es uno de los filósofos alemanes más destacados de la llamada segunda generación de la Escuela de Frankfurt. Una de sus obras más representativas es “Facticidad y validez”, donde el autor advierte, entre otros aspectos, que un sistema jurídico está compuesto no solamente de normas, sino de principios que se relacionan con la racionalidad de tipo moral y ético. Una de sus principales propuestas es la teoría de la acción comunicativa, en la cual el lenguaje adquiere protagonismo en las relaciones sociales de los individuos, como constructo necesario para superar el paradigma del conocimiento basado en el sujeto conocedor y objeto cognoscente, dando lugar al reconocimiento del lenguaje como fuente de racionalidad⁵.

Frente a la colisión de principios, Alexy, Dworkin y Habermas han dejado establecida una posición que reconoce, en primera medida, la importancia de los principios jurídicos en el derecho contemporáneo, pero plantea diferentes fórmulas teóricas para abordar su complejidad y posible solución, teorías que serán objeto de análisis para establecer su similitud con la solución hermenéutica que usa la Corte Constitucional actualmente, así como los elementos y aportes principales.

Barcelona, 1984. p. 353-358. Disponible en: <http://Dialnet-TeoriaDelDerechoYFilosofiaPoliticaEnRonaldDworkin-241940.pdf>. [citado 01 de septiembre de 2015]

4 BERNAL PULIDO, Carlos. Ronald Dworkin y el derecho como práctica argumentativa. En: Revista ámbito jurídico. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130227-14ronald_dworkin_y_el_derecho_como_practica_argumentativa/noti-130227-14ronald_dworkin_y_el_derecho_como_practica_argumentativa.asp?Miga=1. [citado 01 de septiembre de 2015]

5 BERTHIER, Antonio E. Jürgen Habermas; El Giro Lingüístico de la sociología y la Teoría Consensual de la Verdad. En: Revista observaciones filosóficas, México D.F. Disponible en: <http://www.observacionesfilosoficas.net/jurgenhabermas.html>. [citado 01 de septiembre de 2015]

2. CAPÍTULO I. DOS FORMAS DE ESTADO Y SU INCIDENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

En este primer apartado se busca establecer las principales características de los distintos modelos ideológicos que integran la Constitución de 1991, por lo que particularmente se analizarán los principales elementos del Estado de Derecho - Estado Liberal, delimitando los rasgos que consolidaron esta fórmula política; verbigracia el auge del individualismo, las relaciones de mercado sin intervención estatal y la concepción legalista del derecho⁶, de conformidad con el contexto sociocultural en el cual tuvo lugar.

Se hará también un breve repaso por las causas que condujeron a la transición histórica entre el Estado de Derecho a lo que hoy se conoce como Estado Social de Derecho y Estado Constitucional, analizando en detalle cuáles son los paradigmas que supera esta nueva concepción del Estado, con observancia de sus componentes fundamentales, los rasgos que conserva de la fórmula estatal clásica y la finalidad que pretende esta nueva tendencia de organización social que tiene en el texto constitucional, en la teoría de los principios y en el enfoque social⁷, unos de sus más destacados elementos.

Finalmente, una vez delimitado el camino que ha surtido el concepto de Estado en las dos formas descritas con anterioridad, conviene analizar cuál fue el desarrollo en el texto constitucional colombiano, también objeto de una transición significativa entre la conservadora Constitución de 1886 y la progresista receta política enmarcada en la Constitución de 1991.

En este sentido, conviene destacar puntualmente aquellos apartes del texto constitucional que pueden dar pistas sobre la presencia de principios provenientes de las características del Estado de Derecho Liberal y del Estado Social de Derecho, estableciendo con ello, en primer lugar, su coexistencia e igualdad en términos de jerarquía al interior de la Constitución, y en segundo lugar, su posible contradicción, en algunos casos concretos.

⁶ VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y Judicialización del Derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 23-46.

⁷ Ídem.

Lo anterior también puede conducir a la existencia de teorías críticas acerca del futuro del Estado Social de Derecho, por lo que se analizará el argumento de varios autores, frente a los principios que prevalecen en la jurisprudencia y en las instituciones públicas y cuál es el impacto que su acogida puede tener en el futuro del derecho colombiano.

2.1. El Estado de Derecho

Esta fórmula proviene de la ruptura de paradigmas que ocasionó la Revolución Francesa y el consecuente protagonismo de las relaciones reguladas por el derecho privado. Con la liberación del sesgo religioso proveniente del Estado absolutista, al dejar de lado la idea de Dios como centro de la comunidad política, se ubica en primer plano el interés común de los miembros de la sociedad, destacando la importancia del individuo⁸. Este modelo de estado se encuentra caracterizado por la defensa de la libertad de los individuos y la prácticamente nula intervención del Estado, herramienta estratégica adoptada para asegurar la postergación de las condiciones competitivas del mercado⁹. La organización estatal de este tipo fue predominante en casi todos los países de Europa continental desde principios del siglo XIX hasta el fin de la segunda guerra mundial¹⁰, aproximadamente, momento en el cual la catástrofe causada con el genocidio nazi condujo a reflexionar sobre el papel del Estado en la sociedad mundial.

Teniendo en cuenta que con la Revolución Francesa tuvo lugar la reivindicación del hombre como individuo sujeto de derechos, el individualismo es reivindicado, de tal forma que el Estado se limita a garantizar la libertad del individuo¹¹.

Este rol principal del individualismo en el Estado Liberal hace necesario establecer algunas precisiones sobre su significado, entendido como una sociedad compuesta por individuos abstractos e independientes en cuanto a sus deseos e intereses. La representación política, en igual sentido, estaba marcada por la defensa de un interés individual, sin rasgo alguno de

8 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid. Editorial Trotta S.A. 2000. p. 19.

9 TORRES ÁVILA, Jheison. El mandato del Estado Social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomás, 2012. p. 75.

10 VIGO, Op. cit., p. 23.

11 Ibid., p. 23,24.

búsqueda de bienestar general o común. Frente al individualismo, la función del Estado estaba limitada a garantizar que el sistema jurídico facilitara la obtención de la realización de los derechos de la persona, como individuo¹² en el marco de las relaciones del mercado.

En este orden de ideas, el bienestar social era básicamente la suma de los intereses individuales, bajo la perspectiva de la libertad. Así, el ciudadano solo estaba obligado a cumplir lo que ordenaba la ley y los aspectos éticos o morales se encontraban relegados a un plano personal¹³. El Estado de Derecho buscó dar respuesta a los excesos del Estado Absolutista, con la pretensión de superar la fuerte ausencia de libertades del ser humano, al igual que la concentración y extralimitación de aquellos quienes ostentaban el poder¹⁴. Sin embargo, aun cuando la intención del Estado de Derecho era remediar los males del absolutismo, esta forma de Estado conservó como instrumento jurídico la supremacía de la norma. El contenido y la aplicación de la norma se mantienen intactos, cambiando únicamente la fuente que profiere la misma¹⁵, al recaer esta función en el legislador. En cuanto a la Constitución como texto normativo, surge a consecuencia de las revoluciones burguesas y la necesidad de consolidar un poder legítimo y soberano proveniente del consentimiento del pueblo, encaminado a limitar la acción del Estado a la protección de las libertades individuales y la prevención de abusos a través de la división tripartita de poderes¹⁶. Entonces, no se consolidaba como fuente de derecho sino como mero programa político que el poder legislativo adaptaba y reformulaba al contenido de la ley. En los textos constitucionales, las disposiciones más frecuentes estaban relacionadas con la estructura y funcionamiento del Estado, sin considerar ni siquiera la necesidad de un contenido axiológico o finalista. Se consolidó entonces una teoría positivista del Derecho, donde la

12 PERONA, Ángeles J. Entre el Liberalismo y la Socialdemocracia. Popper y la sociedad abierta. Barcelona: Editorial Anthropos, 1993. p.128.

13 Ibid., p. 24.

14 VALADÉS, Diego. Problemas Constitucionales del Estado de Derecho. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011. p 20.

15 Ibid., p. 21.

16 GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 28.

ley consagrada expresamente como tal, era el único derecho, negando la existencia de alguna norma o derecho supranacional¹⁷.

Otro aspecto que caracteriza a este modelo de organización estatal es el principio de legalidad, que implica el sometimiento a las disposiciones legales por parte de los ciudadanos y de las autoridades del Estado. La ley cumple una doble función, de una parte, legitima el poder de los gobernantes, quienes representan ahora el interés de los individuos con derechos políticos y, de otra parte, limita este poder para que los derechos individuales se garanticen y protejan bajo el imperio de la ley¹⁸.

Las principales características de la ley dentro del Estado de Derecho, son para autores como Carlos Nino, su generalidad, universalidad, irretroactividad, estabilidad o firmeza, leyes públicas, definidas e imparciales, proferidas e interpretadas por organismos independientes¹⁹.

Además, en el Estado de Derecho se presenta una ruptura entre la organización estatal y la sociedad, pues los dos tienen un alto grado de autonomía e independencia. La organización estatal estaba constituida jerárquicamente, con un sistema normativo estructurado en Códigos, que garantizaba la libertad individual, la seguridad y la propiedad, principalmente. La sociedad, por otro lado, era una estructura organizada bajo el enfoque económico y las relaciones de mercado, donde aquellos que dominaran la competencia y sobrevivieran a la ley del más fuerte eran considerados superiores dentro de la escala social²⁰.

Es decir que no existía una intervención real del Estado en las reglas sociales preestablecidas y la normatividad y la administración estatal eran factores que claramente,

17 MADRIÑÁN, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho. Bogotá D.C. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. 1997. p. 50.

18 Ídem.

19 NINO, Carlos. Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino. Editorial Emecé, Buenos Aires, 1992. p. 38.

20 GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo. 2 ed. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 21, 22.

no tenían en cuenta la realidad social y la desigualdad que el capitalismo salvaje empezaba a causar.

Para autores como Rodolfo Vigó²¹, el imperio de la Ley, fue una de las características principales en el Estado de Derecho, siendo incluso considerados, la ley y el derecho prácticamente lo mismo, razón por la cual esta es una etapa codicista, siendo los Códigos los que contienen y regulan todo el derecho vigente²². Fortaleciendo este dominio legal, la estructura del Estado estaba compuesta por una fórmula tripartita donde el poder legislativo hacía la ley, el poder ejecutivo la ejecutaba y el poder judicial estaba al tanto de su aplicación. Había entonces una marcada jerarquía del poder legislativo, al ser el creador de la norma, y los otros dos poderes funcionaban por lo tanto de manera residual²³. Esta división del poder es una característica relevante del Estado de Derecho pues mediante la intervención y regulación de tres esferas de poder, se buscaba proteger el interés individual y tratar de evitar la arbitrariedad desafortunada que suele ocasionar la posición dominante de uno de los poderes²⁴. Además de lo anterior, en la visión de Rousseau²⁵, la ley era la manifestación máxima de la voluntad general, representada en el poder legislativo, por lo que la ley era considerada como infalible, sin que aparentemente ningún asunto escapara de su regulación. La Ley era formulada bajo el presupuesto de los hechos que tienen consecuencias jurídicas, por lo que la norma se aplicaba únicamente a los casos expresamente contemplados en la misma. Al ocupar la ley un papel protagónico en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica se constituyó en un valor dominante, de donde nace la expresión “*dura lex, sed lex*” lo que significa que aun cuando la ley estuviera en contra de los intereses de los individuos, al ser la manifestación de la voluntad general debía cumplirse a cabalidad. En la práctica, los postulados de la seguridad jurídica se enfrentaban con el anhelo de justicia, puesto que al ocurrir una reforma legal con renovadas ideas de justicia, este nuevo mandato no podía aplicarse a eventos ocurridos con

21 VIGO, Op. cit., p. 23.

22 Ibid., p. 25.

23 Ibid., p. 27.

24 BENDA, Ernesto. Manual de Derecho Constitucional. El Estado Social de Derecho. 2 ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons S.A, 2001. p. 503.

25 VIGO, Op. cit., p. 29.

anterioridad, ante la posible vulneración de la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico²⁶

Otro aspecto relevante durante esta etapa en la evolución del Estado, es que este era considerado como el poder último dentro de la escala jerárquica y por lo tanto la soberanía del Estado Nación concentraba el poder sin tener en cuenta ningún tipo de normatividad internacional, como la que hoy se conoce²⁷.

Adicionalmente, la democracia de esta fórmula política era de carácter procedimental. Para empezar, la posibilidad de elegir estaba reservada para el propietario, por lo que conceptos como la justicia y los derechos terminaban reduciéndose al sentir del número de propietarios con capacidad electoral, como supuesta manifestación de la voluntad general. Esta circunstancia le otorgó al ejercicio de la democracia la riesgosa consecuencia de pronunciarse y decidir sobre cualquier aspecto de manera ilimitada, sin que sus decisiones pudieran considerarse injustas, pues, como ya se señaló, el legislador estaba democráticamente facultado bajo la égida de la soberanía popular²⁸.

En igual sentido, como fruto del status que la ley tenía en el Estado de Derecho, para ser juez se exigía tan solo un conocimiento técnico de la ley, puesto que la misma no exigía un ejercicio de interpretación y bastaba con su aplicación al caso concreto. En este orden de ideas, el juez estaba limitado por el imperio de la ley, sin que fueran válidas consideraciones de tipo moral o contextual al solucionar determinada controversia. Se presentaba una marcada distinción entre el mundo del derecho y otras acepciones como la moral, por lo que las mismas no tenían cabida dentro de esta forma de Estado²⁹.

Frente al tema, el fenómeno causado por Hitler en Alemania ocasionó un replanteamiento del concepto de derecho positivo, puesto que, aun cuando este dictador tenía la competencia legal para legislar a su voluntad, en los juicios de Nuremberg se determinó que las disposiciones proferidas dentro del Estado Nacionalsocialista carecían de toda

26 BENDA, Op. cit., p. 494.

27 Ibid., p. 32.

28 BENDA, Op. cit., p. 489.

29 Idem.

validez, pues iban en contra de principios universales de justicia, de tal manera que su aplicación configuró la existencia de un no-derecho³⁰.

Otra de las características del Estado Liberal clásico es el denominado “*laissez faire*”, consistente básicamente en la no intervención del Estado en materia económica, para incentivar el libre desarrollo del mercado, de tal forma que, a través de las relaciones de capital, se estructure la vida en sociedad sin que la figura estatal juegue un rol de inspección o regulación de ningún tipo³¹. Sin embargo, la obsesión por la riqueza y la libertad excesiva del individuo dentro de la sociedad conllevaron a que, finalmente, la población que no contaba con herramientas para mantenerse en la dinámica que implica la oferta y la demanda, se hiciera vulnerable ante condiciones de pobreza e insatisfacción de necesidades básicas, entre otros males.

Hasta aquí, puede decirse que el Estado de Derecho carecía de conexión con la realidad social y el contexto en el que era aplicable la ley, razón por la cual su carácter individualista, legalista y dogmático junto con el impacto de la segunda guerra mundial y particularmente del holocausto nazi, hizo necesario un cambio en la fórmula de Estado dominante hasta entonces y tuvo lugar el tránsito entre el Estado Liberal a lo que hoy conocemos como el Estado Social de Derecho, fórmula estatal que surgió entre otras razones ante la necesidad de resarcir el daño ocasionado a los desposeídos con la política de libre mercado sin intervencionismo de ningún tipo. En el Estado Social de Derecho se reconoce que la intervención estatal es necesaria, para evitar las consecuencias negativas que afloran ante el deseo exagerado del incremento de capitales, bajo la dinámica de la competencia económica sin regulación del “dejar hacer, dejar pasar”³².

En el siguiente capítulo se verá en detalle, como la nueva concepción del Estado que se abrió campo le otorga facultades al mismo para regular el sistema social (con el que antes

30 VALADÉS. Op. cit., p 22.

31 VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. Derecho Constitucional. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 206.

32 GARCÍA PELAYO. Op. cit., p. 23.

no tenía conexión), cambiando los fines individuales por el interés general y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, entre otros objetivos.

A continuación se presentan los principales elementos del Estado Social de Derecho.

2.2. El Estado Social de Derecho

Esta forma de Estado se interesa por la efectividad de los derechos asistenciales y la garantía de estas prerrogativas en pro del bienestar social, afectado por el librecambismo salvaje del Estado Liberal³³. En consecuencia, el Estado Social de Derecho busca la protección de los individuos en situación de pobreza o deterioro económico a través de la cobertura y satisfacción de sus necesidades elementales de subsistencia³⁴.

En términos generales, el Estado Social de Derecho conserva la gran mayoría de rasgos del Estado de Derecho, al considerar el marco legal y el respeto por las libertades individuales como determinador de la vida en sociedad. Sin embargo, en esta forma de Estado se incorpora un nuevo atributo “social” que asigna a la organización estatal la responsabilidad de contribuir al mejoramiento de las condiciones sociales y la protección de los derechos fundamentales y prestacionales, entre otros.

Pese a que se conserva la noción del Estado de Derecho, es evidente que la adición de la cláusula social tiene múltiples implicaciones, al estar compuesta por un principio rector vinculante para todas las autoridades estatales, en el marco de los fines del Estado³⁵. Sin embargo, una vez empezó a hablarse del Estado Social de Derecho, surgieron conceptos diversos de lo que debía entenderse por social. Esta es una de las dificultades que presenta este concepto, puesto que al tener un carácter abierto, que puede ser fácilmente interpretado desde diferentes perspectivas, se corre el riesgo de que los diferentes poderes del Estado politicen el concepto, haciendo pasar como social cualquier clase de interés subjetivo³⁶.

33 VELASQUEZ TURBAY. Op. cit., p. 288.

34 MADRIÑÁN. Op. cit., p. 54.

35 BENDA. Op. cit., p. 521.

36 Ibid., p. 522.

Por esta razón, la cláusula social empezó a ser entendida como una herramienta estatal encaminada a la protección de la población vulnerable por situaciones de pobreza e indefensión, herramienta que implica también una obligación para el Estado, ahora encargado de velar por garantizar la protección de los intereses de los más necesitados, demostrando así que el individualismo característico del Estado de Derecho ha sido superado por una forma de organización estatal preocupada por el bienestar general de todo el conglomerado social³⁷.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-406 de 1992³⁸, señala frente a la palabra “social” (en la fórmula del artículo primero constitucional que define a Colombia como un “Estado Social de Derecho”) que la misma no debe entenderse como simple adorno filantrópico de la nueva Constitución Política sino que, por el contrario, tiene un componente proveniente del Estado de bienestar, en la medida que pretende garantizar la prestación y asistencia en derechos vitales para la población menos favorecida; así como también es una expresión recurrente en el marco del Estado constitucional democrático, como herramienta para delimitar y controlar el poder político, pues la cláusula social debe interpretarse bajo el conjunto de principios y valores fundamentales existentes al interior del texto constitucional.

Al convertirse el Estado de Derecho en lo que hoy se conoce como Estado Social de Derecho, se consolida la protección de los derechos civiles y políticos, agregando la protección de los derechos sociales³⁹. Para constituirse el Estado Social de Derecho como fórmula política, se recogen elementos estructurales de tres distintas formas de Estado⁴⁰. Del Estado Liberal se conserva el respeto por la limitación a las facultades del Estado y consecuentemente el fomento a las libertades individuales y el desarrollo de la economía. Del Estado Democrático se sigue el ejemplo en aspectos relacionados con la soberanía

37 Ibid., p. 524.

38 Corte Constitucional. T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

39 DE VERGOTINNI, Guisepe. Las Transiciones Constitucionales. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2002. p 72.

40 UPRIMNY, Rodrigo. Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá D.C: Ediciones Rosaristas, 1997. p. 116-117.

popular y con ella la formación de voluntad política y, del Estado Social, se asume como elemento propio la búsqueda del bienestar general y una justicia mínima material para todos los habitantes del territorio.

El modelo social no suprime entonces la libre competencia que caracteriza al derecho privado, siendo ahora su función ejercer un control y una regulación directos sobre las relaciones económicas, aun cuando, ahora brinda mayor relevancia a los derechos sociales sobre las libertades individuales y ubica los intereses de la sociedad en el centro del sistema, papel que ocupaba en el modelo anterior la economía del mercado. Al presentarse este incremento en la competencia del Estado en asuntos de la vida en sociedad en los que anteriormente no había ningún tipo de control público, se reconoce la igualdad formal ante la ley, pero se superan las desigualdades económicas características del Estado de Derecho⁴¹ mediante el reconocimiento de la igualdad material y efectiva, que introduce distinciones positivas entre sectores de la población teniendo en cuenta su condición socioeconómica, principalmente⁴².

En este orden de ideas, el Estado y su función de administrador de las diferentes esferas de la vida nacional, lleva a la implementación de herramientas tendientes al control de la economía y la satisfacción de intereses de todos los sectores sociales a través de la limitación de la propiedad privada, la consolidación de un derecho laboral garantista y el interés público en la actividad económica, la cual se encontraba únicamente en el campo del derecho privado⁴³, entre otras medidas.

Por lo tanto, el Estado debe procurar la garantía de un orden económico, a través de normas constitucionales relacionadas directamente con la intervención del Estado en la economía, que permitan como fin último, la realización de los fines sociales que hacen parte del núcleo esencial de esta estructura estatal⁴⁴. Lo anterior como herramienta que alcance la redistribución de la riqueza y desvirtuar el papel protagónico que había adquirido la

41 VALADÉS. Op. cit., p 25.

42 BENDA. Op. cit., p. 524.

43 VALADÉS. Op. cit., p 26.

44 MADRIÑÁN. Op. cit., p. 58,59.

economía de mercado y el deseo permanente de lucro por parte del sistema capitalista, el Estado justifica la intervención en la economía para lograr la satisfacción de necesidades económicas pero también sociales y se da un nuevo enfoque a la libertad cultural, religiosa, a la defensa del medio ambiente y al hombre como sujeto social y no como mero individuo dentro la sociedad⁴⁵.

Retomando nuevamente a Rodolfo VIGO, la transición entre el Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y con este último, al Estado de Derecho Constitucional, caracterizó a esta nueva forma de Estado, en términos generales, de la siguiente manera⁴⁶:

- Conceptos como el pluralismo, multiculturalismo y la diversidad étnica replantean el papel de las sociedades con tradiciones y principios en común, por lo que la noción de bien común adquiere importancia frente al beneficio individual y la moral social resulta un modo de regular la conducta de los ciudadanos, en ocasiones más efectiva que el mismo derecho⁴⁷.
- El juicio de Nuremberg fue quizás el suceso que generó la ruptura entre derecho y ley, que hasta ese momento habían sido prácticamente entendidas como la misma cosa. Ahora, cuando una ley sea abiertamente contraria al derecho y al ordenamiento jurídico en sí mismo, este último, prevalecerá sobre el contenido legal. Lo anterior, teniendo en cuenta que, aun cuando los Nazis actuaron dentro del marco legal, atentaron profundamente contra el concepto mismo de derecho, que implica entre muchos otros aspectos, el respeto por la vida y la libertad individual⁴⁸.
- Con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, el rol del juez constitucional adquiere un papel activo que va mucho más allá de la mera aplicación de la ley, para consolidarse en un control formal y material del texto constitucional. Entonces, la Constitución empieza a ser considerada como fuente de derecho e, inclusive, se reconoce la prevalencia de la misma sobre el texto legal. Sin embargo, la crítica al

45 Ibid., p. 36.

46 VIGO. Op. cit., p. 36.

47 Ibid., p. 37.

48 Ibid., p. 39.

papel actual del juez, indica que este rol principal puede llevar a que el poder judicial adquiera un excesivo protagonismo y se de tránsito a una forma de Estado con un Derecho meramente judicial⁴⁹.

- El derecho, que en tiempos del Estado de Derecho Liberal era solo aquel que estaba escrito e inmerso en una norma legal, ahora tiene en cuenta el papel de los principios y valores superiores, que serán objeto de interpretación por parte del juez constitucional para determinar su aplicación en un caso concreto, aun cuando no siempre figuren taxativamente al interior del texto constitucional. Con ello, las teorías no positivistas del derecho surgen bajo el argumento de defender los límites morales del derecho y consolidar un saber práctico con marcada tendencia principialista⁵⁰. De igual forma, con el auge del derecho constitucional se volvieron comunes tópicos como la interpretación y argumentación judicial, el análisis del precedente judicial y la retórica. Estas herramientas jurídicas tuvieron acogida, una vez se aceptó que la ley no era capaz de regular todos los asuntos de la vida jurídica, al encontrarse en constante evolución ante la realidad social. Se abre el camino a la relación del derecho con otras disciplinas como la sociología, la economía y la filosofía, entre otras⁵¹.

- Si bien es cierto la seguridad jurídica sigue siendo una herramienta del derecho, en esta forma de Estado se da especial prevalencia a la equidad y a la búsqueda de la justicia como fin último del derecho; con lo que se pretende evitar que se presenten arbitrariedades e injusticias cuando el juez profiera la decisión judicial basado únicamente en el marco legal⁵². Es decir, que el acceso a la justicia es un tema abanderado por el Estado Social de Derecho al considerar que no basta con el reconocimiento de los derechos, sino que se requiere garantizar su efectividad

49 Ibid., p. 43.

50 Ibid., p. 42.

51 Ibid., p. 45.

52 Ibid., p. 43,44.

material a través de distintas herramientas de intervención y regulación estatal en diversos sectores⁵³.

Además, los textos constitucionales ahora contienen derechos sociales⁵⁴, como los Derechos económicos, sociales y culturales - DESC, lo que obliga al Estado Social de Derecho a asumir una concepción solidaria, vinculando la concepción originaria de derechos sociales a la satisfacción de expectativas, es decir, a la materialización de derechos y tratamiento igualitario, bajo el principio de progresividad⁵⁵, que debe entenderse como la prohibición para el legislador de proferir nuevas normas que desconozcan, limiten o afecten los derechos ya reconocidos.

Por lo tanto, el Estado Social de Derecho, no debe ser entendido como un concepto meramente formal, sino que implica el reconocimiento y garantía de los derechos de índole social. Es decir, el Estado tiene ahora no solo la facultad de incorporar al texto constitucional prerrogativas tendientes a la protección de derechos sociales, sino que tiene también, la obligación de adoptar medidas oportunas y efectivas para garantizar la realización de estos derechos.

Aunque las medidas tendientes a garantizar la realización de los DESC pueden ser implementadas de manera paulatina o progresiva, la ejecución de las mismas no puede ser condicionada a consideraciones de ningún tipo⁵⁶. Estos mecanismos, pueden promover las modificaciones del marco legal para la adaptabilidad del ordenamiento a los derechos sociales y también para otorgar recursos efectivos, tanto de carácter judicial como financiero, que logren prevenir y reparar afectaciones a esta clase de derechos. Aun cuando en la práctica es difícil hablar de una cobertura absoluta de esta clase de derechos, muchos de ellos de carácter prestacional, el Estado Social de Derecho tiene la obligación de garantizar la prestación de niveles esenciales de derechos⁵⁷ de la población en estado de

53 Ibid., p. 44.

54 ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 79.

55 Ídem.

56 Ibid., p. 79.

57 Ibid., p. 89.

vulnerabilidad o indefensión, que generalmente requiere mayor atención estatal. Esto, incluso en períodos de crisis económica causados por factores de diversa índole, evento en el cual no puede oponerse tal situación para el desconocimiento de este nivel de derechos sociales⁵⁸.

Frente al tema, se presentan diversos obstáculos que pueden dificultar gravemente la efectividad de los Derechos económicos, sociales y culturales, en atención a factores como la falta de concreción o significado explícito de estos derechos. Como ya se señaló, muchos de estos derechos al ser de contenido prestacional (verbigracia: la salud) carecen de un mandato determinado en materia de prestación a cargo del Estado. Con lo anterior se pone en tela de juicio la exigibilidad de estos derechos ante la jurisdicción, puesto que resulta difícil determinar que efectivamente se presenta una vulneración o incumplimiento en la prestación, dada la ambigüedad de las obligaciones del Estado frente a los mismos⁵⁹.

Otro aspecto a tener en cuenta como obstáculo en la efectividad de estos derechos es la situación que se presenta en el poder judicial, una vez se asume la competencia de un asunto donde se solicita el amparo de derechos sociales. El juez (la Corte Constitucional, por ejemplo), en ocasiones limita su actividad judicial bajo el argumento de que la gestión y administración de los recursos públicos, para la cobertura prestacional de estos derechos, se encuentra a cargo de otras autoridades estatales, como la rama ejecutiva, a través del diseño y ejecución del Plan Anual de Presupuesto y otra serie de medidas que, en suma, sirven al juez para justificar una decisión restrictiva cuando está en juego la violación de los DESC⁶⁰.

Al respecto, algunos autores señalan que el poder ejecutivo debe estar fuertemente consolidado para garantizar la prevalencia del interés de la sociedad mediante el intervencionismo de Estado. El Estado Social de Derecho, en su interés por lo social, coincide en muchos aspectos con el Estado de Bienestar, puesto que se ocupa de la prestación de servicios y asistencia social, la redistribución de la riqueza y la protección de

58 Ídem.

59 Ibid., p. 122.

60 Ibid., p. 127.

derechos como la salud, la educación y la vivienda digna, entre otros. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C - 1064 de 2001, objeto de análisis más adelante, es enfática en señalar que no debe confundirse el Estado Social de Derecho con el Estado de Bienestar, puesto que en el primero, los derechos no son absolutos ni ilimitados.

De la evolución que tuvo el Estado de Derecho a lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho con carácter constitucional, surgieron corrientes como el *No Positivismo*, caracterizada por la crítica realizada al positivismo jurídico, al considerarlo una teoría del derecho cerrada o estrecha, en la que no tiene lugar la aplicación de principios⁶¹. Corriente ampliamente favorecida por la transición al Estado Constitucional puesto que los textos constitucionales están llenos de valores morales y sus enunciados se plantean bajo la forma de principios y no de reglas⁶².

Puede afirmarse entonces, que el Estado Constitucional reconoce el vínculo entre derecho y moral, y además busca mantener esta cercanía, a través de un enfoque principialista que abandona el clásico modelo de reglas de los Códigos vigentes en el Estado de Derecho.

No obstante la finalidad de los principales cambios que introdujo el Estado Social de Derecho, diversas teorías consideran que la intervención estatal dificulta e impide el desarrollo económico y que al retomarse el antiguo modelo liberal, la libertad de mercados y la competencia permitirían una despolitización de la economía, el fortalecimiento del sector privado con mayores alternativas de inversión, lo cual redundaría en la adecuada distribución de la riqueza y la superación de los obstáculos económicos que agobian y anclan a los países tercer mundistas a la pobreza⁶³.

61 CRUZ PARCERO, Juan Antonio. El concepto de derecho subjetivo. México D.F: Distribuciones Fontamara S.A, 2004. p. 80.

62 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Positivism jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 62.

63 LÓPEZ CALERA, Nicolás María. Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado. Madrid: Editorial Trotta, 1992. p. 17.

Muestra de ello es que, por ejemplo, si una de las características del tránsito entre el Estado de Derecho al Estado Social de Derecho fue la noción del Estado Empresario⁶⁴, con la adquisición de empresas en diversos sectores, la prestación de servicios públicos e inversión en proyectos de alta envergadura económica, actualmente la tendencia está enfocada en la venta de empresas nacionales en varios países industrializados.

Lo anteriormente expuesto invita a tomar una actitud reflexiva y crítica sobre el papel actual del Estado y su preocupante tendencia a dar un vuelco hacia el aparentemente superado protagonismo del libre mercado y del sistema capitalista, reduciendo la intervención del Estado significativamente, en razón a fenómenos como la privatización de empresas estatales y la desregulación de diversos sectores de la sociedad implican que la sociedad puede adquirir nuevamente un rol fundamental en el porvenir de la economía y la política, con lo que se daría paso a la prevalencia de intereses de la iniciativa privada, tal como ya se vivió en el Estado Liberal.

Las ideas señaladas anteriormente, se analizarán un poco más en detalle a continuación, al realizar un estudio del impacto que el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho tienen en la Constitución de 1991 y en la realidad del país.

2.3. La Constitución de 1991 y los diversos modelos ideológicos al interior de la misma.

Para entender el fenómeno político y social que ocasionó la expedición de la Constitución de 1991, es necesario analizar brevemente el contexto histórico en el cual tuvo lugar su nacimiento.

Colombia es un país con una experiencia constitucional de vieja data, siendo el primer texto de este tipo la Constitución cundinamarquesa de 1811. Lo anterior significa que, aun cuando la Constitución de 1991 fue progresista, innovadora y, si se quiere, futurista en

64 VALENCIA AGUDELO, Darío. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, Revista No. 18. Medellín: Universidad EAFIT p. 9-11. Consultado en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/view/2011/2014>. [10/09/2015]

muchas de sus disposiciones, con anterioridad a su expedición ya existía un amplio bagaje de instituciones en materia de derecho público y constitucional.

La Constitución de 1886, texto supremo vigente al momento de proferirse la Carta del 91, tenía un carácter conservador, centralista y confesionalista, que surgió con el propósito de concluir la historia de los estados federados de gran parte del siglo XIX, dando unidad política al país bajo un solo texto constitucional⁶⁵. El control constitucional se encontraba a cargo de la Corte Suprema de Justicia, en forma exclusiva, aun cuando durante el siglo XX nacieron varias reformas que dirigían su actuación, nunca perdió esta competencia, hasta 1991. Durante el período de 1886 a 1991, se resalta la reforma liberal de 1936, presidida por Alfonso López Pumarejo, bajo las banderas de “la revolución en marcha”. En esa ocasión, se introdujeron en el texto constitucional cambios importantes en relación con la libertad religiosa, la concesión de derechos sociales y la necesidad del intervencionismo de Estado en la economía, principalmente⁶⁶.

Diferentes motivos llevaron a los gobiernos de turno a materializar el anhelo social de un cambio constitucional que renovara el texto vigente desde hacía más de un siglo. El surgimiento de grupos guerrilleros y el respectivo proceso de paz adelantado con algunos de estos, al igual que el interés político de reformar el contrato social colombiano y renovar las instituciones del Estado⁶⁷, fueron algunos de los factores que llevaron a la conformación de la Asamblea Constituyente, cuyo fruto es conocido en la actualidad como la Constitución de 1991. Tiene lugar entonces una evolución significativa en la historia constitucional del país, a través de la construcción de un sistema jurídico progresivo, enfocado en la protección de derechos sociales de diversa índole, así como el nacimiento de instituciones creadas para materializar la efectividad de los mismos desde diferentes estamentos, tales como la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. De la mano de estas instituciones, se diseñan acciones constitucionales con el mismo fin.

65 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Bogotá D.C: Editorial Legis, 2007. p. 14.

66 *Ibid.*, p. 20.

67 *Ibid.*, p. 28.

Sin embargo, el proceso constituyente ha sido objeto de críticas en relación al acuerdo político que conllevó a la expedición de la Carta de 1991, pues, para algunos autores, resulta claro que el texto constitucional no es el resultado de un consenso entre todos los actores sociales, como se esperaba, sino el pacto de unas “mayorías” representativas que, en definitiva, no lograron armonizar todos los intereses y necesidades de la sociedad colombiana, por lo que, en la práctica, la exclusión de algunos actores políticos continúa, ocasionando la búsqueda de formas, no siempre legales, de autolegitimación⁶⁸.

Una de las novedades de la Constitución, fue la consolidación del Estado Social de Derecho como fórmula política, la cual sigue conservando elementos básicos del Estado de Derecho, pero adiciona la cláusula social programática como reguladora de la relación Estado – Derecho, mediante la introducción de un conjunto de valores o principios que conceden derechos pero también obligaciones dentro del contexto de aplicación del texto constitucional⁶⁹.

Cabe anotar que autores como Madriñán⁷⁰, frente a la interpretación de la fórmula social, retoman lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T – 406 de 1992, así:

“Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado...”.

Se reconoce por parte del autor la importancia del significado de lo social, a través de la evolución histórica del constitucionalismo occidental, así como también lo refiere la Corte Constitucional en la misma sentencia, en los siguientes términos:

68 MEJÍA QUINTANA, Oscar. Justicia, Legitimidad y Constitución: Las Condiciones de la Paz Desde la Filosofía Política de John Rawls. En: Pensamiento Jurídico, No. 26. Bogotá D.C: Universidad Nacional De Colombia, 2009. p. 63.

69 TORRES ÁVILA. Op. cit., p. 32.

70 MADRIÑÁN. Op. cit., p. 77.

“...Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias...”

Además, la Constitución en su aspecto formal, fue elevada dentro de la jerarquización normativa al escalón más alto, pues es considerada como norma de normas según el Artículo 4 del texto constitucional y cualquier divergencia entre la Constitución y la ley será resuelta dando prioridad a la disposición constitucional.

Aparte de la jerarquía que se otorgó a la Constitución del 91 al interior del ordenamiento jurídico colombiano, nace la Corte Constitucional, fruto del deseo constituyente de crear un tribunal constitucional especializado, con capacidad de interpretar y guardar los postulados constitucionales, la defensa de los derechos fundamentales y las ideas progresistas de la reforma constitucional; todo ello con suficiente independencia de las demás ramas del poder público⁷¹. Teniendo en cuenta que el Estado Social de Derecho replanteó el concepto de ley, relevándolo del eje definitorio de la fórmula estatal y colocando en su lugar a la Constitución, nace un interés por la justicia y por la labor del juez en los casos por resolver, de conformidad con los valores del ordenamiento jurídico que debe proteger la alta corporación.

En la Constitución, figuran consagrados de forma expresa los derechos fundamentales y, respectivamente, las garantías que deben brindar las autoridades estatales para lograr su efectividad, acogiendo incluso como fundamentales aquellos derechos que no están consagrados expresamente dentro del texto constitucional, siempre y cuando sean inherentes a la persona humana⁷².

Al introducir los derechos sociales en el cuerpo de la Constitución, como una forma de reivindicación del derecho con la realidad social, se les otorgó la posibilidad de ser exigibles y defendidos a través de distintos mecanismos, pese al carácter indeterminado y

71 CEPEDA ESPINOSA. Op. cit., p. 30.

72 MENDIVIL GUZMÁN, Pedro Gabriel y FERRER HERRERA, María Angélica. *Perspectiva de los Derechos Sociales en el Estado Constitucional: Insuficiencia de sus garantías*. Barranquilla: Tarudiaz S.A.S, 2013. p. 38.

prestacional que los caracteriza. Su eficacia fue supeditada a la obligación estatal de gestionar y administrar recursos financieros para asegurar su cumplimiento.

Conviene señalar que los derechos sociales son tradicionalmente conocidos como los DESC- Derechos económicos, sociales y culturales, de segunda generación; aun cuando esta clasificación ha sido objeto de amplia discusión al interior de la Corte Constitucional⁷³, puesto que, pese a ser derechos inicialmente no exigibles por vía de tutela, si se evidencia el riesgo o la inminencia de su vulneración y la consecuente afectación de un derecho fundamental, se amplía la protección a esta clase de derechos.

En este orden de ideas y con el fin de delimitar con claridad a qué derechos y principios provenientes propiamente del Estado Social de Derecho se hace referencia, conviene hacer las siguientes precisiones:

El artículo 2 de la Constitución de 1991, señala que los fines esenciales del Estado, son:

“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

En cuanto a los Derechos económicos sociales y culturales – DESC, estipulados en el capítulo 2 del texto constitucional, interesan al objeto de esta investigación, particularmente los siguientes:

73 Ver sentencias: T-585/06, T-717/12, T-729/12, T-730/12, T-197/14.

- El derecho irrenunciable a la seguridad social, garantizado en el artículo 48 del texto constitucional. Este artículo fue modificado mediante el Acto legislativo 01 de 2005, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera en materia pensional, con respeto por los derechos adquiridos.
- El derecho a la atención en salud y el saneamiento ambiental, establecido en el Artículo 49, a través de servicios públicos cuya prestación es responsabilidad del Estado, aun cuando en la práctica se ejecute a través de particulares.
- El derecho a la vivienda digna, consagrado en el Artículo 51 constitucional.
- El derecho al trabajo y sus principios mínimos fundamentales, entre ellos la remuneración mínima vital y móvil, reglamentación establecida en el artículo 53 de la Constitución.

En coherencia con la influencia de los derechos sociales y su desarrollo constitucional, los derechos de contenido económico y la función del Estado frente a los mismos también han tenido importantes avances al interior de la Constitución colombiana. En efecto, uno de los fines del Estado es garantizar un orden político, económico y social justo, tal como se señala en el preámbulo del texto constitucional. En armonía con lo anterior, en el articulado de nuestra carta política, se encuentran disposiciones que amparan y fomentan la actividad económica y la iniciativa privada, el respeto por los derechos adquiridos y la propiedad privada. La Constitución le otorga al Estado un rol protagónico en la dirección de la economía, que busca incrementar la calidad de vida de los colombianos, a través de la vigilancia y control de las diferentes esferas del sistema económico nacional. Es decir, que las normas constitucionales también tienen parámetros en materia económica, contenido que se encuentra limitado por la prevalencia del interés general, frente a lo cual la Corte Constitucional⁷⁴ en la sentencia C-074 de 1993, ha señalado que el marco económico constitucional comprende:

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 074 de 1993. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

“...el reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro, que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales...”

Al respecto y como bien señalaba Rawls, tan pronto los principios son determinados, su aplicación debe verse sometida a límites tales como la prioridad de la justicia sobre la eficiencia, y de la libertad sobre las ventajas económicas y sociales⁷⁵, puesto que al ser principios de justicia, carecen de valor si su satisfacción implica alguna clase de injusticia. Lo anterior permite introducir el concepto de Constitución económica⁷⁶, como el conjunto de normas que asignan derechos de propiedad a los miembros de la misma. Consecuentemente, los derechos implican el uso y goce de los beneficios y la obligación de respeto y de reconocimiento de los mismos por parte de los demás. Por ejemplo, actualmente, la transferencia de derechos de propiedad ya no puede estar justificada en el uso de la fuerza, lo que sitúa a la competencia y el libre desarrollo del mercado⁷⁷ como circunstancias determinantes del rol de la economía en el Estado. En este sentido, el Estado y el sistema de mercado deben complementarse a través de la inversión social y el fortalecimiento del capital humano, la calidad de vida en salud, seguridad y justicia, con mayor razón en un país que afronta altos niveles de pobreza y desigualdad social⁷⁸.

En Colombia particularmente, la intervención del Estado en la economía está configurada a nivel constitucional como una de las herramientas para garantizar los fines del Estado

75 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 245

76 MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana. 2005. p. 192.

77 Ídem.

78 ANZOLA GIL. Op. cit., p. 428.

Social de Derecho, entre ellos, el bienestar general. A modo de ejemplo, temas relacionados con la circulación de la moneda y la prestación de los servicios públicos son asumidos por el Estado, con la finalidad de terminar con las consecuencias negativas del librecambismo económico y contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos⁷⁹.

Un aspecto a tener en cuenta es que la intervención del Estado en la economía es justificada como mecanismo de protección del interés público, corrigiendo “fallas” del mercado que afectan o ponen en riesgo el adecuado funcionamiento del Estado⁸⁰. Sin embargo, este planteamiento es objeto de una crítica importante que considera errónea la tipificación de “fallas del mercado” puesto que no existen tales, simplemente se trata de la dinámica propia del sistema de capitales. Adicionalmente, argumentar la protección de lo público puede ser usado como fachada para terminar contribuyendo a que las élites políticas respondan a demandas de grupos económicos privilegiados⁸¹, buscando obtener la satisfacción del interés privado a través de factores como la discriminación empresarial, que permite que las empresas dominantes promuevan cambios normativos, con beneficios preferenciales frente a la competencia y en perjuicio de los consumidores y de la economía en general.

De otra parte, muchos de los principios característicos del Estado Social de Derecho en Colombia tienen un contenido programático, están contempladas una serie de garantías que garantizan su efectividad. En este sentido, las normas de la constitución económica deben aplicarse de tal manera que el Estado pueda intervenir en la economía para lograr los fines constitucionales; intervención que se encuentra limitada a la observancia de la inversión prioritaria en el gasto público social y la protección de población vulnerable con necesidades básicas sin cobertura, entre otros males⁸².

Frente al ámbito económico en la Constitución de 1991, cabe recordar la teoría enfocada en el análisis económico del Derecho – AED, formulada básicamente como una crítica a la intervención del Estado en la economía para corregir las ya citadas fallas del mercado. Este

79 GARCÍA PELAYO. Op. cit., p. 23

80 MARQUEZ ESCOBAR. Op. Cit., p. 192

81 *Ibíd.*, pp. 80-81.

82 TORRES ÁVILA. Op. cit., p. 134.

planteamiento está centrado en la prevalencia de las relaciones económicas del libre mercado, al considerar la acumulación de riqueza como uno de los fines del Estado. Sin embargo, esta teoría es criticada por defensores de los derechos sociales, al considerar que bajo este argumento los jueces podrían resolver controversias con fundamento en intereses políticos y económicos, prevaleciendo las decisiones más eficientes⁸³ sobre las justas.

Puntualmente, en el artículo 334 de la Constitución de 1991, se encuentra consagrada la intervención del Estado en la economía, texto que vale la pena transcribir literalmente puesto que de él se desprenden diversos intereses provenientes del Estado de Derecho, perspectiva ideológica que busca actualmente dar un rol protagónico a la sostenibilidad fiscal del Estado, cuando esta prevalencia ya había sido asignada a los derechos sociales. El texto constitucional que propuso la Asamblea Constituyente y se incorporó a la Constitución de 1991, era el siguiente:

“ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.”

Sin embargo, mediante el Acto legislativo 03 del 01 de junio de 2011, mediante el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal, se reforma el contenido del Artículo 334 de la Constitución, de la siguiente forma:

“ARTICULO 334. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. El nuevo texto es el siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios

83 CRUZ PARCERO. Op. cit., p. 288.

públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, *en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.” (Cursiva fuera del texto)

Los apartes resaltados en letra cursiva, se constituyen como los principales elementos de la reforma constitucional y sirven para efectuar una consideración sobre el porqué dicho artículo se consolida como un ejemplo claro de la incorporación al texto constitucional de intereses de tipo económico. La razón de este argumento es la introducción del principio de sostenibilidad fiscal como parámetro rector en la labor que realiza el Estado como director general de la economía.

El Acto legislativo 03 de 2011, fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, en la sentencia C – 288 de 2012, decisión en la que se establece que, a juicio de la alta corporación, la sostenibilidad fiscal es un instrumento que permite alcanzar los fines del Estado Social de Derecho de forma progresiva. Sin embargo, otra lectura del artículo

permite concluir que las autoridades estatales deben ajustarse a la sostenibilidad fiscal y otros principios como la austeridad en el gasto público al momento de proferir sus decisiones.

Al respecto, el Gobierno nacional⁸⁴ a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo 03 de 2011, señaló la necesidad de dar jerarquía constitucional a la sostenibilidad fiscal, a través de su introducción como principio, en los siguientes términos:

“...Esta iniciativa, tiene por objeto proteger la efectividad de los derechos propios del Estado Social de Derecho ante los diversos avatares del ciclo económico nacional e internacional, incorporando en la “Constitución económica” el derecho a la sostenibilidad fiscal, así como el deber de las ramas y órganos del Estado de protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en su conjunto.

Por estas razones, el Gobierno Nacional considera necesaria una iniciativa que otorgue, en forma expresa, jerarquía constitucional a la preservación y protección de la sostenibilidad fiscal, reconociendo el decisivo papel que ésta cumple como condición necesaria, que no suficiente, para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y la garantía de la efectividad de los derechos a través del crecimiento sostenido de la economía. Igualmente, al consagrar que la sostenibilidad fiscal no sólo es un deber del Estado, sino también un derecho de todos, se espera que este precepto constitucional contribuya a crear conciencia ciudadana, a sentar las bases para que el Legislador adopte en los planes de desarrollo y en las normas presupuestales las reglas que estime pertinentes con el fin de proteger, desde el frente fiscal, la sostenibilidad fiscal de la Nación y a definir los responsables del cumplimiento de dichas reglas...”

El propósito general de la rama ejecutiva, al presentar una reforma constitucional que elevara a rango constitucional el principio de sostenibilidad fiscal, fue el de condicionar la ejecución de las funciones que confiere el Estado Social de Derecho a todas las ramas del poder público, a realizarse en el marco de la sostenibilidad fiscal para fomentar la estabilización de las políticas macroeconómicas y con ello el progreso económico y social del país.

84 ZULUAGA, Oscar Iván, *et al.* La sostenibilidad fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Notas Fiscales, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Boletín No. 3. Enero de 2011. p. 15,16

Sin embargo, una de las temáticas de mayor discusión propuesta por el demandante y acogida por varios de los intervinientes en el desarrollo de la sentencia C 288 de 2012 fue la de establecer si con la introducción del principio de sostenibilidad fiscal en la Constitución, se presentó una sustitución de la misma, afectando la esencia del texto constitucional al modificar sus elementos integrales con la introducción de un principio de estricta observancia en materia económica.

Frente a la sustitución de la Constitución, en esta sentencia la Corte recuerda que si bien, nuestra carta política no contiene cláusulas pétreas y que hayan sido excluidas de modificación alguna por el constituyente, si existen unos límites a las reformas constitucionales que se adelanten en el Congreso, al no ser este el constituyente originario. Ahora bien, la alta corporación señala que con el Acto legislativo 03 de 2011 no se está presentando una sustitución del texto constitucional, pues aun cuando el asunto objeto de reforma es de gran importancia nacional, no afecta en forma alguna la forma de organización política ni el concepto mismo de Estado Social de Derecho.

En suma, el Acto legislativo 03 de 2011 introduce tres nuevos elementos al texto constitucional. En primer lugar, establece un “marco de sostenibilidad fiscal”, dentro del cual todas las ramas del poder público deben orientar sus decisiones. En segundo lugar establece un “incidente de impacto fiscal” que básicamente le otorga facultades a la Procuraduría General de la Nación y a los ministros del despacho presidencial para que, una vez se encuentre en firme una sentencia judicial, se analice el impacto fiscal de la misma en el erario público y si hay lugar a ello se solicite la modulación de sus efectos. En tercer lugar y en relación con el incidente de impacto fiscal, se introduce un párrafo en el cual se indica que, en todo caso la interpretación del nuevo artículo 334 constitucional, no podrá llevar a la vulneración de los derechos fundamentales (¿y los demás derechos?) en procura de la sostenibilidad fiscal.

Esta reforma es de vital importancia en la medida en que, a partir de su entrada en vigencia todas las ramas del poder público, es decir los congresistas que elaboran los proyectos de ley y los jueces de la República que resuelven jurídicamente los conflictos de la sociedad,

deberán tener en cuenta al momento de adelantar su actividad el marco de la sostenibilidad fiscal.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional utiliza sin distinción la expresión principio o criterio de sostenibilidad fiscal, para indicar finalmente que el mismo es una herramienta que permite alcanzar los fines del Estado Social de Derecho y no un fin constitucional en sí mismo. No obstante, la aplicación de la sostenibilidad fiscal como principio o criterio, genera vacíos en el lenguaje jurídico, que bien podrían suplirse con la defensa de intereses económicos que no siempre tengan carácter general.

Según la Real Academia de la lengua, algunas de las definiciones del vocablo *principio* son: a) Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia. b) Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. En cuanto a la definición de *criterio* tenemos: a) Norma para conocer la verdad. b) Juicio o discernimiento. Adicionalmente, el encabezado del Acto legislativo 03 de de 2011 es claro en indicar que es, “por el cual se establece el *principio* de la sostenibilidad fiscal”, con lo que queda demostrado que aun cuando se pretenda concluir por parte de la alta corporación, que la sostenibilidad fiscal solamente es un criterio orientador para las ramas del poder público, fue traído al texto constitucional bajo la forma de principio, lo que le confiere igual jerarquía normativa que a otras normas de este tipo.

Anteriormente, la Constitución política ya había sido objeto de una reforma similar, aunque enfocada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Inicialmente, el Artículo 48 de la Constitución, señalaba lo siguiente:

“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

Sin embargo, con el Acto legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución política, al Artículo 48 le fueron agregados los siguientes apartes:

Incisos y párrafos adicionados por el Acto Legislativo 01 de 2005:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

Parágrafo 1°. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Parágrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán

estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Con la expedición del Acto legislativo 01 de 2005 se pretendía entre otros aspectos, acabar con los regímenes exceptuados en materia pensional en Colombia (salvo el del Presidente de la República y el de las FFMM) buscando con ello frenar el alto impacto económico que causa el sostenimiento de estos regímenes en el Sistema General de Pensiones. Por ello, se adicionó al Artículo 48 de la Constitución Política el principio de sostenibilidad financiera, respetando los derechos adquiridos con arreglo a la ley. Lo anterior dificultó en la práctica, la aplicación de estos dos principios (sostenibilidad financiera y derechos adquiridos), dando cabida a interpretaciones disímiles frente a la materialización de los beneficios ya estipulados en regímenes excepcionales; se cita aquí por vía de ejemplo, la Sentencia C - 258 de 2013, analizada con mayor detalle en el tercer capítulo, donde la Corte Constitucional decide, entre otros aspectos, limitar la mesada pensional de todos aquellos

pensionados beneficiarios de normas excepcionales a 25 SMLMV, pese a que la gran mayoría se encuentra inmerso en prerrogativas que no establecen tope a la mesada.

El Artículo 48 de la Constitución política también es un ejemplo de lo que para muchos es considerado como la intromisión de intereses económicos prevalentes en el texto constitucional. Aquí, se establece el derecho irrenunciable a la seguridad social, pero mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, y en términos similares a los del Acto Legislativo 03 de 2011, se condiciona al legislador a tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera en materia pensional para la expedición de normas sobre la materia.

Finalizada esta breve descripción de las fórmulas políticas del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho, donde se destaca cual ha sido su influencia en la Constitución de 1991, para delimitar finalmente aquellas normas de rango constitucional y principios jerárquicos a tener en cuenta en los siguientes apartados de esta tesis, a continuación se estudiará con mayor profundidad el tema de los principios jurídicos.

3. CAPÍTULO II. COEXISTENCIA DE PRINCIPIOS: ¿TENSION DE PRINCIPIOS?

En esta segunda etapa de la investigación se profundizará sobre el concepto de los principios jurídicos y la importancia que han adquirido en el derecho. Para ello, conviene precisar qué se entiende por principio, cuál es su diferencia o rasgo característico en relación con las reglas o demás normas jurídicas al interior de un ordenamiento y establecer, en relación con el capítulo anterior, cuál es el impacto de esta noción en el Estado Social de Derecho y en las constituciones contemporáneas. Por ello, se abordará esta temática desde la perspectiva no positivista o principialista y otras teorías relevantes.

Una vez se concrete la importancia de los principios jurídicos para el derecho, será necesario hacer un estudio más cercano acerca del rol que estos han tenido al interior de la Constitución de 1991, texto que recoge la fórmula política colombiana vigente. Por lo tanto, se analizará la forma en la que la teoría de los principios fue incluida en el texto constitucional, realizando una descripción breve de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y de aquellos principios que, dado su carácter implícito, han sido considerados como estrategias en procura de intereses neoliberales.

Al determinar con claridad la coexistencia de principios constitucionales del Estado Social de Derecho con principios cuyo contenido puede ser satisfecho con matices del Estado Liberal, resulta preciso revisar puntualmente qué ocurre cuando la coexistencia armónica se rompe y tiene lugar una colisión de principios. Este tema está encaminado, entonces, a describir la colisión, por lo que las fórmulas que teóricos representativos han establecido para dirimir la tensión entre principios serán motivo de análisis en el último capítulo de la tesis.

Por lo anterior, se recogerán las teorías más relevantes sobre las características que configuran la tensión entre principios para, de esta forma, dar paso al siguiente capítulo de la investigación donde, mediante el análisis jurisprudencial, pretende determinarse si en el caso colombiano se presenta una tendencia a privilegiar principios de tipo económico, sobre principios de tipo social en la evolución de la producción judicial de la Corte Constitucional.

3.1. Los Principios en el Derecho

La acostumbrada discusión sobre la relación entre derecho y moral, sirve como punto de partida para analizar cómo se introducen los principios en el ordenamiento jurídico, puesto que la consolidación de los mismos como elementos integradores del derecho y su auge reciente dentro de los textos constitucionales, revive este paradigma, integrando al concepto de derecho un sistema normativo que también cuenta con un fundamento moral⁸⁵.

Si bien en Colombia todas las ramas del poder público son reguladas por normas y principios de obligatorio cumplimiento, corresponde al poder judicial en su actividad diaria la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico vigente a los casos particulares en aras de facilitar su solución. Los deberes del juez están encaminados básicamente a realizar los fines de la administración de justicia, por lo que una decisión inhibitoria o que no resuelva o se aproxime a la solución de un caso concreto está prácticamente vedada a la actuación judicial.

Por esta razón, dentro del sistema jurídico el juez cuenta con otros elementos, como los principios, cuya materialización debe permitirle resolver la cuestión bajo análisis⁸⁶, en aquellos casos donde no existe una regulación determinada claramente en la ley.

Es decir, el juez se encuentra sometido al imperio de la ley y ante la solución de un caso debe buscar la norma que se ajuste al caso concreto, aplicarla y dar solución. Pero en los casos que requieren de una operación mental de mayor complejidad al no tener una ley que contemple enfáticamente el caso bajo estudio, el juez acude a los principios, sin que lo anterior implique un desconocimiento de la ley.

Entonces, surge la necesidad de delimitar la noción de principio, para lo cual autores como García Figueroa⁸⁷ acuden a una enunciación basada en la relación de los principios con el sistema jurídico, como se señala a continuación:

85 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid. Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid. 1998. p. 66.

86 DUEÑAS RUIZ, Oscar José, *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. 6 ed. Bogotá D.C: Editorial Universidad del Rosario, 2011. p 142.

87 GARCÍA FIGUEROA. *Op. cit.*, p. 49.

- Principio *positivo o explícito* de derecho: Aquel principio consagrado expresamente como norma jurídica dentro del ordenamiento. Los principios así clasificados tienen la misma validez que la de una regla puesto que el mecanismo para obtener su validez ha sido el mismo, al estar claramente determinados por el legislador.
- Principio *implícito* de derecho: Un principio que, aun cuando no figura literalmente consagrado en la norma, es considerado una consecuencia de las mismas. Su validez está condicionada a la adaptabilidad a una norma que sí esté configurada como tal. Por eso, estos principios implícitos podrían tener rasgos extrasistémicos puesto que para su adaptación al sistema jurídico se requiere una interpretación judicial que puede recurrir a elementos que no figuran dentro del ordenamiento.
- Principio *extrasistémico* del derecho: Un principio que no está positivizado ni implícito dentro de textos legales. Es en esta clasificación donde se aviva la llama entre el derecho y la moral y su necesidad o conexión puesto que los principios extrasistémicos, no hacen parte del ordenamiento vigente, pero sí se constituye en un estándar moral con carácter jurídico.

Algunas teorías de menor acogida en la academia jurídica apuntan a señalar que los principios son normas que, al igual que las reglas, están consagradas al interior del ordenamiento jurídico, pero son descubiertas por el operador judicial al momento de aplicar el derecho⁸⁸. También ha llegado a señalarse que los principios son normas jurídicas creadas por el constituyente con dos funciones específicas. La primera, una función explicativa que brinda coherencia y sistematización al derecho. La segunda función es de carácter justificativo, usada por el juez para soportar las decisiones judiciales no solo en los casos difíciles, sino en todos los casos que requieran pronunciamiento del operador judicial⁸⁹.

88 HERREÑO HERNANDEZ, Ángel Libardo. ¿Todo o Nada? Principio de integralidad y derechos sociales. Bogotá D.C: Publicaciones ILSA, 2008. p. 88.

89 Ídem.

Otros autores⁹⁰ parten de la diferencia entre principio y valor, conceptos que tienden a utilizarse cotidianamente para referirse a lo mismo, aun cuando tienen una connotación diferente. El principio hace parte del ámbito deontológico al contener un mandato de características determinadas que hace parte del deber ser. Los valores, por el contrario, figuran como conceptos axiológicos, al contener una proposición de lo que puede ser mejor, juicio que terminará dependiendo de un ejercicio valorativo. En suma, no es lo mismo hablar de principios jurídicos que de valores jurídicos, pues la aceptación de estos últimos implicaría una paradoja, al no encontrarse claramente estipulados en el mundo del deber ser de una parte y de otra, que al necesitar de un juicio subjetivo sobre lo que es mejor, los valores conllevarían a una disparidad de interpretaciones creando un ambiente de ambigüedad jurídica. Por ello, los principios jurídicos hacen parte del derecho al ser mandatos de lo debido, como las demás normas de un ordenamiento jurídico.

Una distinción más parte de la idea de que el derecho, de una parte, contiene normas legislativas (ley) a las cuales se obedece y su aplicación puede darse en forma mecánica. De otra parte, el derecho contiene normas de rango constitucional (principios), las cuales desempeñan un rol constitutivo del sistema jurídico. Para aplicar los principios, debe tenerse en cuenta no solo su significado literal sino el mundo de valores y la cultura jurídica de la que forman parte⁹¹. En este orden de ideas, las normas legislativas son las reglas y las normas constitucionales sobre conceptos como la justicia, son prevalentemente principios, aun cuando dentro del texto constitucional figuran reglas y principios. Si bien, principios y normas son constitutivos del orden jurídico, las reglas son disposiciones que pretenden regular las consecuencias por la acción u omisión de una conducta de manera abstracta⁹², en tanto que los principios proporcionan elementos de juicio al operador jurídico para la solución de casos concretos con características que no tienen solución con la simple aplicación de la regla.

90 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 141.

91 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 109-111.

92 Ídem.

Frente al tema de los principios⁹³, el neoconstitucionalismo considera que la Constitución está caracterizada por una regulación principialista, en la que el texto constitucional es concebido bajo una forma abierta, que recoge derechos y, consecuentemente, deberes, aun cuando no señala si existirán o no colisiones y cuáles son los parámetros de prevalencia de uno u otro principio, en caso de presentarse alguna tensión bajo el incumplimiento de una prerrogativa.

En ocasiones, los principios normativos pueden coincidir con los derechos humanos fundamentales⁹⁴ en la medida en que son atribuidos al hombre por su sola existencia, siendo lo que todo ser humano desea al considerarlo bueno para su existencia. Los derechos humanos fundamentales recaen sobre bienes inmateriales como la vida, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, bienes que son objeto de protección por muchos principios al interior del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las anteriores clasificaciones aun dejan abierta la posibilidad de diversos significados de la noción de principio, por lo que conviene a continuación analizar su carácter distintivo de las reglas jurídicas.

Las reglas, al tener una regulación y estructura clara al interior del ordenamiento, son de aplicación directa por parte del juez y no requieren de un complejo ejercicio de interpretación, generalmente, pues no generan duda sobre su consecuencia jurídica. Por el contrario, los principios jurídicos siempre requieren un ejercicio de interpretación y argumentación de mayor dificultad a cargo del juez⁹⁵.

Otra característica distintiva entre reglas y principios es la indeterminación de estos últimos⁹⁶. Ahora bien, la indeterminación puede surgir frente a los enunciados y también frente a los fines de los principios.

93 BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá D.C: Editorial Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006. p.12.

94 VIGO. Op. cit., p. 112.

95 GARCÍA FIGUEROA. Op. cit., p. 131.

96 GARCÍA FIGUEROA. Op. cit., p. 139.

Entonces, al interior de un texto constitucional se encuentran claramente establecidas las reglas jurídicas, como órdenes imperativas, a diferencia de los principios que muchas veces se encuentran de manera implícita, ambigua o indeterminada, lo que puede representar un riesgo para el sistema jurídico puesto que algunos autores sostienen que con la indeterminación se abre camino a la vaguedad y con ella a la desmedida discrecionalidad judicial al momento de desentrañar el contenido de los principios y dar paso a su aplicación, de tal forma que se evidencie la aplicación de la voluntad del juez y no la de la norma.

De otra parte, las reglas y los principios, entendidos como normas jurídicas⁹⁷, tendrían un contenido común, en tanto que los dos pueden ser formulados con enunciados de mandato, prohibición y permisión. Sin embargo, aun cuando las reglas y los principios son normas jurídicas, estos últimos son considerados *mandatos de optimización*⁹⁸ que implican la orden de realizar algo, bajo las perspectivas jurídicas y reales necesarias para llevarlo a cabo.

Lo anterior permite establecer una diferencia clave entre reglas y principios, y es que los principios están condicionados a una posibilidad para su ejecución, mientras que las reglas son normas que, en virtud de su enunciado, simplemente pueden aplicarse o no.

Otro argumento en relación con la distinción entre reglas y principios es el planteado por Dworkin y retomado por Cruz Parceró⁹⁹, en el que se señala que las reglas son propias del positivismo jurídico, pero que no brindan solución ante la presencia de casos difíciles, por lo que se recurre a otros parámetros como los principios. Se entiende por principio a un parámetro que debe observarse no por cuestiones de índole política o social, sino porque es una obligación para alcanzar justicia o equidad.

Aquí puntualmente, es donde se retoma la vinculación entre derecho y moral señalada al introducir este tema, puesto que se reconoce que los principios tienen un contenido moral que le sirve como herramienta del operador judicial para el estudio de casos difíciles.

97 ALEXANDER. Op. cit., p. 83.

98 ALEXANDER. Op. cit., p. 86.

99 CRUZ PARCERO. Op. cit., p. 222.

Otra diferencia importante entre reglas y principios, es que estos últimos pueden ser medidos en atención a su peso en casos de conflicto¹⁰⁰, mientras que las reglas, al formar parte del derecho positivo no pueden ser relativizadas en caso de conflicto, por lo que ante la presencia de una regla contradictoria con el ordenamiento jurídico, se verá afectada su validez.

Dicho en otras palabras, entre las reglas y los principios se presenta una marcada distinción, al constituirse las primeras en mandatos definitivos o de aplicación plena de disposiciones prohibitivas o permisivas, cuando tienen ocurrencia los hechos en ellas descritos; a diferencia de los principios, que al ser considerados mandatos de optimización realizables en la “mayor medida posible”, sí pueden alcanzarse de manera parcial o gradual en uno u otro caso¹⁰¹. Los principios entonces, no son de aplicación “todo o nada” puesto que su alcance depende de otras circunstancias que pueden cambiar en cada caso. Es decir, que en cuanto a su aplicación, las normas, al tener una disposición legal determinada, son aplicables o no, si han tenido lugar los hechos que pretenden regular. Por lo tanto, en términos del silogismo judicial, ante la ocurrencia de un hecho jurídico, necesariamente debe aplicarse una norma que lo contenga, con determinada consecuencia jurídica. Los principios sin embargo, no siguen esta lógica puesto que no determinan bajo qué condiciones resulta procedente o no su aplicación, constituyéndose en parámetros que orientan la decisión judicial en uno u otro sentido¹⁰².

García Máynez¹⁰³, de otra parte, planteaba que cuando una regla válida resulta insuficiente para dar respuesta a un asunto jurídico, el juez puede acudir a principios con validez propia o universal, como los principios generales del derecho, para solucionar el problema jurídico al que se enfrenta.

100 Ibid., p. 223.

101 GARCIA FIGUEROA, Alfonso. ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional?. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010. p. 349-350.

102 CRUZ PARCERO. Op. cit., p. 104,105.

103 GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, 56ª Edición, 2004.p 371-372.

En suma, los principios siempre gozan de un contenido moral, mientras que las normas pueden ser de naturaleza coercitiva, facultativa o regulatoria sin contener atisbos de moralidad, pero siendo igualmente válidas dentro del ordenamiento¹⁰⁴.

En este orden de ideas, el contenido de los principios implica una dimensión moral enfocada al logro de la justicia o la equidad. Por ello, la verdadera aplicación de los principios no debe estar condicionada a la pertinencia o necesidad de su aplicación, sino que debe separarse de intereses políticos en prevalencia estricta de los derechos individuales, según sea el caso.

Siguiendo con los principales aspectos que diferencian a reglas de principios, Cruz Parceró también señala que los principios gozan de una ubicación privilegiada al interior del ordenamiento, pues están elevados a rango constitucional, mientras que las normas se encuentran en una escala jerárquica inferior, aun cuando hagan parte del texto constitucional¹⁰⁵.

De las diferencias expuestas anteriormente, puede concluirse que las normas, tienen como función regular un hecho al interior del ordenamiento jurídico, mientras que los principios pueden contribuir al esclarecimiento del sentido de las normas, además de servir como parámetros que delimiten la actividad legislativa, para que al momento de adelantar una reforma a las disposiciones legales vigentes. Igualmente, los principios también se constituyen en una herramienta valiosa para el juez cuando enfrenta lagunas jurídicas o casos concretos que no tienen una reglamentación normativa específica.

Hecha la anterior descripción, de los rasgos más representativos de la noción de principio jurídico, a continuación, se aplicará esta definición al texto constitucional, para revisar cual es la importancia de los principios en el Estado Colombiano.

104 CRUZ PARCERO. Op. cit., p. 103.

105 Ibid., p. 112.

3.2. Rol de los principios en la Constitución de 1991

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, los principios ya estaban reconocidos en el ordenamiento jurídico, en el Artículo 4 de la Ley 153 de 1887, que indica:

“ARTÍCULO 4. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes...”

Sin embargo, con la llegada de la Constitución de 1991, se dio mayor protagonismo a los mismos dentro del texto constitucional, como parámetro de decisión para los jueces en el ejercicio de su actividad y a través de la creación de diversas acciones constitucionales para garantizar su eficacia. Entonces, en el texto constitucional se encuentran no únicamente enunciados normativos, sino principios y valores generales que son referente obligatorio en la interpretación y por lo tanto tienen fuerza normativa.

En este sentido, le corresponde al juez determinar su valor en la solución de un caso determinado, con lo que surgen amplias posibilidades de interpretación¹⁰⁶, que tienen en cuenta variables económicas, sociales, culturales, entre otras. De esta forma, los principios y, en particular, los principios constitucionales, hacen parte integral del ordenamiento jurídico y, en caso de presentarse controversia entre ellos, la jurisprudencia constitucional los jerarquiza, al no ser posible armonizarlos, para lo cual, los fines del Estado Social de Derecho se constituyen como parámetros reguladores¹⁰⁷.

Los principios entonces, son normas superiores que integran la Constitución de 1991 y contienen parámetros de aplicación para las restantes normas del sistema jurídico¹⁰⁸. Ahora bien, no existe una definición estricta de los mismos, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido indistintamente a estos, utilizando expresiones como: como

106 MEJÍA QUINTANA, Elites, eticidades y Constitución en Colombia, Op. cit., p. 38.

107 Ibid., p. 143.

108 ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Sello Editorial Universidad de Tercera Edición. 2011. p. 28.

principios constitucionales¹⁰⁹, derechos fundamentales, núcleo esencial de los derechos, entre otras denominaciones.

Frente a la controversia entre principios, es preciso señalar que la Constitución de 1991 no consagra un principio supremo que goce de absoluta jerarquía en relación con los demás, pues del texto constitucional no se deduce esta primacía ni tampoco pueden establecerse con claridad los parámetros a tener en cuenta para asignar a cada principio un valor determinado. Esta actividad ha estado a cargo del juez constitucional, quien, en el desarrollo de la actividad judicial, se enfrenta a normas que requieren de un juicio en el que se verifique su jerarquía, fundamentalidad, generalidad, vaguedad, entre otras circunstancias que conducen generalmente a una argumentación con fundamento en principios, valores y normas programáticas. Los parámetros y la jerarquización han estado a cargo, por regla general, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con lo que puede entonces llegar a presentarse una maximización de uno u otro principio en atención a criterios de interpretación respecto de cada caso en particular¹¹⁰.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional¹¹¹ ha reconocido que, en atención al carácter abierto y su ubicación dentro del texto constitucional, los principios jurídicos son referentes necesarios en la labor interpretativa que realiza el juez dentro de la sentencia, utilizados como criterios orientadores de la Constitución del 91 y del ordenamiento jurídico, en armonía con los fines del Estado Social de Derecho. Los principios son, a juicio de la Corte, disposiciones que condicionan las demás normas con alto grado de concreción, eficacia y fuerza normativa. También se hace referencia a las normas que contienen valores, señalando que, a diferencia de los principios, estas disposiciones tienen un mayor grado de abstracción al tener mayor apertura normativa, lo cual no significa que el carácter programático de los valores sea entendido como mera enunciación sin fuerza normativa, sino que debe velarse porque su contenido irradie en todo el ordenamiento jurídico.

109 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Controversias Constitucionales*. Bogotá D.C: Editorial Universidad del Rosario, 2009. pp. 20.

110 TORRES ÁVILA. *Op. cit.*, p. 39.

111 Corte Constitucional. C – 1287 de 2001. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En la sentencia C – 1287 de 2001, la Corte considera que las reglas son disposiciones destinadas a regular la vida y el comportamiento social, compuestas por un silogismo que implica un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ante su realización. Puntualmente, esta alta corporación tiene en cuenta la distinción entre principios y reglas efectuada por Robert Alexy, con base en lo cual define a los primeros como mandatos definitivos o de optimización, en tanto que su realización puede darse de manera gradual atendiendo las posibilidades fácticas y jurídicas. Por el contrario, las reglas son consideradas como normas que ordenan, prohíben o permiten algo en forma definitiva por lo que su forma de aplicación es mediante subsunción.

Los principios Constitucionales, considerados como tal por la Corte Constitucional, son delimitados en la referida sentencia, en los siguientes términos:

“...Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2)...”.

En suma, en el derecho colombiano contemporáneo, el papel de los principios jurídicos como elementos constitutivos del ordenamiento jurídico es de gran importancia en la medida en que el cambio de paradigma en la concepción del derecho implica una visión que vaya más allá del enfoque legalista y determine con claridad los principios, valores y la realidad social implícita en la solución a un caso concreto.

Sin embargo, en ocasiones la interpretación de los principios y su aplicación a una situación específica se vuelven complejas e inclusive, dan lugar a principios que pueden ofrecer una respuesta contradictoria frente al mismo caso, por lo que es preciso analizar a continuación la colisión de principios a nivel general y en la Constitución de 1991.

3.3. Colisión de Principios

Si el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra conformado, a grandes rasgos, por normas y principios jurídicos, la coexistencia de estos, en un rango de igual jerarquía pero con un contenido ideológico diverso, no implicaría en sí misma, la presencia de una antinomia, tensión o colisión entre dos o más principios.

Las antinomias legales que surgen al interior de un ordenamiento jurídico se resuelven bajo reglas de fácil aplicación por el operador judicial, como las que establecen que: “la norma superior deroga la inferior”, “la norma especial deroga la general” y “la norma posterior deroga la anterior”¹¹². Estas reglas analizan directamente la validez de la norma de tal manera que aquella disposición que resulta vencida en esta colisión, sale del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la dinámica propia de los principios constitucionales y el amplio margen de interpretación que los caracteriza, no permiten la aplicación de las reglas señaladas anteriormente para casos en los que dentro de un mismo sistema jurídico, se encuentren dos principios de rango constitucional, cuya aplicación frente a un caso concreto da como consecuencia un resultado diferente.

Las antinomias de principios¹¹³ pueden presentarse cuando un ordenamiento jurídico es el fruto de ideologías opuestas. Entonces, dos valores o principios que por su naturaleza propia resultan incompatibles entre sí (por ejemplo el derecho a la información contra la reserva legal) pueden, incluso, dar lugar a que el legislador expida normas incompatibles, aun cuando sí tengan fundamento constitucional.

Frente a la colisión de normas o principios en el ordenamiento jurídico, Kelsen concluye que evidentemente es posible que, dentro del ordenamiento jurídico, coexistan normas que

112 UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés Abel. Interpretación Judicial (2ª edición), Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Universidad Nacional de Colombia. 2006. p 107.

113 BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá D.C: Editorial Temis. Tercera Edición. 2007. p. 193-194.

al ser aplicadas, generen un conflicto entre sí¹¹⁴. Al respecto, señala que lo que inicialmente sería una contradicción simple cuya solución se subsumiría al aplicar las reglas especiales sobre la jerarquía (la ley posterior deroga la anterior, la norma superior prevalece sobre la inferior), puede convertirse en un caso más complejo de contradicción, para cuya solución se acude a la eficacia de la norma en el ordenamiento, lo que significa que, al ejecutarse una de las normas en colisión, deja ineficaz la otra y, por lo tanto, carente de validez dentro del sistema.

En torno al planteamiento Kelseniano es oportuno señalar que, en efecto, no es factible dar respuesta a una colisión entre normas bajo las mismas herramientas que se utilizarían en una colisión de principios. Lo anterior por cuanto la norma, al formar parte expresa del ordenamiento jurídico debe ser coherente con el mismo, razón por la cual, ante la colisión de dos normas de igual jerarquía, la solución más simple es la aplicación de reglas especiales de jerarquización, como las señaladas por Kelsen. Sin embargo, en el caso de los principios, muchos de estos no se encuentran consagrados dentro del ordenamiento, pese a ser reconocidos como principios rectores del mismo. Por ello, cuando dos principios entran en colisión, las reglas de jerarquización no son aplicables pues los principios tienen igual fuerza normativa y su problemática radica en que se ha dado una interpretación problemática entre sí.

La colisión de principios debe ser resuelta a la luz de la teoría kelseniana, a través de una interpretación judicial que sea fiel a la norma básica fundamental del sistema jurídico. Entonces, el principio más relevante será aquel cuya coherencia con la gran norma prevalezca sobre el otro. Sin embargo, en el giro Kelseniano como ya se expuso, se da mayor relevancia al papel del juez como creador de derecho y, por lo tanto, el funcionario judicial terminaría eligiendo cuál principio es más armónico con el contenido de la norma básica fundamental, contenido presupuesto e incuestionable, pero que en últimas puede resultar subjetivo al aplicarlo frente a la colisión de principios en materia normativa, con el riesgo de que prime en la solución la óptica personal del juez.

114 KELSEN, Hans. El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica. en Teoría Pura del Derecho. México: Editorial Porrúa, 1997 (1960). p.216.

Particularmente Luhman¹¹⁵ aborda la problemática señalando que la aplicación de las normas constitucionales y los conflictos que ello pudiera generar, se resuelven desde un sistema jurídico operante, es decir las respuestas están dentro del Derecho y no afuera, descartando perspectivas morales, ideológicas o religiosas. Concluye el autor, que el Derecho se remite en todo lo que afirma a sí mismo y la interdisciplinariedad o los valores morales de la sociedad solo sirven para fundamentar una decisión pero empiezan y terminan en el Derecho. En congruencia con este planteamiento, su propuesta pretende que la colisión de principios debe ser resuelta dentro del sistema jurídico, brindando la respuesta más coherente y sencilla en relación con el concepto del Estado que propone el mismo autor, pues básicamente todo se reduce al sistema, disminuyendo la complejidad en la solución de conflictos al evitar acudir a factores externos tales como los valores morales, el impacto social de la decisión y otros elementos subjetivos que pudieran complejizar la misma.

También en el Derecho Constitucional español, existen teorías que proponen parámetros a tener en cuenta por el intérprete constitucional cuando entran en colisión derechos fundamentales, quien se ve obligado a realizar una ponderación entre los principios, tratando de armonizarlos, o precisando las condiciones que determinan cuál tiene más peso y por lo tanto prevalece sobre el otro¹¹⁶.

Además, frente a la colisión de principios la Corte Constitucional Colombiana ha fijado unos lineamientos a seguir cuando se presentan casos en los que dos normas o principios del ordenamiento jurídico brindan una respuesta diferente al mismo problema jurídico.

En la sentencia T – 425 de 1995¹¹⁷, la Corte se refiere a las colisiones entre normas de igual jerarquía, señalando que, en virtud del principio de unidad constitucional, la Carta del 91 debe ser analizada como un todo armónico y coherente. En igual sentido, la fórmula de la

115 LUHMANN Niklas, La clausura operativa del sistema del derecho (VIII-IX) en el Derecho de la Sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 153.

116 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 215/1994. Citada en, RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial). Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1995. p 83.

117 Corte Constitucional. Sentencia T – 425 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

alta corporación es la utilización del principio de armonización concreta de las normas constitucionales que entran en tensión. Con la armonización se pretende evitar la satisfacción total de un principio a costa del sacrificio del otro. Posteriormente¹¹⁸, la Corte recurre a la definición del alemán Klaus Stern, descrita en los siguientes términos:

"principio de armonización" Cf. Klaus Stern, Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. p. 291-192: "Una norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad...Las normas constitucionales están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser 'armonizadas', ser puestas en concordancia la una con la otra... De la unidad de la constitución se deduce la tarea de optimización o armonización de las normas constitucionales..."

La Corte también hace referencia a que las colisiones entre bienes jurídicos se resuelven acudiendo a la ponderación de la efectividad de cada uno de los bienes enfrentados, teniendo en cuenta los intereses en juego en las circunstancias concretas de un caso. Advierte la Corte que la colisión de principios es un fenómeno que permite establecer la realización efectiva de un principio, ante su necesaria ponderación frente a un principio opuesto. En este orden de ideas, la ponderación es la herramienta para solucionar los conflictos entre normas que contienen valores o principios, logrando su armonización¹¹⁹ y su máxima efectividad. Ponderar, significa "contrapesar o equilibrar" según la definición de la Real Academia de la Lengua - RAE citada por la Corte. Entonces, esta es la labor que debe llevar a cabo el intérprete, equilibrando y armonizando los principios en tensión.

Según la Corte, debe tenerse en cuenta, igualmente, el principio de proporcionalidad, que implica la comparación de los dos derechos en pugna, determinando su alcance en un caso concreto, en armonía con las finalidades del Estado Social de Derecho y particularmente la relacionada con la efectividad de los principios y derechos reconocidos en la Carta, de tal manera que la restricción de los derechos en tensión sea la mínima necesaria para permitir la máxima efectividad del otro.

118 Corte Constitucional. Sentencia C – 1287 de 2001. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

119 Ibid.

En similar sentido, en la sentencia de constitucionalidad C – 139 de 1996¹²⁰, la Corte se refiere al conflicto entre intereses propios de una comunidad indígena y los derechos o principios constitucionales. En esta ocasión se utiliza el término “sopesación” de principios indicando que la misma solo procede frente a casos concretos y no en un nivel de abstracción. Se establece entonces que un derecho colectivo solo puede ser limitado ante la afectación grave de un principio constitucional o de un derecho individual de la misma colectividad, los cuales resultan de mayor jerarquía que el derecho colectivo en pugna. Se conmina igualmente al juez a dirimir los conflictos de este tipo analizando las circunstancias del caso concreto, aplicando criterios de equidad para lograr el concepto aristotélico de justicia según los parámetros constitucionales y jurisprudenciales aplicables.

3.3.1. Colisión de Principios en la interpretación de la Constitución de 1991

Hecha una breve reseña sobre el fenómeno de la colisión de normas y, especialmente de principios al interior del ordenamiento jurídico, se pretende ahora evidenciar mediante un análisis crítico que las teorías descritas anteriormente hacen parte de la realidad social colombiana, al encontrarse dentro del texto constitucional una tensión entre principios que representan, de una parte, intereses a favor de los derechos sociales y, de otra, intereses enfocados a la defensa de los intereses del desarrollo económico, como a continuación se expondrá.

Aun cuando la Constitución de 1991 garantiza formalmente la satisfacción de derechos fundamentales, en la práctica, muchos de estos derechos se quedan en el papel, al implicar para su ejercicio la destinación de recursos económicos, los cuales, en no pocos casos resultan limitados o incluso inexistentes, dada la situación económica que ha acompañado en las últimas décadas al país. Por ello es que, al quedar en el tintero la efectividad de los derechos, en particular los económicos, sociales y culturales, la Corte Constitucional puede verse avocada a realizar una limitación de los principios de corte social, dando prevalencia a los principios de tipo económico¹²¹.

120 Corte Constitucional. Sentencia C – 139 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

121 MEJÍA QUINTANA, Élités, eticidades y Constitución en Colombia, Op. cit., p. 43.

Lo anterior significa que, aun cuando la Corte Constitucional, al resolver colisiones entre principios de orden social y económico, considere prevalente la protección de aquellos derechos sociales que se encuentren en armonía con los fines del Estado Social de Derecho, puede suceder que, frente al mismo caso, para la rama ejecutiva, resulte necesaria la prevalencia de derechos de contenido económico, teniendo en cuenta que estos hacen parte de la valiosa herramienta de intervención en la economía, con la que cuenta el Estado para garantizar la efectividad de los derechos y fines del Estado Social de Derecho. Lo anterior implica que este amplio margen de configuración puede llenarse bajo la misma fórmula política pero con contenidos de muy diversa índole, lo cual contribuye a la zozobra e inestabilidad del ordenamiento jurídico frente a la materia.

Al respecto, es necesario recordar que el legislador también ha introducido cambios relevantes a nivel constitucional y legal, como la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y el Acto Legislativo 03 de 2011, por vía de ejemplo, en las que se ha reformado la normatividad vigente, a fin de que su aplicación se haga teniendo en cuenta que los recursos de la Nación son limitados, pese a que muchos de estos cambios legislativos pueden resultar regresivos en la práctica y afectan principios constitucionales, derechos sociales y situaciones particulares ya consolidadas.

Lo anterior puede presentarse como consecuencia del tránsito evolutivo entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, factor que permitió que al interior de la Constitución de 1991, aun cuando se consagra oficialmente al Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, también figuren disposiciones cuyo contenido pretende la defensa de intereses de tipo económico que caracterizan al modelo liberal. El viejo modelo liberal sufre ahora una transformación y muchas de sus características hacen parte de la concepción “*neoliberal*” del Estado, definida partiendo del Consenso de Washington de John Williamson, en donde se señalan recomendaciones en materia económica, que permiten visualizar los principales rasgos, así¹²²:

122 UPRIMNY, Rodrigo; RODRIGUEZ G, César; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo Editorial Norma. Primera edición. Bogotá D.C. 2006. p. 113.

- Dar prioridad al gasto público. La Constitución de 1991, en el Artículo 334, ordena entre otros aspectos, dar prioridad al gasto público social. Con esta recomendación se buscaba reducir los subsidios del Estado, característicos del modelo de bienestar, enfocando la inversión en sectores como la educación y la salud.
- Apertura Comercial. En el inicio de la década de los 90, la economía colombiana estuvo caracterizada por la implementación de medidas tendientes a la apertura económica como fórmula de integración al mercado globalizado.
- Inversión extranjera directa. En los últimos años en el país, se ha presentado un incremento importante de capitales provenientes del exterior, destinados a inversiones en pequeña y gran escala.
- Privatización. La tendencia gubernamental actual está enfocada indirectamente a la venta y privatización de empresas nacionales de diversa índole.

Estas características del nuevo enfoque neoliberal, resultan contrarias al intervencionismo de Estado que caracterizó a la organización estatal de la gran mayoría de países, una vez terminada la segunda guerra mundial¹²³. El neoliberalismo surge como resultado de la crítica de algunos sectores, ante la insuficiencia de los derechos sociales y la función redistributiva a cargo del Estado, insistiendo en el incremento de crisis fiscales que ocasiona la excesiva concesión de prerrogativas.

El modelo neoliberal se preocupa básicamente por las libertades individuales, la propiedad privada y el mercado competitivo, dejando al arbitrio de los particulares la actividad económica, con una mínima intervención estatal. En un texto constitucional de corte neoliberal, es común la adopción de principios del pluralismo político y del mercado libre, resaltando la competencia del Estado en el campo económico y político¹²⁴.

En la Constitución del 91, algunas disposiciones normativas, particularmente en materia económica, buscan perfilar un Estado que se ajuste a las reglas del libre mercado, a través

123 Ibid., p. 114.

124 DE VERGOTINNI. Op. cit., p. 196.

de la implementación de medidas como la apertura comercial, la reducción del gasto público, la privatización de empresas públicas, entre otras.

Junto a las normas constitucionales que se caracterizan por las particularidades descritas con anterioridad, se encuentran las normas de carácter progresista, que contienen disposiciones con rasgos del Estado Social de Derecho y, particularmente, buscan la defensa de intereses de tipo social, la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC, entre otros aspectos. En el Artículo 1º de la Constitución de 1991 y en armonía con la definición de Estado Social de Derecho consagrada en la misma, se encuentran otras características del Estado tales como: “...la organización en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalecía del interés general”. De lo anterior se desprende, como principio general, de la organización estatal, el del “Estado Social de Derecho”, acompañado de principios complementarios que pretender alcanzar los fines del modelo estatal.

Velásquez Turbay¹²⁵ asegura que en la Constitución de 1991 coexisten fines del Estado Social de Derecho y fines del Estado neoliberal relacionados con la vida económica del país. Lo anterior puede tener cabida si se tiene en cuenta que el Estado Social de Derecho adquiere una función empresarial que antes no tenía y que, como consecuencia del perfil de empresario, ha participado activamente en la economía no solo mediante la intervención estatal sino también mediante la estatización de empresas, la prestación de servicios públicos domiciliarios y la redistribución del ingreso atendiendo a los intereses de las distintas clases sociales¹²⁶. Por lo tanto tiene lugar en Colombia lo que ha sido denominado por la Corte Constitucional como la Economía Social de Mercado¹²⁷, entendida por la alta corporación en los siguientes términos:

125 VELÁSQUEZ TURBAY. Op. cit., p. 294.

126 GARCÍA PELAYO. Op. cit., p. 35.

127 Corte Constitucional. Sentencia C – 865 de 2004. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

“...La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada **“economía social de mercado”**, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación...” (Negrilla fuera del texto).

Normas y principios, tanto de contenido económico como social, resultan de necesaria aplicación para los jueces en sus decisiones, debiendo ser tenidas en cuenta también por el legislador al momento de concebir nuevas leyes que integren el ordenamiento jurídico.

El texto constitucional original y las diversas reformas que ha sufrido, integran en la Constitución principios de carácter social, y económico, como referentes necesarios para la labor interpretativa de la Corte Constitucional. Sin embargo el texto original daba mayor protagonismo a los principios de orden social, pero las reformas de los últimos años a las que se hizo referencia con anterioridad, introdujeron principios de tipo económico como parámetros reguladores de todas las ramas del poder público, como es el caso de la sostenibilidad fiscal. Este hecho trae como consecuencia que, más recientemente, se haya dado por parte del operador jurídico, prevalencia a los principios que contienen intereses de tipo económico, argumentando para ello la compleja situación económica por la que ha atravesado el país a lo largo de su historia, razón por la cual se desplaza o se da menor peso a los principios de carácter social y progresista, pese a que las dos tipologías de principios gozan del mismo rango constitucional¹²⁸.

128 MEJÍA QUINTANA, Oscar y GALINDO POBLADOR, Carolina. La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91, en

Sin embargo, de la lectura y análisis del texto constitucional no puede inferirse una contradicción de principios de manera clara, ya que principios de contenido social y económico han sido diseñados por el constituyente y el legislador, con la intención de regular, de manera armónica, los diferentes aspectos de la vida en sociedad, para alcanzar los fines del Estado de Derecho. Los principios constitucionales como concepción abstracta, no resultan conflictivos entre sí, ni contradictorios con otras disposiciones del texto constitucional. La tensión se presenta entonces, cuando estos principios, son aplicables a la luz de un caso concreto y el juez constitucional debe realizar un ejercicio hermenéutico en el que encuentra, que de la aplicación de principios orientadores al mismo caso, no siempre obtendrá idéntica solución.

A continuación se realizará un análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes de la Corte Constitucional, en materia del derecho a la salud, mínimo vital, derecho a la seguridad social, y otros derechos de orden social en contraposición con reglas constitucionales en materia económica, donde la alta corporación se ha visto enfrentada a colisiones de principios, donde ha tenido que dar solución, generalmente a través del uso de la ponderación.

4. CAPÍTULO III. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Constitución de 1991 es la fórmula política que recopila los principios rectores del Estado Social de Derecho e introduce una nueva mirada al ordenamiento jurídico colombiano, donde se reconoce la supremacía normativa del texto constitucional frente a otras disposiciones; de ahí que el precedente judicial a lo largo de los años haya pretendido armonizar el contenido de la Constitución con la realidad social y económica del país, para alcanzar el bienestar social y fines políticos esperados.

En efecto, el texto constitucional se caracteriza por contener normas de imperativo cumplimiento y principios constitucionales que orientan la labor de las instituciones del Estado y particularmente la del juez constitucional, al pretender que las decisiones judiciales sean adecuadas con la realidad social y el efecto de las mismas¹²⁹ dentro de un contexto en el que entran en juego factores políticos, económicos y culturales, principalmente.

Por consiguiente, la labor del juez constitucional resulta determinante, al ser uno de los funcionarios competentes para desentrañar el contenido de la Constitución del 91, lo cual lleva a cabo a través de la aplicación de las normas y principios constitucionales mediante un ejercicio de interpretación en un caso concreto donde se estudia la protección de un derecho individual o la constitucionalidad de una norma o principio.

Sin embargo, cuando el juez constitucional realiza el ejercicio de interpretación y aplicación del texto constitucional, en ocasiones puede enfrentarse a casos en los cuales coexisten dos normas o principios constitucionales, siendo necesario sacrificar parcialmente uno de ellos para dar una respuesta adecuada al caso concreto. Es decir, aun cuando dos normas o principios constitucionales gozan de la misma jerarquía al interior del ordenamiento jurídico, en ocasiones estas disposiciones encierran intereses contrarios que

129 Corte Constitucional. Sentencia C - 776 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

deben ser ponderados generalmente a través de un *test de razonabilidad*, identificando el fin perseguido por el legislador, el medio empleado para conseguir este fin y la idoneidad de este medio para conseguir el fin propuesto¹³⁰.

Resaltando nuevamente la ya aludida importancia del juez constitucional y su protagonismo en este proceso, incluso hay quienes señalan que la tendencia jurisprudencial de esta alta Corte, ha estado determinada en gran medida por el rol de los magistrados que han hecho parte de la corporación, cuya perspectiva pareciera estar influenciada, en algunos casos, por motivos de índole político y económico.

Entonces, en la solución de un problema jurídico concreto, la Corte Constitucional acude a los principios y normas de rango constitucional, que pueden brindar diferentes perspectivas de solución en un caso determinado, dando lugar, en ocasiones, a una tensión entre principios constitucionales que requieren ser ponderados por el juez constitucional. De ahí que el objetivo de esta línea jurisprudencial recaiga en el análisis de aquellos casos cuya decisión puede ser motivada con fundamento en intereses de tipo social propios del Estado Social de Derecho o intereses de tipo económico, característicos del Estado Liberal.

Conviene señalar que, frente al tema, algunos autores, como Mejía Quintana, ya han señalado que la Corte Constitucional parece abandonar en los últimos tiempos la defensa inicial de principios del bloque social demócrata que caracterizaban sus decisiones en los primeros años de producción judicial; esto, para contribuir a la consolidación de principios de tipo neoliberal¹³¹ en el fundamento de sus decisiones más recientes.

En suma, el camino a seguir a continuación pretende determinar si en la ponderación de principios que realiza el juez constitucional para solucionar un caso concreto, prevalecen principios de orden social, en armonía con los postulados del Estado Social de Derecho, o principios de orden económico que buscan proteger la Sostenibilidad Fiscal del Estado.

130 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La Ponderación de Derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. En: La Ponderación en el Derecho. Eduardo Montealegre Lynett (Coordinador). Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Primera Edición. Octubre de 2008. p 149.

131 MEJÍA QUINTANA, Oscar y GALINDO POBLADOR, Carolina. La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91. Op. cit., p. 383-406.

Aún cuando diversos principios han sido objeto de un ejercicio de interpretación y ponderación por la Corte Constitucional, se analizarán en especial aquellas decisiones constitucionales que han tenido como objeto la protección y el desarrollo de los fines del Estado Social de Derecho, entre ellos la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios y derechos y deberes que confiere la Constitución del 91¹³² y los demás consagrados en el artículo segundo de la carta política. En ese sentido, el análisis pretende identificar, en primera medida, las decisiones judiciales que, en la protección de los fines del Estado Social de Derecho, se han visto enfrentadas a un principio de índole económico, que obliga de forma directa o implícita a que la Corte efectúe un ejercicio de ponderación cuando su aplicación simultánea no logra una solución armónica a un caso determinado y necesariamente un principio debe ceder ante otro, según la interpretación de la Corte. Acto seguido, se busca describir la tendencia reciente en las decisiones judiciales proferidas por este órgano judicial y establecer si, en efecto, se presenta un cambio en la tendencia de la Corte Constitucional al prevalecer intereses de tipo económico sobre intereses de tipo social que tienen alto costo para las finanzas del Estado.

Es importante aclarar que la tensión entre este tipo de principios no está delimitada con claridad al interior del texto constitucional y suele presentarse en la solución de un caso complejo, donde, por ejemplo, para garantizar la efectividad de los derechos, se ha dicho por la Corte que el Estado cuenta con diversas herramientas, entre ellas la intervención en la economía y otros principios de tipo económico que ha introducido el legislador con el fin de ajustar la normatividad constitucional a la realidad socioeconómica del país. Entonces, aun cuando el fin perseguido por el legislador es garantizar la efectividad de los derechos, en la práctica puede presentarse una afectación de esta garantía o de otros derechos, con fundamento en un principio de tipo económico que conlleva una medida restrictiva para limitar el goce del derecho según su impacto fiscal.

132 MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La Corte Constitucional, Autoridad Económica. En: Corte Constitucional y economía. Carlos Mario Molina Betancur (Compilador). Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Primera Edición. 2010.

En este orden de ideas, para demostrar si la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional ha estado delimitada por la transición entre la defensa de principios de tipo social a la prevalencia de principios de tipo económico, resulta necesario elaborar una línea jurisprudencial con las sentencias más relevantes en la materia que ha proferido esta alta Corte. Se trata de decisiones que establecen un precedente en temas coyunturales como la prevalencia del interés general sobre el particular, la constitución económica y, de la mano de este concepto, la intervención del Estado en la economía. Para ello, se analizarán decisiones que han buscado resolver problemas jurídicos puntuales sobre los derechos adquiridos en materia pensional, la movilidad de los reajustes salariales en armonía con el Estado Social de Derecho y la importancia del recientemente elevado a rango constitucional: principio de sostenibilidad fiscal, entre otros aspectos, como a continuación se verá en el gráfico de la línea jurisprudencial que muestra la evolución que ha tenido la Corte Constitucional al dar respuesta al interrogante planteado anteriormente.

Es importante aclarar que diversos temas serán objeto de este análisis jurisprudencial, en razón a que, más allá de construir una línea específica por cada uno de ellos, el objetivo es demostrar que la Corte Constitucional se ha enfrentado a la colisión en ramas del derecho cuya identidad para el presente estudio, radica en el enfrentamiento entre derechos o principios de orden social contra las dificultades prácticas de su financiamiento, lo que ha hecho que los principios de orden económico jueguen un papel relevante en la decisión judicial.

Las sentencias cuyo tópico es el derecho a la seguridad social, son parte importante de este análisis pues, a través de su estudio, podrá observarse cuál ha sido la posición constitucional y su evolución desde el año 1992 hasta el año 2014. Aun cuando el derecho a la seguridad social es una rama compleja del derecho, en la cual se suscitan controversias relacionadas con el reconocimiento de prestaciones económicas tales como pensión de vejez, invalidez, de sobrevivientes, indexación de la primera mesada pensional, aplicación de regímenes de transición y derechos adquiridos, entre otras, conviene aclarar que las sentencias que se encuentran a continuación, tienen como rasgo común la pugna existente entre el derecho en sí mismo y el impacto o costo económico del mismo.

En igual sentido, las sentencias referentes al derecho a la salud, permitirán analizar el camino que ha recorrido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, y su posición en la defensa de este derecho bajo los parámetros de la Constitución de 1991 y las demás disposiciones que han reglamentado su ejercicio, como la Ley 100 de 1993 o la reciente Ley 1751 del 16 de febrero de 2015. En esta materia, todas las sentencias objeto de estudio son sentencias tipo T, de tutela, en las que la Corte se enfrentará ante dos intereses contrarios a saber: de una parte el de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud que esperan protección constitucional de este derecho y, de otra parte, el de las Empresas Promotoras de Salud – EPS, que si bien es cierto se encuentran obligadas a prestar el servicio efectivamente, se encuentran limitadas por factores de índole económico para cumplir su misión.

En materia de reajuste salarial de empleados públicos, se escogieron las sentencias más relevantes de los años 1999 a 2004, cuya importancia radica en el análisis que realiza la Corte Constitucional del derecho de los empleados públicos a mantener un salario mínimo vital y móvil, pese a que el presupuesto nacional resulte deficitario para garantizar el incremento salarial. La elección de estas sentencias particularmente, está justificada en la medida en que durante estos años la producción jurisprudencial en este tema presentó cambios significativos que son ejemplo claro de intereses en conflicto en materia social y económica.

De la breve introducción realizada con anterioridad, se destacan dos aspectos a tener en cuenta en adelante. El primero de ellos, es que, en la gran mayoría de las decisiones judiciales que componen la línea jurisprudencial, se encuentra presente una controversia entre intereses de tipo económico o de tipo social. Esta característica resulta evidente y necesaria, si se tiene en cuenta que el objetivo de la línea es analizar desde diferentes perspectivas temáticas, la postura de la Corte Constitucional frente a casos en los que hay principios constitucionales en conflicto. El segundo aspecto a tener en cuenta es que, como se verá, la Corte se enfrenta a estas colisiones a través de un ejercicio interpretativo diferente en cada caso, muchas veces sin reconocer abiertamente la existencia de

controversia entre principios, y en otras ocasiones, acudiendo a la herramienta preferida para resolverlos: la ponderación.

4.1. Gráfica de la Línea Jurisprudencial

En la ponderación de principios que realiza el juez constitucional para solucionar un caso concreto, ¿prevalecen principios de orden social en armonía con los postulados del Estado Social de derecho o principios de orden económico que buscan proteger la sostenibilidad fiscal del Estado?

			■ Sentencia T - 406 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón. Acción de Tutela para DESC	
			■ Sentencia T - 426 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.	
			■ Sentencia T - 505 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz	
Ley 100 de 1993	■ Sentencia C - 168 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.			
			■ Sentencia T - 236 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.	
			■ Sentencia T - 328 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.	
			■ Sentencia C - 608 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.	
			■ Sentencia C - 815 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo	
			■ Sentencia C - 1433 de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.	
	■ Sentencia C - 1064 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.		■ Salvamento de Voto. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.	
		■ Sentencia C - 227 de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.		
	■ Sentencia C - 931 de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.		■ Salvamento Parcial de Voto. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo y Clara Inés Vargas.	
Acto Legislativo 01 de 2005		■ Sentencia C - 111 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.		
Acto Legislativo 03 de 2011			■ Sentencia T - 655 de 2008. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.	
	■ Sentencia C - 288 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Acción de Constitucionalidad A.L. 03 de 2011			
	■ Sentencia C - 258 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.			
		■ Sentencia C - 313 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo		
			■ Sentencia C - 504 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	

Nota: Los Colores que resaltan cada una de las sentencias, identifican el tema principal del que trata la misma, así:

REAJUSTE SALARIAL
DERECHO A LA SALUD
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

4.2. Análisis Jurisprudencial

Al dar un vistazo a la gráfica anterior, no es apresurado señalar que en los primeros años de producción judicial de la Corte Constitucional, el número de sentencias que se inclinó a favor de la protección de derechos sociales fue mayor, en razón probablemente al anhelo de plasmar dentro de la decisión judicial el afán del constituyente por un Estado Social de Derecho, garantista y progresista. Sin embargo, esta dinámica empieza a variar a puertas del siglo XXI, donde las decisiones judiciales reflejan una protección hacia principios de índole económica, teniendo en cuenta según la jurisprudencia, la realidad social y la crisis económica que ha tenido que afrontar el país, hechos que no pueden ser ignorados por el alto tribunal.

Aun cuando la primera sentencia de la línea no recaer puntualmente sobre una controversia entre principios de tipo económico y de tipo social, esta decisión¹³³ es relevante puesto que la Corte Constitucional se pronuncia sobre la procedencia de la Acción de Tutela frente a la vulneración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC, demostrando como se indicó en anteriores capítulos, que con la Constitución de 1991 se introdujeron mecanismos constitucionales para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Carta, aun cuando no sean fundamentales.

El caso concreto recae sobre la construcción de un alcantarillado por las Empresas Públicas de Cartagena en el año 1991, que fue puesto en funcionamiento cuando aún no estaba finalizada su construcción, lo que ocasionó un desborde de aguas negras, olores nauseabundos y contaminantes para los residentes del sector. El accionante solicita que se ampare su derecho a un medio ambiente sano y particularmente a la salubridad pública, pese a que este derecho no es considerado como fundamental.

En sede de instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó el amparo solicitado al considerar que la acción de Tutela solo resulta procedente cuando está en juego la vulneración de los derechos fundamentales y que al no estar el derecho al medio ambiente

133 Corte Constitucional. Sentencia T - 406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

sano consagrado expresamente por la Constitución como fundamental, no es procedente el amparo.

Sin embargo, la Corte Constitucional al revisar esta decisión judicial, destaca que es labor del juez constitucional asegurar la coherencia y sabiduría en la interpretación del texto constitucional, para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. Por esta vía y en relación con los DESC, el Juez Constitucional debe validar que el derecho reclamado, para que sea considerado fundamental, contenga una conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial. Una vez establecida la concurrencia de estos requisitos puede el Juez tomar decisiones atendiendo a la gravedad de la violación del derecho, pero también debe tener en cuenta las posibilidades económicas de solución, observando factores como la escasez de los recursos de una parte y de otra los fines de igualdad y justicia social que pretende la Constitución.

Controversia y argumentos: En suma la Corte Constitucional reconoce el papel del Juez como creador de derecho y adicionalmente le imputa la responsabilidad de proferir sus decisiones con sabiduría, teniendo en cuenta los principios constitucionales y la interpretación de los mismos cuando medien, en el caso concreto, circunstancias de tipo económico como la escasez de los recursos, lo cual no es óbice para olvidar los fines del Estado Social de Derecho, como la igualdad y la justicia social.

Por lo expuesto anteriormente, en dicha sentencia la Corte amparó los derechos reclamados y conminó a las Empresas Públicas de Cartagena a la terminación de las obras de alcantarillado.

En la segunda sentencia de la línea¹³⁴ se empieza a fijar el precedente jurisprudencial en materia del mínimo vital. Es conveniente analizar esta decisión judicial a la luz del problema jurídico planteado, puesto que, en sede de instancia, el amparo solicitado había sido negado bajo el argumento de que la protección y asistencia de las personas de la tercera edad no está a cargo exclusivamente del Estado, sino que la familia y la sociedad tienen un imperativo moral de asistencia del adulto mayor, aun cuando con ello se sufran

134 Corte Constitucional. Sentencia T - 426 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

erogaciones económicas no imputables al familiar. Es decir, que el juez de instancia, bajo el argumento de que el accionante tiene una hija que le brinda algunos cuidados, pretendía excluir al Estado de la responsabilidad social y económica en la protección del adulto mayor, particularmente a la Caja Nacional de Previsión Social y su competencia para efectuar dentro del término legal el reconocimiento de una sustitución pensional.

A diferencia de lo señalado por el juez de instancia, la Corte Constitucional señala que, en consideración al papel del anciano en la sociedad moderna y al contexto sociocultural de desprotección en el que está situado, debe proferirse una decisión judicial acorde con la realidad social, como elemento integrante del derecho constitucional y teniendo en cuenta los fines del Estado Social de Derecho, particularmente la transformación de la realidad si esta es fuente de desigualdad, injusticia e inequidad. En conclusión, la asistencia a las personas de la tercera edad es un deber en el que concurren el Estado, la familia y la sociedad, sin que ninguno de ellos pueda deslindarse de su cumplimiento. Lo anterior significa que, cuando este deber implique una carga económica excesiva para la familia, el Estado y la sociedad deben concurrir para garantizar la asistencia al adulto mayor, a diferencia de lo señalado por el juez de instancia. Aclara la Corte que el derecho al mínimo vital no implica el derecho de toda persona a exigir una contraprestación económica del Estado, sin analizar el caso concreto. Sin embargo, el Estado no puede olvidar su obligación de propender por la igualdad real y la distribución equitativa de los recursos económicos.

De otra parte, la Corte destaca que el Estado Social de Derecho tiene como objetivo contrarrestar penurias de tipo económico y social, evitando la inequidad y la desigualdad social. Para ello, existe una conexidad entre las disposiciones de la Constitución económica, con la efectividad de los derechos y en especial de los DESC, de tal forma que las disposiciones económicas no son excusa para que el Estado desatienda sus deberes sociales.

Controversia y argumentos: En esta decisión judicial se señala enfáticamente que la escala de valores del texto constitucional impide ponderar un bien jurídico dándole prevalencia

sobre un derecho fundamental, puesto que si bien, el derecho al mínimo vital no implica en todos los casos una erogación de recursos por parte del Estado, si implica un esfuerzo estatal por contrarrestar carencias de tipo económico de la población objeto de especial protección constitucional, como los adultos mayores.

Este argumento será clave para el análisis de las demás sentencias de la línea jurisprudencial, puesto que la Corte da prelación a la protección de derechos fundamentales frente a intereses de tipo económico que puedan estar en conflicto, pero cuando el derecho en riesgo o sujeto de vulneración no se encuentra en la escala de los fundamentales, la posición de la Corte es diferente.

Continuando con el desarrollo de la línea, en la tercera sentencia de la gráfica¹³⁵ el accionante solicita la protección de su derecho a la igualdad y a la salud, como sujeto de especial protección ante una circunstancia de debilidad manifiesta, puesto que se encuentra enfermo de SIDA y un Hospital Público se niega a prestarle servicios médicos sin que se realice previamente el pago de los mismos. El accionante alega, de una parte, la precaria situación económica que vive, circunstancia que le impide realizar el pago de los servicios médicos, teniendo en cuenta, de otra parte, el alto costo que el carácter de la enfermedad implica. En esta sentencia la Corte Constitucional empieza a delimitar el significado de Estado Social de Derecho, señalando que la característica “social” del nuevo ordenamiento jurídico que caracteriza a la Constitución del 91 da prevalencia a los derechos fundamentales y su realización social en armonía con principios fundadores como la solidaridad y la dignidad humana, distinguiéndose así del Estado de Derecho y de la interpretación rígida o estrictamente legal del mismo.

En este orden de ideas, se señala que, en virtud del principio de justicia distributiva, los recursos económicos deben tener en cuenta la priorización del gasto público social y del favorecimiento de los sectores más vulnerables y puntualmente de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los enfermos de SIDA, dado el carácter epidemiológico de la enfermedad. Igualmente, según la Corte, la Constitución

135 Corte Constitucional. Sentencia T - 505 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

económica debe guiarse por los fines del Estado Social de Derecho y, particularmente, por la efectividad de los derechos y principios constitucionales.

Controversia y Argumentos: Aclara la Corte Constitucional que, en atención a la realidad económica del país, el servicio público de la salud es un recurso escaso, pese a lo cual la atención integral y gratuita de este servicio puede tener lugar ante la ausencia de solvencia económica del paciente y, particularmente en este caso, con el fin de evitar un riesgo mayor ante la eventual propagación de la enfermedad. Es decir, que aun cuando los recursos públicos disponibles para el financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados, lo anterior no es óbice para desconocer la cobertura efectiva del mismo ante condiciones económicas precarias de un paciente.

Por ello, se concluye que no es de recibo el cobro efectuado por el Hospital público al accionante, y se conmina a esta entidad a prestarle los servicios necesarios para proteger la vida y la salud del enfermo.

Posteriormente, la Corte Constitucional se pronuncia¹³⁶ sobre la inexecutable de algunos artículos de la Ley 100 de 1993, relacionados con el régimen de transición en materia pensional y el respeto por los derechos adquiridos. A juicio del accionante, la norma desconoce la aplicación de la “condición más beneficiosa” en materia pensional y el derecho a la igualdad, al establecer condiciones más favorables según la edad y el tiempo de servicio cotizados al momento de entrar en vigencia la norma.

Esta vez la alta corporación aborda el concepto de derechos adquiridos en materia pensional, estableciendo una distinción doctrinal y en adelante jurisprudencial entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, indicando frente a los primeros, que hacen referencia a las situaciones ya consolidadas y que hacen parte del patrimonio autónomo del titular bajo una legislación aún intacta, puesto que los efectos de las modificaciones o derogatorias de la ley son generalmente hacia el futuro.

136 Corte Constitucional. Sentencia C - 168 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Lo anterior, a diferencia de las meras expectativas que se constituyen como la esperanza de alcanzar un derecho incierto o aún no consolidado, lo que conlleva a que pueda ser modificado, o incluso extinguido por el legislador. Se hace alusión a la *Teoría de la irreversibilidad*, que pretende que las meras expectativas de un hecho que solo tiene consecuencias jurídicas ante su realización efectiva, se protejan desde antes de su realización, lo que para la Corte resulta improcedente para el crecimiento de la economía, por lo que debe prevenirse la concesión excesiva de prerrogativas que pueden ser difíciles de sostener en una época de crisis.

Controversia y argumentos: En esta decisión judicial la Corte es enfática en señalar que las normas laborales no son inmodificables y que, al proteger las meras expectativas de un derecho, se obstaculizaría la introducción de reformas necesarias en el devenir de las relaciones laborales y económicas que apuntan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, dentro del marco de prevalencia del interés general sobre el particular.

Significa lo anterior que la Corte realiza un ejercicio interpretativo en el que aclara que los derechos se ajustan a las circunstancias históricas y el contexto económico y social vigente al momento de su aplicación, razón por la cual las reformas en materia económica que afectan el ejercicio de derechos ya reconocidos, son bien vistas en el marco de los fines esenciales del Estado, entre ellos la prevalencia del interés general.

De otra parte, a la par de la evolución de las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional, fueron proferidas leyes y actos legislativos que modificaron el ordenamiento jurídico colombiano con nuevos principios y normas que han sido objeto de estudio por parte del juez constitucional y, consecuentemente, tuvo lugar una nueva postura frente a diversos temas con ocasión de las reformas legislativas. Aun cuando han sido muchas las leyes en la materia, conviene recordar aquellas que tuvieron un impacto significativo como, por ejemplo:

- La Ley 100 de 1993. Mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral. En esta norma se regulan aspectos relacionados con la prestación de

servicios en salud, así como también se unifican los regímenes en materia pensional en dos modalidades: el Régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad; que se mantienen hasta la fecha.

- La Ley 789 de 2002. Mediante la cual se dictan normas tendientes a apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. Ampliamente criticada por la opinión pública, esta ley pretendía incentivar la creación de empleo mediante la reducción del costo de la mano de obra para los empresarios, razón por la que se estableció en materia salarial, entre otros aspectos, que en el futuro el recargo nocturno solo sería a partir de las 10 de la noche, con lo que se disminuyen los costos del empresario por concepto de horas extras y recargos.
- El Acto legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. La adición consistió básicamente en la introducción del principio de sostenibilidad financiera en materia pensional. Adicionalmente, con la expedición de esta norma se eliminaron los regímenes especiales y de excepción en materia pensional, la mesada 14 (mesada adicional para los pensionados, que se pagaba en el mes de junio de cada año) y la posibilidad de pactar beneficios pensionales mediante pactos, convenciones colectivas de trabajo y laudos arbitrales. Adicionalmente, se dejó claramente establecido que el régimen de transición en materia pensional, configurado en la Ley 100 de 1993, solo tendría vigencia hasta el 31 de julio del año 2010. Esta reforma pensional tuvo como objetivo principal garantizar la sostenibilidad presupuestal del sistema pensional colombiano.
- Acto Legislativo 03 de 2011. Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. Mediante esta reforma al Artículo 334 de la Constitución, se conmina a las ramas y órganos del poder público a orientar su actividad teniendo en cuenta la sostenibilidad fiscal. Adicionalmente, se crea el incidente de impacto fiscal, que otorga facultades al Procurador General de la Nación o a los ministros de gobierno, según sea el caso, para solicitar la apertura de este trámite cuando se considere que los efectos de las sentencias proferidas por las altas cortes pueden tener serios impactos en la sostenibilidad fiscal del Estado.

Al delimitar este breve marco legal, resulta conveniente efectuar el estudio jurídico de las demás sentencias que componen esta línea jurisprudencial, teniendo en cuenta el referente normativo de contexto al que tuvo que acudir la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos.

En la siguiente sentencia de la línea¹³⁷, y a propósito del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte se pronuncia sobre la presunta vulneración de derechos a la integridad física, la salud y la seguridad social de un menor de 10 años, puesto que una Entidad Promotora de Salud – EPS se niega a brindarle al menor un implante coclear, argumentando como causa de la negativa que este es un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud – POS.

En esta decisión judicial la Corte señala que cuando la vulneración de derechos que no son considerados como fundamentales se encuentre estrechamente ligada con la vulneración de aquellos que si lo son, procede la acción de tutela para que el juez constitucional pueda protegerlos. Por ello, aclara la Corte que, si bien es cierto que los derechos a la salud y a la seguridad social hacen parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC, al ser prestacionales y requerir de ciertas condiciones económicas para su aplicación, esta efectividad no puede ser condicionada teniendo en cuenta solamente dichas condiciones.

En este orden ideas, se aclara que entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las EPS no existe una relación contractual de derecho privado, pues es el Estado el primeramente obligado a prestar los servicios de salud y es este quien ha delegado a través de un contrato su responsabilidad en las EPS.

Controversia y argumentos: Al respecto, señala la Corte que la relación usuario – EPS es una relación de derecho público con derechos y obligaciones claramente determinados en la ley, razón por la que el derecho a la salud no puede resultar sacrificado por estipulaciones contractuales que usa la EPS como justificación para no prestar el servicio en casos que no gozan de cobertura por el POS. Es decir, que los argumentos económicos de financiamiento

137 Corte Constitucional, T – 236 de 1998, Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.

de los servicios no pueden prevalecer sobre los derechos que implican la prestación de un servicio.

Ahora bien, aun cuando la Corte reconoce claramente esta tensión, en la siguiente sentencia de la línea¹³⁸ establece una jerarquización de principios al señalar que los derechos fundamentales de las personas priman y que la urgencia de tratamiento y falta de atención médica de los enfermos de SIDA puede conllevar a la vulneración de estos derechos, razón por la cual, en estos casos, la Corte decide inaplicar la Ley al considerar que la misma puede contemplar una vulneración y desconocimiento de los derechos alegados por sujetos de especial protección.

Controversia y argumentos: La Corte se encuentra ante dos argumentos opuestos a saber, de una parte, el derecho a la salud en riesgo de un paciente enfermo de SIDA que requiere tratamiento con medicamento no incluido en el POS y de otra parte, la ley que ampara a la EPS a no cubrir el medicamento al encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud. La Corte se inclina por la protección del derecho fundamental a salud en conexidad con la vida, que implica no solo una mera existencia sino el respeto por el derecho a la vida en dignas condiciones.

Por otro lado, en materia de prestaciones salariales, en la siguiente sentencia¹³⁹ de la línea jurisprudencial la Corte Constitucional, en decisión proferida por algunos conjueces¹⁴⁰, realiza un análisis de constitucionalidad sobre normas que facultan al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y particularmente sobre el régimen especial que en materia salarial y prestacional se estableció a favor de los congresistas y magistrados de altas cortes, en virtud del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Controversia y argumentos: En esta ocasión, se dio prelación al régimen especial en materia de salarios y prestaciones de congresistas, bajo el argumento de que la distinción a su favor

138 Corte Constitucional, T – 328 de 1998, Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.

139 Corte Constitucional. Sentencia C - 608 de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

140 Ver más sobre el conjuez constitucional en el Auto de la Corte Constitucional A – 017 de 2006.

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

en esta materia tiene origen constitucional y que en razón de la función que desempeña la rama legislativa es válido el goce de un régimen preferencial al de los demás servidores públicos. En igual sentido, en materia pensional, la preferencia o privilegio es justificado teniendo en cuenta la representación política y la exclusividad que exige su cargo, siempre y cuando no se excedan o desconozcan las disposiciones constitucionales.

Frente al régimen especial de congresistas, no es la anterior la única ocasión en que la Corte tendrá la oportunidad de pronunciarse, pero en esta ocasión es claro que el privilegio en el régimen salarial y prestacional del Congreso de la República fue justificado bajo un imperativo constitucional sin tener en cuenta otros aspectos que ya habían sido objeto de reflexión por el alto tribunal, como que los derechos no son absolutos y que la constitución económica debe interpretarse bajo los fines del Estado Social De Derecho, como son la prosperidad general y la prevalencia del interés general (de la población trabajadora y pensionada que en su mayoría devenga entre uno o dos salarios mínimos, como lo expuso el demandante) sobre el interés particular de unos pocos. Lo anterior permite cuestionarse sobre los parámetros de ponderación que utiliza el juez constitucional y si el rango de protección de los derechos que implica erogación significativa de recursos públicos está delimitado por los intereses de los diversos actores en juego.

De otra parte, en las decisiones de la Corte relacionadas con el incremento salarial de los empleados públicos, la movilidad del salario y la justificación del recorte del presupuesto anual, se evidencia un cambio en la tendencia jurisprudencial que evolucionó de una protección a los intereses del trabajador, hacia la protección de los fines del Estado y la intervención en la economía como medida para enfrentar la crisis fiscal del país.

En relación con estos aspectos, inicialmente la Corte Constitucional¹⁴¹ considera que el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, goza de especial protección constitucional y que, por lo tanto, si solo se tuviera en cuenta la meta de inflación para el siguiente año presupuestal, sin duda se presentaría una afectación real al reajuste salarial de los trabajadores puesto que en la práctica se presentaría una reducción periódica del salario,

141 Corte Constitucional. Sentencia C – 815/1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo

sin tener en cuenta aspectos como el incremento en el costo de vida y la capacidad reducida para adquirir bienes y servicios.

Controversia y argumentos: Por lo tanto, si la remuneración pierde su patrón de mínimo vital y móvil, se desnaturaliza el derecho al presentarse situaciones que afectan la dignidad y la justicia de la población laboral activa.

En este sentido, la Corte advierte que cuando la fijación del salario mínimo no se realice por la vía del consenso, el Gobierno debe tener en cuenta como parámetro regulador, no únicamente la meta de inflación propuesta para la siguiente vigencia presupuestal, sino también otros aspectos tales como: "...la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor; la productividad acordada por la Comisión Tripartita que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; la contribución de los salarios al ingreso nacional; el incremento del producto interno bruto (PIB); y con carácter prevalente, que habrá de reflejarse en el monto del aumento salarial, la especial protección constitucional del trabajo (art. 25 C.P.) y la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en asegurar el acceso a bienes y servicios de primera necesidad a todas las personas y particularmente a las de escasos recursos..."

Controversia y argumentos: Similar tendencia se mantiene en la siguiente sentencia de la línea¹⁴², donde se deja establecido que el incremento salarial emana de la Constitución y, por lo tanto, el Estado tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar el incremento salarial en armonía con el mínimo vital en condiciones dignas y justas. Esta protección tiene su razón de ser en el deseo de establecer un orden social y económico justo, y materializar los fines del Estado Social de Derecho en relación con un incremento en la calidad de vida de las personas, particularmente los de menores ingresos. Por ello, es clara la prohibición de desmejora de los derechos sociales de los trabajadores, ni siquiera bajo el contexto de una crisis económica.

142 Corte Constitucional. Sentencia C - 1433 de 2000. Magistrado ponente. Antonio Barrera Carbonell.

Hasta aquí la tendencia puntual de protección de la remuneración mínima vital y móvil de los trabajadores en la jurisprudencia constitucional, pues al proferir la siguiente sentencia de la línea¹⁴³, la Corte da un giro que deja en entre dicho la imagen garantista construida en decisiones judiciales anteriores y da paso a una sentencia judicial que desconoce el precedente en la materia.

A diferencia de la distinción hecha en otras decisiones judiciales por la Corte Constitucional, entre el concepto de Estado Social de Derecho y el de Estado de Derecho, en esta ocasión, la Corte reseña la evolución histórica del concepto de Estado Social De Derecho para concluir que esta fórmula acogida por la Constitución de 1991 es una muestra del consenso de la diversidad de actores sociales, ideológicos y políticos que integraban la Asamblea Nacional Constituyente, afirmación que busca ratificar la legitimidad de esta cláusula al interior del texto constitucional.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución ha sido objeto de críticas en torno al acuerdo político previo a su expedición, pues el consenso al que se refiere la Corte en esta sentencia fue para algunos el pacto de unas mayorías representativas que no lograron armonizar todos los intereses y necesidades de la diversidad de grupos e ideologías que conforman la sociedad colombiana¹⁴⁴.

La Corte en esta oportunidad es contundente en señalar que el Estado Social de Derecho no debe confundirse con un Estado de Bienestar y que, si bien es cierto estas figuras son compatibles, no tienen una relación de dependencia. Nuevamente, la Corte reitera que los derechos no son absolutos ni ilimitados, entre otros aspectos, porque de ser así el legislador no podría realizar su función de modificación o renovación normativa, estableciendo una ponderación o reducción para dar prevalencia a otros bienes que también gozan de amparo constitucional. Es natural para la Corte que en muchos casos los derechos fundamentales puedan verse en colisión entre sí.

143 Corte Constitucional. Sentencia C - 1064 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

144 MEJÍA QUINTANA, Oscar. Justicia, Legitimidad y Constitución: Las Condiciones de la Paz desde la Filosofía Política de John Rawls. Op. Cit., p. 63.

Controversia y Argumentos: Lo anterior le sirve a la alta corporación para deducir que tampoco es absoluto el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario. En este orden de ideas se requiere su armonización con otros principios de mayor rango constitucional a fin de garantizar su ejercicio efectivo. Por lo tanto, la Corte señala que la prohibición de desmejorar los Derechos Económicos Sociales y Culturales no debe confundirse con la inmutabilidad de los mismos y, adicionalmente, que la congelación de los salarios de los empleados afectados no constituye en sí una desmejora, pues lo que se afecta es la forma y la periodicidad con que se realiza el ajuste salarial.

De otra parte, esta es una de las sentencias donde la Corte reconoce abiertamente tener en cuenta al momento de proferir sus decisiones las consecuencias reales de los fallos, pues el impacto presupuestal de la decisión puede dificultar la efectividad de los principios o derechos constitucionales, por lo que se requiere en ocasiones modular sus efectos.

Sin embargo, esta sentencia en particular y las que se pronuncian en materia de incremento salarial de los servidores públicos en los siguientes tres años, fueron objeto de acalorados debates al interior de la Corte Constitucional, por lo que conviene rescatar el salvamento de voto presentado en esta decisión judicial¹⁴⁵, puesto que se proclama una férrea oposición al contenido de la sentencia, en dos aspectos principales, como se ve a continuación.

El primer tema que a juicio de los magistrados implica una razón para salvar su voto es que el incremento salarial de los empleados públicos y, particularmente, la partida que se destina para tal fin en el presupuesto de la Nación, ya había sido objeto de discusión en la anterior sentencia de la línea, por lo que hay un desconocimiento de la cosa juzgada material, teniendo en cuenta que, si bien es cierto que las dos sentencias se pronuncian sobre el mismo asunto, la decisión judicial no es solo distinta sino que opuesta al precedente.

145 Corte Constitucional. Sentencia C - 1064 de 2001. Salvamento de Voto por los magistrados: Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

El segundo aspecto en el que se difiere del contenido de la sentencia es que la Constitución obedece a principios esenciales del sistema político colombiano, tal como lo establece el preámbulo al señalar que la finalidad de la Carta del 91 es garantizar a los colombianos un orden social y económico justo, pero en la sentencia estos principios se desconocen por completo.

Frente al tema, los magistrados señalan que Colombia es un Estado Social de Derecho, donde las autoridades deben responder a las demandas de justicia social sin perjuicio de las barreras propias de la organización económica del país; esto, a diferencia de la concepción tradicional del Estado Liberal donde prevalecía la defensa de las libertades individuales sobre los derechos económicos sociales. De lo contrario, el Estado “Social” de Derecho en el que nos hemos convertido, quedaría sin contenido material propio.

En este sentido, los magistrados afirman que la sentencia desconoce la realidad social y vulnera el texto constitucional pues no se brinda una protección integral a la remuneración móvil de los trabajadores, con lo que se desconoce gravemente el Estado Social de Derecho y se incurre en un retroceso jurisprudencial.

Controversia y argumentos del salvamento de voto: En suma, en el salvamento de voto se señala que la intervención del Estado en la economía es una herramienta que no puede ser usada para socavar los derechos de los servidores públicos disminuyendo el poder adquisitivo de su salario, bajo la excusa de políticas de austeridad destinadas al alcance de metas fiscales. Se enfatiza también en que un juez de la República, al momento de proferir una decisión judicial, debe limitarse a fallar conforme al derecho vigente sin preocuparse primero de que exista un presupuesto destinado para cubrir las consecuencias económicas que implica la sentencia.

Otro aspecto relevante de este salvamento es que, a juicio de los magistrados, ni siquiera existe una tensión entre el derecho de los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo de su salario, de una parte, y, de otra, la prioridad del gasto público social. Lo anterior, por cuanto estas disposiciones coexisten dentro del texto constitucional y no sirven de fundamento para la vulneración de derechos.

En adelante y teniendo en cuenta el impacto económico de sus sentencias, la Corte profirió varios fallos que difieren los efectos jurídicos de la sentencia en el futuro y que reconocen que el contexto macroeconómico y la crisis fiscal sí resultan plena justificación para limitar el alcance de principios de rango constitucional¹⁴⁶.

En diversas ocasiones¹⁴⁷ la Corte Constitucional ha recibido críticas por el impacto que sus decisiones tienen en materia económica, al considerar que los jueces carecen de experticia e idoneidad en este campo y, adicionalmente, no tienen en cuenta la difícil tarea de gestionar recursos para el financiamiento de las políticas sociales. Sin embargo, la anterior circunstancia no la inhabilita para conocer sobre la constitucionalidad de normas que tienen un alto impacto en el presupuesto económico de la Nación. Entonces, aun cuando el legislador tiene la facultad de incentivar políticas económicas, la Corte Constitucional ha señalado¹⁴⁸ que las mismas deben estar orientadas por los principios rectores de la actividad económica, en el marco del Estado Social de Derecho y dirigidas a garantizar la protección de derechos constitucionales, entre ellos la priorización del gasto público social.

En la siguiente sentencia de la línea¹⁴⁹, a la Corte Constitucional le corresponde pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, norma que establecía la pensión especial para madres cabeza de familia, a cargo de un hijo menor de 18 años con declarada invalidez física o mental.

146 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas. Reflexiones con ánimo constructivo. Ponencia presentada en: XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. 18, 19 y 20 de febrero de 2004. Consultado en: http://economia.uniandes.edu.co/content/download/15399/96678/file/Las_sentencias_de_la_corte_CEPEDA.pdf. [citado el 24/04/15].

147 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Justicia Constitucional, Derechos Sociales y Economía: Un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (I PARTE). En: Revista Pensamiento Jurídico No. 13. Universidad Nacional de Colombia. 2001. P 150.

148 Corte Constitucional. Sentencia C - 776 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

149 Corte Constitucional. Sentencia C - 227 de 2004. Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa.

A juicio del demandante, la norma acusada establece una discriminación negativa frente a los hijos inválidos que cumplen más de 18 años de edad, pero que conservan la dependencia económica con relación a la madre, en atención a su estado de invalidez, o a los que les ocurre esta circunstancia con posterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad.

Para el tema que nos ocupa, se destaca la intervención del Ministerio de Hacienda, donde se asevera que la pretensión del legislador fue la de ampliar progresivamente la cobertura en materia de seguridad social a un grupo especial vulnerable, siendo requisito indispensable que el hijo inválido sea menor de edad, teniendo en cuenta las limitaciones fiscales de la Nación. La Corte señala de esta intervención entre comillas: "...pretender extender este beneficio a otros grupos de personas, por muy loable que sea dicho propósito, excede la capacidad del Sistema de Seguridad Social para ofrecer beneficios al resto de la población y supera igualmente los propósitos iniciales del legislador...".

De otra parte, el concepto de la Procuraduría General de la Nación coadyuva la pretensión del demandante, al acotar que la exclusión del beneficio a padre o madre de un adulto inválido que, al igual que un menor inválido, no puede valerse por sí mismo, no tiene justificación desde el punto de vista constitucional.

Controversia y argumentos: En el análisis que realiza la Corte para determinar la constitucionalidad de la disposición acusada, se concluye que la expresión "menor de 18 años" es inconstitucional al vulnerar el derecho a la igualdad y al resultar insuficiente para conducir a los logros planteados por la norma, como es el acompañamiento del hijo inválido y la posible recuperación del mismo.

Frente a la intervención del Ministerio de Hacienda, se concluye que el argumento de sostenibilidad financiera no puede invocarse de forma genérica para limitar o negar un beneficio de la seguridad social a personas de sectores vulnerables. Si bien las decisiones judiciales tienen un efecto en materia económica, este no resulta por sí mismo un fundamento suficiente para excluir a un grupo poblacional vulnerable.

Retomando el tema del incremento salarial de los empleados públicos, nuevamente en el año 2004¹⁵⁰ a la Corte Constitucional le corresponde pronunciarse al respecto, señalando en la sentencia bajo estudio que, para examinar la constitucionalidad de normas que afecten el poder adquisitivo del salario de los empleados públicos, debe tenerse en cuenta la situación real actual, la racionalización del gasto público y la política macroeconómica del país, en lo que resulta ser una “línea consolidada” en donde se ponderan estas variables para verificar si es válida la limitación salarial que afecta a los servidores públicos.

Controversia y argumentos: Entonces, para congelar el incremento salarial como medida necesaria para reducir el déficit fiscal del Estado, debe demostrarse que la misma es relevante con los fines de la Constitución. Esta vez, la Corte considera que el Proyecto de Ley para establecer el Presupuesto de la Nación para el año 2004 no es claro en este aspecto, puesto que la justificación dada por el Gobierno es abstracta y dificulta la ponderación entre dos derechos en disputa: el de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo del salario y la prevalencia del interés general y de los supuestos beneficios que la limitación en materia salarial conlleva.

Para la Corte, la estabilidad macroeconómica debe realizarse teniendo en cuenta que un principio estructural del Estado Social de Derecho, es la efectividad de los derechos y la no afectación del gasto público social.

En conclusión, la Corte considera que, si bien es cierto que la Ley anual de Presupuesto del año 2004 respeta el reajuste salarial de aquellos servidores públicos que devengan hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esta norma desconoce el mismo derecho en aquellos funcionarios que devengan más de 2 salarios, pues para ellos no se reconoce ningún tipo de actualización salarial, sin tener en cuenta que la remuneración es escalonada y el incremento debe ser progresivo en atención al monto del salario.

La decisión de la Corte es declarar la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, conminando al Gobierno y al Congreso para que incorporen las partidas necesarias para reajustar los salarios de los servidores públicos de ingresos superiores a 2 SMLMV.

150 Corte Constitucional. Sentencia C - 931 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

En esta sentencia también se presentó Salvamento Parcial de voto de algunos de los magistrados¹⁵¹ que se habían apartado de la decisión contenida en la sentencia C – 1064 de 2001. En esta ocasión, se apartan parcialmente de la decisión por cuanto consideran que la medida de congelar los salarios de los servidores públicos es abiertamente reñida con el texto constitucional, afectando los postulados del Estado Social de Derecho, por lo que reiteran las consideraciones realizadas en el salvamento de voto a la Sentencia C-1064 de 2001 y consideran que la Corte debió declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas, en vez de su executividad condicionada, pues esto último significa reconocer que la Ley anual de presupuesto de 2004 estaba influenciada por los resultados a favor de un referendo que no tuvo una acogida relevante dentro de la población colombiana.

Desde otro sector, en materia pensional, la Corte Constitucional, en la siguiente sentencia de esta línea¹⁵², se pronuncia sobre la constitucionalidad de un artículo de la Ley 797 de 2003, mediante la cual se modifica la Ley 100 de 1993 y particularmente en materia de pensión de sobrevivientes, se condiciona a los padres del causante fallecido a tener una dependencia económica total y absoluta respecto de este último.

Controversia y argumentos: A juicio de la Corte, si bien es cierto que el legislador tiene una amplia potestad para determinar y modificar las condiciones dentro de las cuales conceder un derecho económico y social, en razón a justificaciones de tipo económico como el creciente déficit fiscal en materia pensional para el caso que nos ocupa, lo anterior no es suficiente para declarar constitucional una norma que atente contra los fines del Estado Social de Derecho y particularmente de las personas de la tercera de edad, objeto de una especial protección constitucional.

En este caso, no se cumple con el requisito de proporcionalidad entre la disposición acusada y el fin perseguido con la misma, puesto que, si bien es cierto que la norma bajo estudio es conducente para el logro de la preservación económica y financiera del Sistema

151 Corte Constitucional. Sentencia C - 931 de 2004. Salvamento Parcial de Voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería Y Clara Inés Vargas Hernández

152 Corte Constitucional. Sentencia C – 111 de 2006- Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

General del Seguridad Social Integral, esta disposición vulnera los derechos al mínimo vital y la dignidad humana puesto que implica una condición gravosa para los padres del afiliado o pensionado, al imponerles la carga de mostrar una dependencia económica “total y absoluta”, sin tener en cuenta que los padres pueden tener ingresos adicionales, aun cuando estos resulten insuficientes para su propio sostenimiento.

Finalmente, aclara la Corte que, aun cuando se encuentra superada la concepción clásica del Estado Benefactor, esto no significa que puedan darse reformas legislativas que, bajo el pretexto de sanear las finanzas del Estado en materia pensional, alteren la protección de personas vulnerables como el caso de los padres que debido a su edad dependen económicamente de sus hijos.

A continuación, se estudiará la decisión judicial¹⁵³ en la que corresponde a la Corte Constitucional pronunciarse sobre una acción de tutela instaurada por un ciudadano contra una EPS, en el que se solicita protección del derecho a la salud, la vida y la integridad personal, presuntamente vulnerados por la EPS al negarse o dilatar la prestación de los servicios de salud requeridos aun cuando algunos de los medicamentos o tratamientos no figuran en el POS.

Al dar respuesta al problema jurídico bajo estudio, la Corte analiza el derecho a la salud como garantía *iusfundamental*, teniendo en cuenta que uno de los compromisos del Estado Social de Derecho recae en la protección a los Derechos económicos, sociales y culturales – DESC. Señala en este sentido que el tránsito del Estado de Derecho al actual Estado Social de Derecho se dio precisamente con el ánimo de dejar atrás una concepción puramente formal de los derechos, para entrar a ponderar el trasfondo económico y social que subyace las relaciones dentro del sistema jurídico y que juegan un rol importante para el goce de los derechos reconocidos.

De esta forma, la cláusula Estado Social de Derecho brinda un acceso material a los derechos reconocidos en la constitución, con el ánimo de conciliar la escisión permanente

153 Corte Constitucional. T – 655 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

entre economía y derecho que causó el exceso de libertad del mercado en el Estado de Derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte recuerda que anteriormente la jurisprudencia constitucional consideraba el derecho a la salud como un derecho de segunda generación y por lo tanto estaba excluido de la protección y tratamiento dado a un derecho fundamental por vía de tutela, al tratarse de un derecho de contenido prestacional. Sin embargo, esta posición de la jurisprudencia evolucionó y se estableció en su lugar que, en aquellos casos en el que el desconocimiento del derecho a la salud vulnera otros derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana, entonces sí es válida su protección por esta vía.

Controversia y argumentos: En suma, la Corte reconoce que dada la evolución jurisprudencial frente al tema, la salud se consolida como un derecho constitucional fundamental y, en consecuencia, no es válida su vulneración con fundamento en la realidad del Sistema de Seguridad Social en Salud y de los tratamientos que no están contemplados en el POS.

En la siguiente sentencia de la línea¹⁵⁴, la Corte Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del Acto legislativo 03 de 2011, mediante el cual se incluye en el texto constitucional el principio de sostenibilidad fiscal y se crea un incidente de impacto fiscal que faculta al Procurador General de la Nación y a los ministros para adelantar una revisión del impacto fiscal de las sentencias en virtud del principio de sostenibilidad fiscal, a fin de modular, modificar o diferir los efectos de las mismas.

A juicio del demandante, la norma acusada sustituye la Constitución en aspectos esenciales, al interponer a las decisiones judiciales un marco de referencia de tipo económico, de lo que se deduce que el principio de sostenibilidad fiscal establece un límite a los derechos fundamentales.

En el capítulo de la sentencia destinado a reseñar las intervenciones oficiales, aun cuando la gran mayoría de ellas se encuentra dirigida a defender la exequibilidad de la norma, vale

154 Corte Constitucional. Sentencia C – 288 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

destacar la intervención de la Pontificia Universidad Javeriana (Profesora Vanessa Sueli Cock), quien presenta argumentos para sumarse a la pretensión del accionante, señalando entre otros aspectos que el criterio de sostenibilidad fiscal es una fórmula vaga que puede adecuarse a intereses políticos y económicos, por lo que, de usarse un criterio maximalista en su aplicación, quedaría establecida una actividad estatal de tipo economicista. Se advierte en la intervención sobre el peligro de incluir en el texto constitucional principios que permitan un amplio margen de interpretación en razón de su vaguedad, con lo que se daría paso a desmanes y desproporciones. Adicionalmente, se concluye que la actividad estatal queda supeditada al principio de sostenibilidad fiscal, lo que representa una modificación a la cláusula del Estado Social de Derecho, pues el respeto por los derechos constitucionales cede ante la protección de las finanzas públicas.

El accionante y la interviniente coinciden también en otros aspectos tales como: la afectación al principio de separación de poderes y la vulneración al principio de progresividad, asuntos sobre los cuales no se realizará un análisis exhaustivo, pues se apartan del objetivo principal de esta línea.

Controversia y argumentos: Al respecto, la Corte advierte que no hay cláusulas definitorias de la Constitución que estén taxativamente señaladas y sean inmodificables, sino que estos aspectos estructurales de la misma se definen por el juez luego de un razonamiento inductivo y una interpretación sistemática del texto constitucional.

La Corte señala que, para lograr los fines del Estado Social de Derecho, el Gobierno cuenta con la facultad de intervenir en la economía para asegurar el logro de los mismos. Bajo este supuesto, el Estado no puede quedarse inmóvil ante la situación económica sino que debe propender por la implementación de medidas que amplíen la cobertura y garanticen la satisfacción de los derechos, en virtud del principio de progresividad. En este orden de ideas, la norma bajo estudio es enfática en precisar que no podrá oponerse el principio de sostenibilidad fiscal para afectar los derechos fundamentales e, incluso, en caso de conflicto entre el criterio de sostenibilidad fiscal y el gasto público social, debe prevalecer este último.

Se acude a una interpretación histórica, en la cual el concepto de “Constitución económica” le permite al legislador incorporar este tipo de reformas al ordenamiento jurídico a fin de garantizar la efectividad de los derechos que otorga el Estado Social de Derecho, pero que al presentarse coyunturas económicas nacionales o internacionales, pueden verse reducidos en su efectividad. Lo anterior significa que es válida la referencia a esta clase de parámetro en materia económica, si con ello se pretende tener una mayor cobertura y protección en materia de los derechos protegidos por la constitución.

En virtud de esta interpretación histórica se traen a colación los motivos que sirvieron de fundamento para proferir la norma demandada, resaltando que su objeto se encamina a la protección de la efectividad de los derechos característicos del Estado Social de Derecho, incorporando a la constitución económica el principio de la sostenibilidad fiscal, así como el deber de los distintos poderes del Estado de velar por su protección, con el fin de fomentar una conciencia de los diferentes actores nacionales, encaminada a la protección de las finanzas del país. Sin embargo, el proyecto de Ley causó profundo revuelo en diversos sectores políticos del país, por lo que el proyecto original fue modificado al incorporar una cláusula que pretendía conciliar el carácter vinculante del principio de sostenibilidad financiera con los fines del Estado Social de Derecho al condicionar su aplicación a estos últimos.

En consecuencia, luego de efectuar el recuento histórico que tuvo el proyecto de acto legislativo, la Corte Constitucional concluye que esta reforma no incide en la definición de los fines esenciales del Estado Social de Derecho. A juicio de la corporación, no hay lugar a una sustitución del texto constitucional puesto que las normas que integran la llamada Constitución Económica tienen un carácter instrumental y no constituyen una finalidad en sí mismas. La Corte recuerda que la Constitución de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado, razón por la que la economía es limitada al cumplimiento de los fines constitucionales que permitan garantizar el interés general.

Frente a la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal, esta debe estar enmarcada dentro de los propósitos del núcleo dogmático de la Constitución, con lo que no se cambia en

absoluto la naturaleza instrumental de esta disposición, ni se eleva a la categoría de principio; reafirmando que la razón de la enmienda constitucional fue incorporar al ordenamiento jurídico una herramienta que coadyuve a los fines del Estado Social de Derecho.

La Corte, inclusive, se pronuncia enfáticamente sobre la presunta tensión de principios planteada por los demandantes, quienes alegan que el principio de sostenibilidad financiera es un factor de naturaleza eminentemente fiscal que altera los fines del Estado Social de Derecho al maximizarse su aplicación por las autoridades del Estado. Al respecto, la Corte señala que este es un falso dilema puesto que, como ya se explicó líneas atrás, la sostenibilidad financiera no adquiere la característica de principio, pues es tan solo una herramienta más de la constitución económica para la consecución del bienestar general, sin que tenga la fuerza normativa necesaria para imponer un mandato particular y menos para ser ponderada con otros principios constitucionales pues no goza de tal jerarquía.

En palabras de la Corte: “En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del ESDD, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados...”

Finalmente, en relación con el incidente de impacto fiscal señala el alto tribunal, que si bien debe tenerse en cuenta por las autoridades judiciales, no significa que estas se encuentren obligadas a realizar una proyección de los efectos económicos de su decisión, pues este aspecto desborda la órbita de sus competencias, siendo inherente únicamente a la rama ejecutiva o a la Procuraduría General de la Nación, según sea el caso.

En la Sentencia C 258/2013¹⁵⁵, la Corte Constitucional se pronuncia frente a la acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, norma mediante la cual se fija el régimen especial de los congresistas y magistrados de las altas cortes. Según los demandantes, la norma vulneraba el principio de igualdad, al continuar aplicándose a un reducido grupo de pensionados, pese a que el Acto Legislativo 01 de 2005 proscribía los regímenes especiales. Igualmente, se alegó que la norma era contraria al

155 Corte Constitucional. Sentencia C – 258 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

principio de sostenibilidad financiera introducido en la reforma, puesto que en la misma se establece que el tope legal de las mesadas pensionales corresponde a 25 SMLMV, límite que no se aplica a los magistrados de altas cortes y congresistas, en virtud de la interpretación que se ha dado en el derecho viviente a la norma demandada.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional consideró que para dar respuesta al asunto era preciso determinar si la norma demandada desconocía el principio de igualdad y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el Artículo 48 de la Constitución, junto al principio de sostenibilidad financiera.

Controversia y Argumentos: En primer lugar, frente al hecho de que la mesada pensional no fuese sujeta al tope legal, la Corte precisa que el hilo rector en la interpretación de los regímenes pensionales debe ser el Estado Social de Derecho y la prevalencia del interés general. En este orden de ideas, para garantizar la efectividad de los derechos, el Estado Social de Derecho cuenta como herramienta con el poder de intervención en la economía, para garantizar los fines constitucionales y una redistribución equitativa del ingreso, aun cuando se limite los derechos de sectores privilegiados. En congruencia con lo anteriormente expuesto, la Corte establece una distinción entre el derecho en sí y la mesada pensional que de éste se desprende, y señala que frente a los derechos adquiridos, éstos se componen de un núcleo intangible (el derecho mismo) y un elemento dinámico que varía con el tiempo, de acuerdo a las prestaciones periódicas que este origina. La Corte concluye que los derechos ya no pueden ser absolutos y deben sopesarse con principios de mayor valía para el Estado Social de Derecho.

En consecuencia, para garantizar los fines del Estado Social de Derecho en cuanto a la efectividad de los derechos, la Corte concluye que, sin perjuicio de los derechos adquiridos, es necesario limitar las ventajas que confiere la norma demandada, dado el panorama actual de la seguridad social en pensiones, estableciendo entonces que ninguna mesada pensional con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 SMLMV al 31 de julio de 2013.

Tres de los aspectos más relevantes de esta sentencia, son puntualmente: la motivación de la sentencia frente al tope de la mesada pensional, frente a los fines del Estado Social de Derecho, particularmente la garantía de la efectividad de los derechos y, finalmente, la distinción que pretende realizarse en materia de derechos adquiridos, entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de la mesada pensional.

En relación con el tope de las mesadas pensionales, la Corte Constitucional en esta sentencia expone argumentos respecto de la prevalencia del interés general sobre el particular, lo que en la práctica se interpreta como la justificación para establecer un tope a la mesada pensional de personas que gozaban de una prerrogativa legal más favorable, en atención al grave perjuicio que genera el pago de estas prestaciones al erario público destinado a cubrir las pensiones. Adicionalmente, la norma demandada no hace mención clara sobre los topes legales, lo que ha generado dificultades en la interpretación y aplicación de la norma, al interpretarse erróneamente, a juicio de la Corte, que algunas mesadas no están sometidas a ningún tope. En este sentido, la Corte concluye que, a pesar de que la jurisprudencia constitucional sugería la aplicación general de límites, ciertas autoridades administrativas y algunas judiciales interpretaron que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no estaba sometido a ningún valor máximo. En virtud de ello, se justifica la finalidad del Acto Legislativo 01 de 2005, para limitar y reducir los subsidios que el Estado destina a la financiación de las pensiones más altas, muchas de ellas originadas en los regímenes pensionales especiales vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en cuanto a la efectividad real de los derechos, en diversos apartes de la decisión judicial, es latente el planteamiento del Estado Social de Derecho como garante de aquella, retomando el tránsito histórico de un Estado Liberal democrático a uno social, donde las garantías constitucionales gozan de efectiva seguridad.

Sin embargo, la Corte señala que la intervención del Estado en la economía permite la reducción de gastos de funcionamiento y de planes de austeridad en aras de la realización

de los fines del Estado Social de Derecho, la distribución equitativa de los recursos y la justicia social.

Acto seguido, la Corte introduce una distinción entre, por un lado, la pensión y el derecho adquirido en el que se constituye al reunir los requisitos para acceder a la misma, y, por otro, la mesada pensional que la pensión otorga, puesto que, teniendo en cuenta que esta última es de causación periódica, no estaría amparada por el respeto por los derechos adquiridos del que gozaría la prestación como tal. En este orden de ideas, la Corte Constitucional reconoce que es necesario reformular la concepción tradicional de los derechos adquiridos, pues estos “...ya no pueden ser absolutos y deben ceder ante principios de mayor valía desde el punto de vista constitucional...”

Para terminar, se concluye que resulta contrario a los fines del Estado Social de Derecho, el no someter a las mesadas pensionales futuras a la restricción de topes legales, puesto que estas mesadas cuentan con un alto subsidio a cargo del tesoro nacional, por lo que siendo recursos de esta naturaleza pueden limitarse en procura del bienestar general. Por esta razón se conmina a las administradoras de pensiones financiadas con recursos públicos para que a partir del 01 de julio de 2013, no se paguen mesadas pensionales superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto, es necesario señalar que tanto en la Constitución como en la ley colombiana se consagra el respeto por los derechos adquiridos e inclusive, al introducir el principio de sostenibilidad financiera, el Acto legislativo 01 de 2005, conmina con claridad al respeto de los derechos adquiridos con arreglo a la ley. Adicionalmente, el inciso 2º del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que “por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”. Por razones como éstas, queda en entredicho el respeto por los derechos adquiridos por parte de la alta Corte, puesto que se reduce abiertamente la mesada pensional de un reducido grupo de pensionados que en su mayoría había adquirido el derecho a la misma por medios legales. De esta forma resulta claro que la Corte Constitucional incluso asume funciones

legislativas que no son de su competencia, al modificar una situación jurídica ya consolidada bajo la vigencia de los regímenes especiales.

Adicionalmente, en cuanto al principio de no regresividad la Corte Constitucional acude por vía de ejemplo al caso de unos pensionistas peruanos con circunstancias similares al caso que nos ocupa, para introducir un concepto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se cita textualmente el siguiente aparte:

“136. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad - establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana”. (Cursiva y subrayado fuera de texto)

La anterior cita permite deducir que para la Corte Constitucional la progresividad del sistema pensional depende también de la apreciación de las condiciones económicas de los pensionados y afiliados que actualmente hacen parte del sistema, y en consecuencia limitar la mesada pensional de los beneficiarios de regímenes especiales no constituiría un elemento regresivo del derecho, dados los beneficios colectivos de la medida.

Sin embargo, al desconocerse el régimen de transición, aun en lo referente únicamente al límite de la mesada pensional de un reducido grupo de pensionados, se afecta la prohibición de regresividad consagrada en normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁵⁶,

156 Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, Artículo 26: Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar

desconociendo abiertamente los derechos adquiridos de pensionados beneficiarios de regímenes especiales, al establecer una situación futura gravosa y en detrimento de la actualmente consolidada. De esta forma se retrocede en los beneficios otorgados en materia pensional, sin que la Corte demuestre que existen justas razones que avalen la regresividad¹⁵⁷.

En materia de salud, en la siguiente sentencia de la línea¹⁵⁸, la Corte se pronuncia sobre la sostenibilidad fiscal como principio, dentro de la revisión de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria “Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, hoy Ley 1751 del 16 de febrero de 2015.

En el artículo del entonces Proyecto de Ley, se enunciaban los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, resultando de particular interés el literal *i*, atinente al principio de sostenibilidad fiscal, que fue redactado en los siguientes términos:

“i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;...”

Las anteriores líneas dieron lugar a un ejercicio hermenéutico que sirvió a varios intervinientes para alegar la inconstitucionalidad de la futura ley, bajo el argumento de que la sostenibilidad fiscal sería usada para socavar el derecho fundamental a la salud.

providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Consultado en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. [10/09/2015]

157 Para ver más acerca del Test de proporcionalidad en materia de regresividad, ver Corte Constitucional. Sentencia C- 288 de 2011.

158 Corte Constitucional. Sentencia C – 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Controversia y argumentos: Al respecto, la Corte Constitucional reitera que, la finalidad de la sostenibilidad financiera en el sistema de salud, es permitir que haya un flujo permanente de recursos que colaboren con la financiación del sistema y la oportuna prestación de los servicios. Para la Corte, sin duda el costo de la salud es uno de los aspectos que mayor preocupación causa en las distintas esferas del poder público, en aras de garantizar no solamente la prestación del servicio sino también la cobertura del mismo. Sin embargo, la Corte enfatiza en que lo anterior no es óbice para sacrificar la protección del derecho a la salud, puesto que la sostenibilidad financiera ha tenido generalmente, un carácter instrumental en relación con el logro de los fines y principios del Estado Social de Derecho. Así pues, la sostenibilidad financiera es una herramienta para alcanzar estos fines y no el fin en sí mismo, ni la justificación para limitar derechos fundamentales. No es lo mismo, a juicio de la Corte, que en virtud del avance progresivo del Sistema General de la Salud se delimite el ámbito de aplicación de un beneficio, o de sus beneficiarios, a que se niegue la prestación del derecho a grupos vulnerables bajo el argumento de escasez de recursos. En estos casos, la Corte concluye, que debe protegerse el derecho frente al deber de velar por la sostenibilidad financiera por regla general y en caso contrario la carga argumentativa de tales medidas debe tener mayor fundamento y necesidad.

Finalmente, se declara la constitucionalidad de la disposición acusada, reiterando que la negación de la prestación oportuna y eficiente del servicio de salud no puede tener lugar, bajo la excusa de la sostenibilidad financiera y que no hay lugar a interpretaciones restrictivas del derecho a la salud, por motivos económicos.

En la última sentencia de la línea¹⁵⁹, a la Corte le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 1580 de 2012 mediante la cual se crea la pensión familiar, particularmente en lo relacionado con el requisito de haber contraído nupcias o consolidado la unión marital de hecho con anterioridad al cumplimiento de los 55 años de edad. A juicio de las demandantes, la norma es abiertamente inconstitucional al vulnerar el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al poner en una situación más beneficiosa a las parejas que inician una relación sentimental con anterioridad a los 55 años y

159 Corte Constitucional. Sentencia C – 504 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

coaccionar a que la unión conyugal se adelante con anterioridad a esta edad para tener derecho a los beneficios de la pensión familiar.

Dentro de la exposición de motivos que dieron origen a la Ley 1580 de 2012, se señaló como uno de ellos la sostenibilidad financiera del sistema pensional, razón por la cual la edad máxima de 55 años, se consideró necesaria para evitar mecanismos fraudulentos para obtener la pensión, a través de la realización ficticia de matrimonios o uniones conyugales.

Controversia y argumentos: La Corte realiza el test de proporcionalidad para establecer si la limitación del derecho a la igualdad es necesaria y justificada, concluyendo que la distinción de 55 años si afecta el derecho a la igualdad, sin que la sostenibilidad financiera del sistema justifique tal grado de intervención. El análisis jurisprudencial no rechaza definitivamente el argumento de la sostenibilidad financiera, por el contrario, lo considera garantizado mediante otros artículos de la misma ley bajo estudio, en los que se hace referencia al monto total del capital ahorrado, al monto total de la mesada pensional que en ningún caso será superior a 1 SMLMV, y al número mínimo de semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Adicionalmente, para la Corte los artículos sobre sostenibilidad financiera descritos anteriormente, demuestran que si existen medidas de menor gravedad al condicionamiento de iniciar la relación conyugal con anterioridad a los 55 años de edad, por lo que se encontró que en esta tensión de principios debía darse prevalencia a las pretensiones de las accionantes, en el sentido de declarar inexecutable el condicionamiento al inicio de la relación conyugal con anterioridad a los 55 años.

4.3. Conclusiones

Hecho el análisis jurisprudencial de las diferentes sentencias referentes a la aplicación efectiva de principios constitucionales del Estado Social de Derecho o la limitación de aquellos con argumentos de tipo económico o fiscal, resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones:

La gráfica de la línea jurisprudencial está compuesta por sentencias de constitucionalidad y de tutela que tienen tópicos comunes y que han estado presentes a lo largo de la producción jurisprudencial efectuada por la Corte Constitucional desde sus inicios y hasta la actualidad.

En las primeras sentencias analizadas, se reconoce la transición que el Estado colombiano ha tenido de un Estado de Derecho, caracterizado, a juicio de la interpretación histórica realizada por la Corte, por ser un Estado donde las garantías del individuo están justificadas, pero la intervención del Estado en diferentes aspectos de la vida política y económica es reducida, lo que convierte a ese modelo de Estado en uno de corte liberal, vigente con anterioridad a la Constitución de 1991.

Con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, Colombia adquiere la modalidad de Estado Social de Derecho, siendo el Estado social un concepto que va mucho más allá de la literalidad de la palabra “social”, imprimiéndole al modelo político adoptado por el constituyente una prevalencia por la satisfacción del bienestar general y el respeto por derechos y principios de orden social. Adicionalmente, el Estado desempeña un rol relevante en la dirección de la economía y, de hecho, puede intervenir en la misma como una herramienta que apunte al logro de los fines del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, con la Constitución de 1991 nacen nuevas instituciones creadas con la finalidad de cooperar armónicamente y desde diferentes perspectivas para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. Entre ellas se encuentra la Corte Constitucional, denominada por muchos como la “guardiana de la Constitución”, pues tiene a su cargo la custodia del texto constitucional al decidir sobre la aplicación o inconstitucionalidad de su contenido. En este sentido, puede verse cómo la Corte reconoce el papel del juez constitucional como creador de derecho, señalando que el funcionario judicial está llamado a aplicar el derecho vigente, teniendo en cuenta para ello la evolución jurisprudencial y la realidad socioeconómica del país, en aras de cumplir con los fines constitucionales de justicia social.

En su camino de producción jurisprudencial, la Corte Constitucional reconoce que, en la fórmula política adoptada por la Constitución de 1991, existe una prevalencia del interés

general sobre el interés particular en caso de encontrarse en disputa, pues el texto constitucional busca garantizar el bienestar general de toda la población, aun cuando en casos concretos ello implique que un derecho de contenido particular deba ser ponderado con el interés general. En este orden de ideas, si bien en sus primeras sentencias la Corte Constitucional realiza una férrea defensa de los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y del medio ambiente; posteriormente la alta corporación advierte que estos derechos no son inmodificables, pues ello implicaría la perpetuidad de la norma y que la ley no fuera ajustada de conformidad con el contexto socioeconómico vigente.

Por vía de tutela se aboga la defensa de los derechos fundamentales, e incluso de aquellos que no están considerados expresamente como tal. Particularmente, los derechos de contenido prestacional como la salud, la seguridad social, habían sido inicialmente excluidos de la protección constitucional por esta vía, para posteriormente protegerlos bajo los mismos parámetros que a un derecho fundamental, dada su conexidad con esta clase de derechos.

En la línea jurisprudencial bajo estudio, se observa otro aspecto importante a tener en cuenta y es el de la efectividad real de los derechos. La Corte pasa de soportarse de manera exclusiva en los derechos consagrados en el texto constitucional al momento de proferir la decisión judicial, para empezar a tener en cuenta cuál es el impacto de sus decisiones en el contexto económico y social, realizando un estudio sistemático guiado por la efectividad que la Constitución pretende para el conjunto de derechos y principios que ella incorpora, puesto que de nada sirve que los mismos tengan esta jerarquía normativa, si en la práctica las instituciones del Estado no pueden garantizar su goce efectivo.

Por lo anterior, adquiere importancia el concepto de Constitución económica, mediante el cual se denominan aquellas herramientas del Estado consagradas en la Carta del 91, que le sirven para dirigir la economía y garantizar los principios y derechos constitucionales. De esta forma, en algunas de las sentencias analizadas se ha ceñido la interpretación de la Constitución económica a los fines del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, pudo observarse que, si bien la Corte Constitucional ha venido trabajando a lo largo de sus sentencias, por la protección de los derechos y principios constitucionales, inicialmente su protección se hacía sin distinguir entre derechos fundamentales o no fundamentales, así como tampoco se realizaba un estudio del impacto económico de la decisión judicial. Posteriormente, empieza a ser más garantista con los derechos fundamentales y, en relación a los derechos que no lo son y a las demás controversias puestas en su conocimiento, la Corte empieza a tener en cuenta factores económicos (como el impacto que la decisión judicial puede tener en las finanzas del Estado, verbigracia, las decisiones judiciales en materia de incremento salarial de servidores públicos, entre otras) que podrían afectar el interés general y la sostenibilidad fiscal del ordenamiento jurídico.

Del gráfico de la línea jurisprudencial puede concluirse entonces, que aun cuando inicialmente la Corte Constitucional daba prelación a principios de orden social en temas relevantes como el derecho a la salud, a la seguridad social y al reajuste salarial entre otros, las últimas sentencias analizadas demuestran que la jurisprudencia se inclina por limitar los argumentos de su decisión teniendo en cuenta para ello el impacto económico que pueda tener el amparo de los derechos reclamados. Con lo anterior, la crítica que otrora había sido permanente a la Corte Constitucional por no medir el alto costo fiscal que sus decisiones implicaban para el Estado, actualmente ha sido superada por la corporación pues particularmente en los derechos que no tienen un carácter fundamental, es el juez constitucional quien analiza al interior de la decisión judicial las consecuencias que en materia económica tienen sus fallos.

Las sentencias bajo estudio se caracterizan por referirse a casos donde está en juego la protección de un derecho social, bajo el argumento de su coste económico. De esta forma y como se indicó en parte inicial de la línea, si bien es cierto la Corte Constitucional no reconoce siempre estar llevando a cabo un ejercicio de ponderación, si termina sopesando dos intereses en conflicto para finalmente inclinarse por el que resulte más adecuado al momento histórico en que se profiere la decisión judicial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

En atención a lo expuesto, es importante enfatizar que en las sentencias de la línea, la Corte Constitucional ha dado un paso adelante en la protección de derechos fundamentales cuando estos entran en tensión con principios de orden económico. El ejemplo perfecto es el derecho a la salud, considerado por la interpretación constitucional como fundamental y el cual no fue limitado en su efectividad en las sentencias analizadas anteriormente. Por el contrario, en los casos donde la tensión se presentó afectando derechos sociales que no tienen el carácter de fundamental, se dio prevalencia a los principios de orden económico, usando como argumento la búsqueda del interés general sobre el particular.

5. CAPÍTULO IV. PRINCIPALES FÓRMULAS TEÓRICAS FRENTE A LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS.

Al quedar en evidencia en el contenido de los capítulos previos, la existencia de casos que resultan claros ejemplos de colisión de principios constitucionales al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta necesario exponer en detalle algunas de las teorías más relevantes que desarrollan o pretenden formular un método para atender y solucionar de manera efectiva los casos concretos en los que se presenta una colisión de principios.

Para empezar, se analizará la propuesta de Robert Alexy bajo la denominación de la *Ponderación* de Principios. Para ello, serán descritos en detalle los principales elementos de la teoría de la ponderación, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como la jerarquía móvil o el peso de los principios en un caso concreto, entre otros elementos de su teoría.

Junto a la propuesta de Alexy, se considera importante analizar la posición del jurista Ronald Dworkin, a través de su teoría del *Balance* de principios, en la que el autor parte de una perspectiva deontológica que busca “decisiones justas para todos”, a través de su fórmula de la *única respuesta correcta* con fundamento en el bien común. Para desarrollar lo anterior, el autor recurre a la concepción del Juez Hércules, ejemplo del jurista ideal, quien está a cargo de resolver los casos de colisión de principios, bajo los parámetros que a continuación se expondrán.

Finalmente, se analizará la posición de Jürgen Habermas, quien resulta ser un duro crítico de la ponderación de principios que propone Robert Alexy, al considerar que la ponderación es un juicio de carácter subjetivo que pretende “decisiones buenas para algunos” a diferencia de la teoría de la unidad de la solución correcta propuesta por Dworkin, donde se pretende alcanzar “decisiones justas para todos” a través del balance de principios¹⁶⁰.

Aunado a lo anterior, cada una de las alternativas teóricas bajo estudio, será aplicada al caso colombiano objeto de análisis en esta tesis, es decir a la tensión existente entre principios de orden social y económico en casos concretos de la jurisprudencia constitucional. Con ello se pretende verificar de manera plausible, cual es la respuesta o aproximación teórica más acertada u oportuna, dado el contexto socioeconómico y las distintas variables que entran en juego al establecer la solución.

5.1. Robert Alexy y la Ponderación de Principios Constitucionales.

Cuando se presentan casos de colisión de principios, la ponderación es usada como herramienta racional del juez para determinar el grado de importancia de cada principio en un caso concreto y decidir cuál de ellos debe predominar.

Para justificar la necesidad de la ponderación, Alexy parte de la distinción entre reglas y principios en el derecho. En cuanto a las reglas, su aplicación en el derecho se alcanza a través de la fórmula de la subsunción, estructura deductiva que pretende una aplicación a través del uso de la lógica estándar, en el análisis de premisas necesariamente relacionadas para dar solución a un juicio normativo¹⁶¹.

160 MEJIA QUINTANA. El dilema histórico de la decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. Revista Panameña de Política, No. 14 - CIDEM Panamá. 2012. p. 89. Consultado en: <http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2013/05/EL-dilema-hist%C3%B3ricoRPP14.pdf> . [Citado el 28/08/2015].

161 ALEXY, Robert. De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. En: La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 42.

Sin embargo, según Alexy no puede predicarse la misma estructura deductiva para la aplicación de los principios en el derecho. Es decir, aun cuando la gran mayoría de casos se resuelven mediante la fórmula de la subsunción, en el estudio de *casos difíciles*, se encuentran argumentos tanto a favor como en contra de una determinada posición, por lo que para la respuesta a estos casos no es suficiente la fórmula de la subsunción y debe acudir a la ponderación¹⁶².

Otra distinción plausible entre reglas y principios, radica en que los principios considerados como mandatos de optimización, esto es, como directrices que contienen un deber de realización de una conducta, cuyo grado de cumplimiento puede variar según las circunstancias y la presencia de otros principios en controversia¹⁶³, tienen un peso o importancia relativa que permite que en casos de conflicto entre dos principios, los dos sigan siendo válidos en el ordenamiento jurídico, pese a que en el caso concreto uno prevalecerá sobre el otro¹⁶⁴. Por el contrario, en los casos de colisión de reglas, una de ellas resulta inválida y por lo tanto debe ser expulsada del ordenamiento o se aplica una cláusula de excepción que elimine el conflicto prevaleciendo siempre una de ellas ante la presencia de la otra.

Los conflictos o antinomias entre principios, que pueden tener solución a través de la ponderación, se caracterizan principalmente¹⁶⁵ por la coexistencia de mandatos de optimización que pretenden la realización de conductas diversas en la mayor medida posible, dentro de un mismo caso concreto. Por ello, no es posible identificar en abstracto los posibles casos en los que los principios pueden entrar en conflicto, pues la tensión se presenta en la aplicación del derecho a un caso específico.

162 Ibid., p. 44.

163 PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Primera reimpresión. Lima. Palestra Editores. 2007. p 131.

164 PRIETO SANCHÍS, Luis. Ley, Principios, Derechos. Op. Cit., p. 57.

165 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p. 132.

¿Cuándo hay que ponderar? Para Atienza¹⁶⁶, el juez ha de ponderar cuando no es posible encontrar en una regla un procedimiento de subsunción para resolver un caso, es decir, cuando no hay una regla que regule el caso o cuando existe pero la misma resulta inadecuada, dando lugar a una laguna axiológica. Estas lagunas no consisten siempre en un defecto al momento de proferir la norma, sino en que el legislador traslada la facultad de ponderación a los tribunales para que decidan teniendo en cuenta las circunstancias concretas.

Para explicar el surgimiento de la ponderación en la solución de conflictos entre principios, Alexy acude a la estructura del Estado Constitucional, donde de manera abstracta se garantizan los derechos constitucionales de todos los individuos que cohabitan en el ordenamiento jurídico. No obstante, la garantía de todos los derechos implicaría de plano que cualquier limitación o restricción a los mismos no está permitida, salvo que las mismas se encuentren justificadas¹⁶⁷. La intromisión en el alcance de un derecho constitucional, se justifica a través de lo que el autor denomina *los juicios de proporcionalidad*. La ponderación, entonces, es el elemento integrante del principio de proporcionalidad, que está compuesto, igualmente, por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto¹⁶⁸.

El subprincipio de *idoneidad*, exige del juez la demostración de que la medida que interviene en un principio jurídico a favor de otro, resulta adecuada con los fines constitucionales, de tal manera que se justifique la prevalencia del principio favorecido en la colisión. En caso contrario, sino se demuestra correctamente la adecuación de la medida restrictiva con la constitución, no hay fundamento para dar prevalencia a un principio sobre otro¹⁶⁹.

166 ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Bogotá D.C. Universidad Libre. 2010. p. 174.

167 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 44.

168 Ibid., p. 45.

169 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p.147.

El subprincipio de *necesidad*, hace referencia a demostrar que no existe otra medida que resulte menos grave que la limitación del principio en pugna y que permita alcanzar la finalidad constitucional perseguida. Por ello, la medida debe ser necesaria, de tal forma que sea elegible por ser la que menos grado de intervención implica en el otro principio en conflicto¹⁷⁰. Este subprincipio exige una actividad judicial enfocada no solamente a determinar que la limitación de un principio persigue la satisfacción de una finalidad constitucional, sino también que esta limitación es estrictamente necesaria, puesto que de la variedad de opciones posibles, la intervención del principio resulta ser la solución más adecuada para alcanzar el fin constitucional esperado, sin que exista otra solución que arroje el mismo resultado, pero limitando el principio en menor grado.

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, Alexy lo fórmula como la *Ley de la Ponderación*, en los siguientes términos¹⁷¹:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o detrimento a un derecho o principio, mayor será la importancia en la satisfacción del otro principio.”

La ley de la ponderación ha sido denominada también como el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual debe asegurar un equilibrio entre la finalidad constitucional que se satisface al limitar la aplicación de un principio, de una parte, y de otra parte el grado de afectación, de intervención que sufre simultáneamente el principio que debe ceder en el conflicto¹⁷².

La ponderación ha sido caracterizada de la siguiente manera¹⁷³:

- En las antinomias de principios, los dos principios concurrentes deben interpretarse de tal forma que uno de los supuestos que ellos regulan, se superponga al otro, pero solo parcialmente o en un caso concreto. Lo anterior, por cuanto esta resulta ser una

170 Ibid., p.146.

171 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 45.

172 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p.147.

173 CARDENAS GRACIA, Jaime. Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial. En: Interpretación Constitucional. México D.F. Editorial Porrúa. 2002. p. 270.

antinomia del tipo parcial/parcial¹⁷⁴, en la que algunos criterios serán contradictorios en la aplicación, pero no en todos los supuestos, pues los dos principios en pugna gozan de validez en un ámbito donde la contradicción no se presenta.

- Para llevar a cabo la ponderación, es necesario establecer una jerarquización axiológica y móvil de los principios, teniendo en cuenta los fines constitucionales y las circunstancias particulares del caso.
- Por lo tanto, el juez no valora los principios en abstracto, sino que logra su jerarquización a través de una aplicación de los principios al caso concreto.

Alexy ha señalado que la ley de la ponderación, como herramienta útil para dar solución a la tensión entre principios, puede desarrollarse en tres etapas, básicamente¹⁷⁵.

En primer lugar, para ponderar los principios en colisión, se requiere establecer cuál de los dos principios y en qué grado debe ceder ante el otro principio en colisión, que resulta ser el que se adapta mejor a las circunstancias del caso concreto¹⁷⁶.

En segundo lugar, una vez se determina el grado de intervención al primer principio, se necesita definir el grado de importancia en la satisfacción del principio dominante, de tal forma que su importancia en el contexto constitucional sea la razón de su prevalencia.

Para terminar, se tienen entonces dos principios: el principio 1, que aun cuando no pierde vigencia dentro del ordenamiento, si cede, viéndose afectado por un grado de intervención en su efectividad, que la limita o restringe. El principio 2, siendo aquel cuya importancia justifica el grado de intervención del principio 1. La labor del juez será adelantar un juicio racional que le permita establecer si en efecto, el grado de importancia del principio 2, justifica la intervención en la esfera del principio 1.

174 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p. 133.

175 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 45.

176 ALEXY, Robert. La fórmula del Peso. En: El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. Noviembre de 2007. p. 18.

La última etapa y, particularmente, el juicio racional que debe llevarse a cabo para establecer si es válida la limitación de un principio a causa de otro, en opinión de Alexy, no es una práctica arbitraria, puesto que la presencia permanente de un ejercicio argumentativo¹⁷⁷ conduce a que las decisiones del juez no sigan una línea irreflexiva y subjetiva, siendo por el contrario evidente la necesidad de una decisión argumentada en forma sólida. La justificación racional¹⁷⁸ de estas decisiones es necesaria como condición de validez de la ponderación y también contribuye a la percepción de legitimidad en las decisiones. Si bien es cierto, una decisión judicial carente de una argumentación exhaustiva no deja de ser decisión judicial, el juez se encuentra ante una mayor responsabilidad en su decisión, por lo que el protagonismo en la decisión está limitado bajo la necesidad de una justificación puntual de la decisión adoptada.

Para construir este argumento y establecer correctamente tanto el grado de intervención a un principio como el grado de importancia del otro, Alexy plantea la necesidad de una *escala triádica* que permite calificar estas variables teniendo en cuenta el peso abstracto o relativo de los principios. Entonces, el grado de importancia o afectación de un principio puede ser¹⁷⁹ leve, moderado y/o serio.

Es decir, que cuando se requiere la protección de un principio en colisión, de importancia moderada o seria, será necesaria la intervención leve en el otro principio en tensión; pero cuando el grado de intervención en un principio es de carácter serio o grave y con esta medida, la protección que alcanza el principio contrario solo se logra de manera leve, entonces se dará prioridad en la tensión, al principio que resultado afectado de manera grave, al no encontrarse justificada su intervención¹⁸⁰.

177 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 49.

178 PRIETO SANCHÍS, Luis. Ley, Principios, Derechos. Op. Cit., p. 65.

179 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 50.

180 MORESO, Jose Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010. p. 228.

Para Alexy, la escala triádica permite calificar, de una parte, el grado de intervención o afectación de un principio¹⁸¹. La determinación de esta variable es necesaria para aplicar al caso concreto la ponderación, toda vez que, en abstracto, el peso de los principios es el mismo. Entonces, los dos principios se someten a la escala triádica para determinar si el grado de intervención del segundo principio en colisión sería leve, moderado o serio, en caso de que el principio prevaleciente fuera el que debe ceder, hipotéticamente.

De otra parte, la escala triádica permite medir el grado de importancia en la satisfacción del principio llamado a prevalecer. Advierte Alexy que la comparación que este ejercicio sugiere se llevaría a cabo desde la perspectiva de la importancia que representa para la Constitución la satisfacción de un principio a costa de la limitación de otro, con el fin de establecer un punto de vista común que rescate los intereses constitucionales, utilizando una escala que evalúe los aspectos a favor y en contra de cada principio¹⁸².

Para complementar el uso de la escala triádica, en el derecho constitucional actual, Alexy propone *la Fórmula del Peso*¹⁸³ como método que permita dar solución a la colisión de principios. Los casos de tensión entre principios se presentan prevalentemente en el estudio de casos concretos por lo que resulta importante hablar del peso concreto o relativo de los principios. El peso concreto hace referencia al peso que puede tener un principio bajo las circunstancias específicas de decisión. Sin embargo, esta fórmula no puede despejarse sin acudir a factores numéricos precisos, lo cual se torna ambiguo al realizar la ponderación de principios que no se encuentran reseñados en forma numérica.

Aunado a lo anterior, el peso abstracto de cada principio también desempeña un papel importante en la ponderación. Inicialmente, si los pesos abstractos de dos principios son iguales, estos se neutralizan entre sí, pero si el peso no es igual, esto puede afectar la ponderación en la medida en que cuanto más pese la intervención de un principio, mayor

181 ALEXY. La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Op. cit. p. 50.

182 Ibid., p. 52-53.

183 Ibid., p. 55.

debe ser la justificación o argumentación de las premisas que fundamentan la intervención¹⁸⁴.

Cabe anotar que la ponderación, si bien no es una fórmula infalible, pretende una interpretación de las normas constitucionales en términos de continuidad y reciprocidad¹⁸⁵, para que quede claro el porqué en un caso concreto se justifica la prevalencia de un principio en pugna sobre otro.

En suma, la fórmula del peso contribuye a desarrollar la estructura formal de la ponderación, a efectos de establecer el peso concreto de un principio en casos de colisión y en aquellos casos en los que los tribunales constitucionales no le otorgan un valor determinado a cada principio en la ponderación.

Así, cuando un conflicto entre principios se resuelve mediante la ley de la ponderación, debe entenderse que la prevalencia de un principio frente al otro puede predicarse tan solo de la solución para el caso concreto, puesto que esta relación de preferencia condicionada puede variar cuando se presente otro caso con circunstancias fácticas diferentes¹⁸⁶. Lo anterior tiene sentido, pues si de la solución a un conflicto entre principios se estableciera una nueva regla, aplicable a todos los casos de tensión entre estos principios, se estaría dando aplicación a una cláusula de excepción y no a la ponderación como tal. En este orden de ideas, la ponderación no busca obtener como resultado el equilibrio entre los principios en conflicto, sino el triunfo de uno de ellos en el caso concreto¹⁸⁷.

Resulta claro que la ponderación será llevada a cabo por el juez, quien debe en el caso concreto “sopesar” las razones contradictorias que pretenden la prevalencia de uno u otro principio, razones que en todo caso son constitucionales y por lo tanto obligan al juez a ponderar¹⁸⁸, pues no cabe una solución mediante las reglas de subsunción. Es al juez a quien

184 Ibid., p. 58.

185 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p. 137.

186 PRIETO SANCHÍS. Ley, Principios, Derechos. Op. cit. p. 58.

187 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p. 128.

188 Ibid., p. 135.

corresponde formular la relación de preferencia condicionada de un principio sobre otro, estableciendo para ello una *jerarquía móvil*¹⁸⁹ de los principios, en la que se justifique por qué razón para el caso concreto debe prevalecer uno de los derechos en pugna, aun cuando el principio vencido pueda tener mayor peso en otro caso de colisión.

En términos prácticos, el operador judicial que realiza la ponderación puede observar diversos parámetros de aplicación, entre ellos los siguientes¹⁹⁰:

- a) La urgencia de garantizar un derecho a costa de la afectación de otro.
- b) La existencia y el respeto al precedente judicial, reduce el riesgo de excesiva discrecionalidad en la ponderación.
- c) La ya mencionada jerarquía móvil, implica que existen unas precedencias *prima facie* que le otorgan mayor importancia a un principio frente a otro en un caso concreto, verbigracia, el derecho a la vida resulta dominante en contraposición al derecho a la libertad, en caso de una eventual tensión entre los mismos.
- d) La limitación o restricción de un principio solo puede tener lugar por el mínimo tiempo necesario para garantizar la efectividad del principio concurrente o de la finalidad constitucionalidad perseguida.
- e) Un principio puede ser prevalente frente a otro en atención a determinadas circunstancias históricas, sociales o de otros contextos.

Dada la existencia de constituciones pluralistas, integradas por disposiciones provenientes de diversos modelos de Estado como el social, el liberal y el constitucional, entre otros, es factible encontrar en un texto constitucional, normas y principios que aun cuando en su forma abstracta y de una lectura integradora, sistemática y armónica, no constituyen en sí mismos una contradicción, sí pueden entrar en tensión al aplicarse a un caso concreto. Esta afirmación permite señalar que la ponderación ayuda a conservar los principios

189 Ibid., p. 136.

190 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Constitución y vivienda. Estudio sobre liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 53-55.

constitucionales en su forma abstracta para que la constitución siga siendo el resultado de un consenso heterogéneo de grupos sociales, aun cuando en la aplicación real, el juez puede dar prevalencia a un principio sobre otro¹⁹¹. De esta manera, el carácter no absoluto de los principios, es lo que les da la compatibilidad necesaria para coexistir armónicamente dentro de la constitución¹⁹². Pero esta compatibilidad no se logra per se, sino que requiere de la ponderación como punto de equilibrio entre criterios de valor tendencialmente contradictorios, dada la estructura abierta de los principios¹⁹³ y su origen diverso.

No obstante las etapas descritas anteriormente para desarrollar la ponderación, esta propuesta aun no goza de una regla formal de aplicación uniforme, siendo el “*mandato de optimización*” el parámetro rector de la ponderación para alcanzar el máximo desarrollo posible de cada uno de los principios en la esfera constitucional¹⁹⁴.

De otra parte, una de las principales críticas que recibe Alexy en cuanto a la justificación racional que exige la ponderación, actividad eminentemente judicial, señala que los jueces no siempre comparten una moral objetiva y conocida e incluso en ocasiones sus decisiones no logran la coherencia esperada, por lo que al tener como parámetro de decisión las circunstancias particulares del caso para establecer la jerarquización móvil de los principios, irremediablemente se acude a juicios de valor¹⁹⁵. Sin embargo, para Prieto Sanchís¹⁹⁶ los principios constitucionales sí controlan la posible discrecionalidad puesto que, en primera medida se consolidan como el reflejo de los valores que orientan el ordenamiento jurídico y si no existieran sí se estaría abriendo paso a la discrecionalidad judicial. De igual manera, el género de razonamiento que exige la ponderación es mucho más complejo que el de la subsunción, por lo que con ello se bloquea la existencia de una eventual decisión discrecional.

191 PRIETO SANCHÍS. Ley, Principios, Derechos. Op. cit. p. 61.

192 ZAGREBELSKY. Op. cit. p. 14-15.

193 CARDENAS GRACIA. Op. cit. p. 277.

194 ZAGREBELSKY. Op. cit. p. 125.

195 PRIETO SANCHÍS. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Op. cit. p. 148.

196 Ibid., p. 193.

Otra crítica se encuentra encaminada a demostrar la evidencia de la vaguedad o indeterminación de la fórmula del peso, puesto que este ejercicio de escoger lo que se pesa y el resultado de esta operación se encuentra predeterminado por las interpretaciones previas que realizan de los principios en conflicto los jueces o tribunales respectivos, interpretaciones cargadas de juicios de valor y preferencias internas¹⁹⁷.

La solución a la colisión de principios constitucionales desde la perspectiva de la ponderación es distinta dependiendo del caso en concreto. Al respecto, Alexy¹⁹⁸ señala que ningún ordenamiento jurídico obtendrá tal grado de perfección que las normas existentes brinden respuesta a todos los casos. Por lo tanto cada decisión se fundamenta en la racionalidad de la pretensión de corrección implícita que tienen las normas dentro del ordenamiento jurídico, para que el sistema jurídico no pierda su legitimidad. Es en este punto, donde el autor plantea que los principios y los valores no tienen ninguna diferencia si se analizan en un caso concreto, desde una perspectiva deontológica o axiológica. Si bien, estos elementos tienen un contenido moral, pueden hacer parte del ordenamiento o tener una estructura jurídica. En este orden de ideas, la pretensión de corrección en el Derecho, se sirve de los principios como herramienta, como mandatos de optimización, a fin de encontrar la mejor solución según las posibilidades fácticas y jurídicas de un caso determinado. Frente a la noción de optimización, autores como García Figueroa¹⁹⁹, señalan que la optimización le adjudica a los principios una aplicación “más o menos” en cada caso, a diferencia de las reglas, que solo se aplican totalmente o no se aplican. Puntualmente, este concepto se refiere a la forma de establecer la aplicación de un principio, teniendo en cuenta para ello, los elementos fácticos y jurídicos del caso concreto, que afectan la norma objeto de optimización²⁰⁰.

197 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010. p. 252.

198 ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. En: Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 55

199 GARCÍA FIGUEROA. Op. Cit., p. 190.

200 Ibid., p.192.

Alexy señala dentro de su teoría que la pretensión de corrección es característica de los ordenamientos jurídicos, y le adhiere al contenido del fallo judicial, el objetivo de proferir la decisión correcta²⁰¹. Al integrar el ordenamiento, esta pretensión supera las críticas relacionadas con la discrecionalidad del juez o la creación de nuevo derecho al momento de proferir la decisión, puesto que limita la actividad judicial dentro de este marco. Sin embargo, no siempre se alcanza la satisfacción total de la pretensión de corrección, lo que puede volver deficiente el sistema jurídico. Para evitarlo, los principios, definidos por Alexy²⁰² como mandatos de optimización que ordenan la realización de un supuesto en la mayor medida posible, facilitan el cumplimiento de la pretensión de corrección al establecer su alcance a través de diferentes grados y teniendo en cuenta los elementos fáctico-jurídicos aplicables al caso concreto.

5.1.1. El uso de la Ponderación por la Corte Constitucional colombiana.

La ponderación es el método por excelencia, usado por jueces constitucionales, para atender la colisión de principios constitucionales que se presentan cuando, ante la presencia de casos difíciles, la Corte Constitucional realiza un ejercicio argumentativo, en el cual se analizan los principios, valores e intereses protegidos²⁰³. Aun cuando es un método que se usa de distintas formas. Inicialmente, la Corte Constitucional empezó a utilizar la ponderación para distinguirse de la Corte Suprema de Justicia y lo que era considerado, un excesivo apego a la ley y a las formalidades jurídicas, mediante el uso del silogismo para fundamentar la decisión judicial. Sin embargo, al no ser esta la única forma de dar respuesta a casos difíciles, muchos magistrados han aceptado la ponderación como modo de argumentación necesario para resolver conflictos constitucionales que implican la tensión entre dos intereses²⁰⁴.

201 ALEXY, Robert. BULYGN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 59.

202 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y filosofía del Derecho No. 28. Agosto de 2003. p 95.

203 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas Constitucionales. Op. Cit., p. 273.

204 Ibid., p. 274.

Uno de los beneficios que podría extraerse del uso de la ponderación por parte de la Corte Constitucional, es la consolidación de mayorías en torno a una decisión judicial. Este ejercicio, mediante el cual se valoran todos los derechos constitucionales en juego, en tanto se realiza una lectura armónica e integral de la Carta de 1991, sin incurrir en el error de dar anticipada prevalencia a solo un tema de interés, ha hecho que la Corte en muchos casos donde ha aplicado la ponderación haya alcanzado mayorías significativas, que muestran uniformidad en la decisión²⁰⁵.

La estructura a la que acude la Corte Constitucional para llevar a cabo el ejercicio de ponderación es el denominado Test de razonabilidad, que contiene básicamente la siguiente estructura²⁰⁶:

- En primer lugar, se analiza el fin de la disposición constitucional objeto de controversia. En este punto se analiza cuál es el fin que el legislador buscaba amparar al momento de proferir la norma y, de otra parte, cuál es el valor constitucional que se protege.
- Posteriormente, se estudian los medios establecidos legalmente para la consecución del fin propuesto en la norma, estableciendo su coherencia con la constitución.
- En la última parte, se establece la relación entre el fin perseguido por el legislador con la norma y el medio que utiliza para garantizarla, estableciendo su idoneidad.
- Algunos autores²⁰⁷ han formulado una cuarta etapa conocida como la proporcionalidad en sentido estricto. Etapa en la cual el juez constitucional “sopesa” los beneficios de la norma en contradicción y el impacto que tendrá una eventual restricción de un derecho, para definir finalmente que valor constitucional tendrá más importancia, dados los hechos del caso.

205 Ibid., p. 282.

206 Ibid., p. 283.

207 STONE, Alec y MATTHEWS Jud. Proporcionalidad y Constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 15.

En la aplicación del test de razonabilidad, debe observarse también el logro de las políticas públicas y de los fines constitucionales a través de las normas cuestionadas y adicionalmente, si el medio utilizado es efectivamente conducente en la materialización del fin pretendido al momento de creación de la norma. En un nivel estricto, el test de razonabilidad contempla también el imperativo cumplimiento de políticas públicas diseñadas en torno a las normas en tensión y si la relación entre los medios utilizados para su efectividad y estas políticas públicas cumple el requisito de la necesidad²⁰⁸.

La ponderación es concebida como la respuesta judicial frente a dos intereses de rango constitucional en disputa, fórmula que tendrá en cuenta un principio clave del nuevo constitucionalismo y es que ningún derecho es absoluto, por lo que esta herramienta de interpretación puede acudir a las circunstancias del caso en concreto, el contexto e incluso consideraciones de índole política²⁰⁹ que puedan tener impacto en la decisión.

5.1.2. Aplicación al caso colombiano de la Ponderación de Principios de Robert Alexy.

Partiendo de la afirmación de que las colisiones entre principios jurídicos no se presentan de manera abstracta, al coexistir como normas jurídicas o principios rectores del ordenamiento constitucional, sino de manera concreta en el momento de aplicar o adjudicar un principio a un hecho jurídico específico, cuya consecuencia puede ser diferente desde la óptica de otro principio jurídico de igual jerarquía, se desarrollará en adelante un ejercicio de ponderación, bajo los parámetros de la teoría de Robert Alexy, con el fin de ejemplarizar y concluir cual sería el resultado de la aplicación de esta teoría para la solución de principios en el caso colombiano.

Para Koch²¹⁰, antes de aplicar la teoría de la ponderación se requiere establecer previamente cuáles son las probables condiciones de prevalencia de un principio sobre otro, los hechos y circunstancias que justifican esta prevalencia en el caso concreto y el núcleo deductivo que

208 CEPEDA ESPINOSA. Op. cit. p. 284.

209 STONE, Alec y MATTHEWS Jud. Op. cit. p. 39.

210 KOCH, Hans-Joachim. La base teórico normativa de la ponderación. En: La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 108-110.

justifica la decisión, para lo cual se abre paso al principio de proporcionalidad propiamente dicho.

Aun cuando el método de la ponderación puede resultar de aplicación en casos de colisión entre diversos principios, el ejercicio que se desarrolla a continuación se limita a la ponderación entre principios de tipo económico, en contraposición con principios de índole social, en el marco de la Constitución colombiana.

Según el Artículo 1 de la Constitución de 1991, “...Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general...”. El anterior texto constitucional erige unos principios fundamentales, entre los cuales se destaca como característica del Estado colombiano la de ser un Estado “Social” de Derecho.

Se tiene, con lo anterior, una prevalencia latente de los principios del Estado Social de Derecho, como fórmula política fruto del deseo del constituyente por dar protagonismo a la protección del Estado de los derechos sociales, garantizando su prestación y efectivo cumplimiento.

Sin embargo y como ya se explicó en capítulos anteriores, la Constitución de 1991 ha sido objeto de diversas reformas en materia económica, entre ellas el Acto legislativo 01 de 2005 y el Acto legislativo 03 de 2011, mediante los cuales se establecen directrices de obligatorio cumplimiento tanto para el juez como para el legislador, en referencia a la necesidad de tener en cuenta en el ejercicio de sus funciones la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la sostenibilidad fiscal del Estado en general.

De lo expuesto se tiene que, pese a que inicialmente la Constitución de 1991 se consagró como defensora de los derechos sociales de los miembros del Estado colombiano, con el transcurrir de los años también hacen parte de su contenido, normas jurídicas que elevan a

igual jerarquía constitucional, principios atinentes a fortalecer la sostenibilidad fiscal del Estado.

Como se explicó anteriormente, los principios de orden social están llamados a coexistir de manera armónica con los principios de tipo económico recientemente incorporados en el texto constitucional, pues unos y otros requieren de una interpretación sistemática que apunte a alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.

No obstante, resulta difícil en la práctica conciliar la aplicación de estos principios, sin que la decisión final termine pareciendo injusta para algunos y necesaria para otros.

Así que la prevalencia de uno u otro principio finalmente se encuentra determinada por las circunstancias particulares en las que se presente la colisión de principios.

En este evento y siguiendo las etapas señaladas por Koch, ¿cuáles son esos hechos y circunstancias particulares del caso concreto?

En resumen, para el caso colombiano se tiene que, en primera medida el texto constitucional consagra principios o derechos sociales. Ahora bien, aun cuando con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ya existían normas de tipo económico al interior del texto constitucional, con el paso de los años, estas han sido modificadas introduciendo al espectro legal nuevos principios jurídicos, verbigracia el de la sostenibilidad financiera en materia pensional y el de la sostenibilidad fiscal.

Así, si antes de la expedición de estas normas el juez constitucional, en el ejercicio argumentativo que implica disipar la tensión existente entre principios, debía tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, el respeto por los derechos y prerrogativas vigentes en el ordenamiento y proporcionar la respuesta jurídica más plausible orientada con los fines del Estado; ahora debe, aunado a lo anterior, tener en cuenta el impacto económico de sus decisiones judiciales, en un marco de colaboración armónica entre todas las ramas del poder público, que pretende fortalecer y atenuar el déficit fiscal en las finanzas del Estado.

Los principios jurídicos son objeto de análisis en problemáticas específicas como el derecho a la salud, la seguridad social, el mínimo vital y móvil de la población asalariada, derechos reconocidos por la constitución y garantizados en teoría, pero de difícil consagración en la práctica según opinión de los altos dirigentes del Gobierno nacional, sino se ejecutan políticas de sostenibilidad fiscal. Es decir que, pese a que constitucionalmente se garanticen los derechos sociales y la asistencia de los mismos por parte del Estado, pueden presentarse casos en los que resulta necesario establecer una limitación a estos derechos, con fundamento en argumentos de tipo económico, tales como el principio de sostenibilidad fiscal y la prevalencia del interés general, entre otros aspectos. De esta forma, se tiene de un lado la vulneración o injerencia en un derecho individual, que es sacrificado de manera parcial o total, con el pretexto de que la medida contribuye al saneamiento de las finanzas públicas, para satisfacción del interés general de los demás miembros integrantes del ordenamiento.

Para llegar al núcleo deductivo que justifica una decisión judicial en la ponderación de Robert Alexy, se requiere dar aplicación al **juicio de proporcionalidad**, descrito en líneas anteriores y por desarrollar en adelante, de la siguiente manera:

En primera medida, debe establecerse si la intervención en un principio tiene una *finalidad constitucional legítima*. En términos de Alexy, esto se conoce como el **principio de idoneidad**. Particularmente, si en la tensión entre principios de orden social y económico se da prevalencia a estos últimos, esta medida resulta adecuada en relación con los fines constitucionales, pues el Acto legislativo 03 de 2011 garantiza que, en el ejercicio de la interpretación del principio de sostenibilidad fiscal, no habrá lugar a la vulneración de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en el primer capítulo de esta tesis se mencionaron los principales motivos del proyecto de Ley que finalmente incorporó al texto constitucional el principio de sostenibilidad fiscal. Bajo esta perspectiva, la sostenibilidad fiscal se constituye como una herramienta fundamental que pretende garantizar, en últimas, una prestación de los servicios asistenciales a cargo del Estado de manera óptima, así como también incrementar la cobertura en servicios básicos en materia de salud, educación, seguridad social, entre otros derechos en materia social. La idoneidad de la medida, se

demuestra entonces al vincularla con fines constitucionales legítimos y de gran importancia como el bienestar y la prosperidad general y la efectividad de los derechos proclamados en la carta. Aunado a lo anterior, en virtud del principio de progresividad el Estado tiene la obligación de asumir un papel protagónico en la búsqueda y administración de recursos públicos para garantizar que la Carta de Derechos reconocida hasta ahora, pueda consolidarse e incluso ampliarse en el futuro.

Sin embargo, y a modo de crítica, el Acto Legislativo 03 de 2011 establece que el principio de sostenibilidad fiscal no podrá ser interpretado en desmedro de los derechos fundamentales, por lo que resulta interesante cuestionarse sobre las razones que tuvo el legislador para proteger únicamente los derechos fundamentales y no ampliar esta protección a todos los derechos reconocidos en la Carta del 91. Esta fue una de las razones que les permitió a diferentes sectores de la sociedad nacional, presentar una férrea oposición a la elevación del principio de sostenibilidad fiscal a rango constitucional, y aunque el párrafo aludido anteriormente pretende proteger a los derechos fundamentales de interpretaciones que afecten su efectividad por razones de tipo económico, es insuficiente como mecanismo de protección ante los derechos que no hacen parte de los denominados “fundamentales”. Es decir que, en caso de presentarse una colisión de principios que requiera la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal, en tensión con derechos sociales y colectivos que no sean de carácter fundamental, la interpretación no tiene ningún límite constitucional y el juez por lo tanto, puede llevar a cabo un ejercicio de ponderación en el que se aplique una regla implícita de prevalencia del principio de sostenibilidad fiscal.

En segunda instancia, se requiere demostrar que la única herramienta para alcanzar el fin constitucional perseguido, es la limitación o intervención del principio afectado, de tal forma que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar el mismo fin. Esta descripción corresponde a lo que Alexy denomina el **principio de necesidad**.

Con la introducción de principios como la sostenibilidad financiera en materia pensional y la sostenibilidad fiscal en el marco de una colaboración armónica entre todas las ramas del

sector público, se pretendía lograr el fortalecimiento de la política económica del Estado, de tal manera que si todas las instituciones se enfocaban en el impacto económico de sus actividades, buscando reducir el déficit fiscal, la deuda pública y el gasto, en el marco de estrictos parámetros de austeridad, se alcanzara finalmente un florecimiento de la economía con más recursos disponibles para ampliar la cobertura y la prestación efectiva de los derechos de tipo asistencial.

Sin embargo, en la exposición de motivos del proyecto que terminó en el Acto legislativo 03 de 2011, por vía de ejemplo, se indicó claramente que la sostenibilidad fiscal era un principio estructural para la economía nacional y que por tal razón debía tener protección constitucional, como un derecho del Estado.

Aun cuando la sostenibilidad fiscal puede ser una medida que impacte de manera positiva las finanzas públicas, no quedó ampliamente demostrado que fuera la única medida aplicable y menos que no existieran otras opciones para fortalecer la economía sin dejar en manos de la interpretación judicial la defensa de los derechos sociales. Cabe anotar que no se agotaron alternativas enfocadas a incrementar la inversión extranjera, la formalización laboral, el fortalecimiento del sector agrícola, el desarrollo de la infraestructura vial, los tratados de libre comercio, es decir, existían diversas opciones que probablemente también podrían analizarse bajo la lupa del fortalecimiento económico, en pro de los derechos sociales y de todos los que garantiza el texto constitucional, sin tener que acudir a ningún tipo de restricción en los mismos.

De lo expuesto se concluye que, para que en un caso de colisión de principios de orden social y económico deban ceder los primeros ante los segundos, debe quedar demostrada la necesidad de esta medida y que no era evitable la intervención de los derechos sociales. Entonces, el subprincipio de necesidad no se cumple en todos los casos. En las diferentes sentencias objeto de análisis en el tercer capítulo de esta investigación y, particularmente, en las relacionadas con el reajuste en materia salarial y con la seguridad social en pensiones, no quedó demostrada la necesidad de afectación de estos derechos. Para empezar, en las decisiones referentes al reajuste en materia salarial de los servidores

públicos, la Corte Constitucional modificó frecuentemente su posición, pasando de la protección a este derecho sobre los argumentos de tipo fiscal expuestos por las diferentes autoridades estatales para justificar su limitación, a posteriormente congelar los salarios de los funcionarios y en últimas reconocer, como hasta la fecha se mantiene, que el Plan Nacional de Presupuesto debe incluir una partida necesaria para garantizar el salario mínimo, vital y móvil. Lo anterior si se tiene en cuenta que no se demostró tampoco, que esta medida fuera inevitable y que fuera eficaz, dado que la congelación de los salarios y los recursos que esta medida recaudó no contribuyeron de forma evidente al fortalecimiento de las finanzas del Estado.

Finalmente, **el principio de proporcionalidad en sentido estricto** o ley de la ponderación en términos de Alexy, parte de establecer un grado de importancia, entre la no satisfacción de un principio, y la satisfacción del principio opuesto. Es decir, que para que el juez constitucional decida inclinarse hacia la protección o satisfacción de un principio, debe tener como cierto que no se afectan principios constitucionales de mayor importancia. Para desarrollar la proporcionalidad en sentido estricto, debe recordarse el concepto de principio como mandato de optimización, es decir, que el principio contiene una expectativa de realización en la máxima medida posible. Por tal razón, cuando la Corte Constitucional debe ponderar entre el principio de sostenibilidad financiera y/o fiscal, de una parte y, de otra parte, entre principios contenidos en derechos sociales económicos y culturales, tiene que establecer el grado de importancia de cada principio, de conformidad con los fines constitucionales.

Significa entonces, que si la Corte Constitucional debe resolver la tensión que pueda presentarse en un caso concreto entre el derecho a la salud, por vía de ejemplo, de un afiliado al sistema general de salud que requiera un tratamiento de alto costo no previsto en el POS, y el principio de sostenibilidad fiscal que demanda de todas las autoridades públicas, entre ellas los jueces, tener en cuenta al momento de proferir sus decisiones el impacto fiscal de las mismas, para este caso concreto y en atención al precedente jurisprudencial que ubica a la salud como un derecho fundamental, el juez no tendrá problema en concluir que el principio de mayor importancia es el derecho a la salud y por

lo tanto prevalecerá sobre la sostenibilidad financiera para el caso concreto. El grado de importancia se delimita en este caso por la intervención o limitación a un derecho de carácter fundamental, como la salud, que se vería afectado por la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal y el impacto económico de una decisión judicial favorable en materia de salud. Resulta desde esta perspectiva, que el principio que debe ceder es el de sostenibilidad fiscal, pues en caso contrario, se estaría afectando un principio constitucional de mayor importancia, como el derecho a la salud.

Cabe anotar, sin embargo, que en el tratamiento que la Corte Constitucional ha dado al derecho a la salud, un factor diferenciador es su conexidad con el derecho a la vida y, en consecuencia, su fundamentalidad, caso en el cual se da prioridad a este principio de orden social al considerarlo de mayor importancia constitucional. No obstante, no siempre en un caso concreto se dará prevalencia al derecho a la salud, cuando se encuentre en tensión con el principio de sostenibilidad fiscal o con otro principio, pues la ponderación y su resultado en el caso concreto no puede ser entendida como una regla general de aplicación en todos los casos de similares características, pues esta circunstancia sería la causa principal de una avalancha de peticiones que reclaman la protección del derecho a la salud, de manera preferente sobre los demás; lo que puede llevar a que se impacten negativamente las finanzas del Estado ante la inminencia de decisiones judiciales que den prioridad a este principio sobre otros. Por esta razón es que la ponderación y las decisiones que se fundamentan en su propuesta no pretenden constituirse como una regla de estricta observancia pues puede presentarse una decisión diferente, si el peso de los principios varía en atención a circunstancias de índole política, económica, entre otras.

De otra parte, al ponderar la sostenibilidad fiscal con un derecho que no hace parte de los reconocidos como “fundamentales”, tampoco se garantiza que la decisión judicial otorgue siempre prevalencia a ese otro principio, con mayor razón si se observa que el Acto legislativo 03 de 2011, como ya se dijo, solo otorga protección especial a los derechos fundamentales frente a la sostenibilidad fiscal, pero no a otra clase de derechos constitucionales, que resultaron indirectamente menos importantes para el legislador.

Un ejemplo de lo expuesto se encuentra en la sentencia C 258 de 2013, en la cual la Corte Constitucional, si bien no reconoce la existencia de colisión entre el principio de los derechos adquiridos en materia pensional (de orden social) y el principio de la sostenibilidad financiera (de orden económico), si fundamenta su discurso en la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares, considerando en virtud del subprincipio de necesidad, que la limitación del derecho de los particulares (el tope de las mesadas, por ejemplo) resulta necesaria para satisfacer el interés general en la medida en que con esta restricción se pretende detener el grave impacto fiscal que causan algunos regímenes especiales de pensiones en el país. Al respecto, cabe anotar que aun cuando esta medida supera el subprincipio de idoneidad, puesto que afecta de manera leve los derechos adquiridos en materia pensional de un reducido grupo de pensionados al limitar al tope legal su mesada pensional; no supera el subprincipio de necesidad puesto que sí había medidas diferentes para garantizar una reducción del déficit fiscal, como por ejemplo, reiterar que ya el legislador, a través del Acto legislativo 01 de 2005 estableció que no habrá mesadas superiores al tope legal, con respeto de los derechos adquiridos. Dicho de otra forma, que la limitación de la mesada pensional se diera hacia futuro y no en la mesada pensional ya reconocida y devengada desde hace tiempo por pensionados que tenían un derecho adquirido y consolidado a la misma, en vigencia de regímenes especiales en pensiones. Además de lo expuesto, la medida no ha sido eficaz pues en la práctica ha polarizado a la opinión pública a favor y en contra de los pensionados, así como también ha ocasionado decisiones judiciales proferidas en particular por el Consejo de Estado, en las que pretende salvaguardarse el derecho a la mesada sin tope de algunos pensionados.

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto para el caso concreto de la sentencia C – 258 de 2013, también amplía la falta de certeza puesto que con las medidas tomadas en esta sentencia, resultaron en últimas afectados los derechos adquiridos en materia pensional, bajo un fin constitucional aparentemente más importante como el de la sostenibilidad financiera, lo que permite concluir que en casos en los que la Corte Constitucional no debe ponderar un derecho fundamental con otro principio, su argumentación se está inclinando a la protección de la sostenibilidad fiscal.

5.2. **Ronald Dworkin y la tesis de la única respuesta correcta.**

La obra de Dworkin es considerada una de las críticas más fuertes contra la concepción positivista del derecho, al considerar que el razonamiento moral y filosófico tiene especial relevancia en el derecho y que la ciencia jurídica no debe estar separada de la política, ni de la moral.

Para identificar la propuesta de Dworkin frente a la colisión de principios en el derecho, conviene fijar como punto de partida la distinción que el autor realiza entre normas, directrices y principios. Recordemos entonces que las reglas, son normas de carácter permisivo o prohibitivo que asignan una consecuencia jurídica al sujeto que lleve a cabo u omita la realización de determinados hechos. En cuanto a los principios, son mandatos abstractos que buscan la protección de intereses colectivos o individuales en armonía con el ordenamiento jurídico²¹¹.

Para Dworkin, de las normas se predica su aplicación o no a un caso determinado, mientras que las directrices se refieren a objetivos sociales beneficiosos y que por lo tanto deben alcanzarse en el más alto grado posible. Según el autor, los principios se refieren a la justicia y la equidad, siendo los encargados de dar razones para decidir en un sentido determinado, sin que su enunciado resulte necesariamente determinante de su forma de aplicación²¹². La justicia, en este contexto, implica el reconocimiento de unas reglas morales preestablecidas y de observancia por la comunidad, en las que exista un acuerdo sobre qué es lo correcto y lo esperado de cada miembro²¹³. Igualmente, la equidad busca establecer cuál es la decisión más favorable para todos en determinada circunstancia²¹⁴.

Los principios, a diferencia de las normas, tienen un peso o importancia que permite dar respuesta a la colisión de principios a través del balance entre el peso relativo de cada

211 DUEÑAS RUIZ. Op. Cit., p. 33.

212 DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Sexta reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 2007.

Prólogo A. Calsamiglia. p.9.

213 DWORKIN, Ronald. El imperio de la Justicia. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. 1992. p. 204.

214 Ibid., p. 221.

principio en tensión²¹⁵. A partir de este planteamiento, Dworkin reconoce que establecer cual principio es más importante que otro en un caso determinado, es una técnica controversial, pero inevitable dada la característica del peso de los principios.

En la solución de casos difíciles, donde no resulta viable la aplicación de la regla de la subsunción, está a cargo del juez llevar a cabo el descubrimiento de los derechos de las partes, para establecer quién tiene derecho a ganar el caso, es decir cuál principio tiene mayor peso y debe prevalecer²¹⁶. La anterior afirmación no implica en forma alguna que el juez sea concebido por Dworkin como creador de derecho, pues su labor no consiste en inventar derechos nuevos de aplicación a los casos controversiales, sino identificar, establecer o descubrir cuáles son los principios que debe aplicar en un caso determinado. En esta medida, la propuesta del autor resulta respetuosa del derecho positivo vigente, puesto que su función no es la de crear sino la de aceptar, legitimar e interpretar el derecho ya existente²¹⁷.

Para desarrollar esta tesis, se acude a una distinción entre argumentos políticos y argumentos de principio²¹⁸. Los primeros permiten justificar una decisión a través de la satisfacción de intereses colectivos o generales. Los segundos fundamentan la decisión mediante la demostración de que la misma representa la protección individual de un derecho. Dicho de otra forma por Dworkin en una de las réplicas que realiza a la crítica de Greenawalt²¹⁹, los argumentos de principio justifican una decisión que beneficia a una persona, que tiene derecho a este beneficio predicable del principio respectivo. Los argumentos políticos en cambio, justifican una decisión, aun cuando los beneficiarios no tengan derecho a la misma, pero con su concesión se favorece un objetivo común o de interés general.

215 DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 77.

216 DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p.146.

217 BROEKMAN, Jan M. Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Bogotá D.C. Editorial Temis. 1997. p. 135.

218 DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 148.

219 Ibid., p. 415-416.

En este orden de ideas, la tarea del juez consiste en escoger la mejor decisión, bajo la perspectiva del deber ser del derecho. Por ello sus decisiones deben atribuir un peso relativo a cada principio, sin que la discrecionalidad judicial pueda predicarse mas allá de la discreción que implica la responsabilidad judicial, es decir, el deber de lo que como jueces deben realizar²²⁰. Para lograrlo, el operador judicial debe dominar, de una parte las reglas del ordenamiento jurídico a través de un conocimiento extenso de las mismas, y de otra parte, debe tener una visión integradora del derecho como un todo, lo anterior aunado a una inteligencia extrema para abordar y adjudicar solución a los diversos problemas jurídicos²²¹.

Esta actividad judicial será realizada por el que Dworkin ha denominado el *Juez Hércules*. En la construcción de la argumentación necesaria para dar respuesta a los casos difíciles del derecho, interactúan de una parte, la intención o propósito de la ley y, de otra parte, la exigencia o pretensión de los principios jurídicos que se encuentran incorporados en las normas positivas²²². Es aquí donde el juez Hércules procederá a elaborar la teoría que descubra la intención de la ley y la pretensión de los principios en el derecho. Este juez utópico, está caracterizado por ser filósofo, hábil, erudito, paciente y perspicaz; cualidades en su más alta expresión y prácticamente sobrehumanas, en términos de Dworkin. La labor de este operador judicial imaginario, comprende los siguientes aspectos²²³:

- Para empezar, el juez Hércules construye teoría constitucional. Puesto que la constitución es un conglomerado político justo y ecuánime, Hércules debe profundizar en el esquema de principios y directrices constitucionales establecidos, para establecer su justificación total con la constitución. En la elaboración de esta teoría debe acudir a las normas restantes de la constitución, las prácticas que estas originan y verificar, en últimas, cuál es la opción que mejor se adecúa al esquema constitucional.

220 Ibid., p.132,134.

221 BROEKMAN, Jan M. Op. cit.p. 135.

222 DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 176-177.

223 Ibid., p. 177-179.

- En segunda medida, la teoría constitucional construida anteriormente debe ser tratada y complementada desde la óptica de la filosofía política, teniendo en cuenta también factores institucionales en el análisis del problema. Se deben construir y poner a prueba teorías que justifiquen cada argumento en relación con la totalidad del esquema constitucional.
- En tercer lugar, cuando estas teorías sean puestas a prueba, compete al juez Hércules definir los argumentos controversiales y deducir de ellos la justificación de la teoría triunfante.
- Adicionalmente, las decisiones que Hércules profiera deben caracterizarse por una pretensión de alcanzar para todos los derechos que al parecer solo algunos tienen, a través de proposiciones “prima facie” en el marco de su argumentación.

Así las cosas, al juez Hércules le corresponde adelantar una titánica labor de interpretación de la constitución. Esta interpretación deberá corresponder con su idea de la mejor interpretación posible, a través de una integración de diversos factores concurrentes como la voluntad popular, la tradición histórica de las decisiones judiciales y sus convicciones personales sobre el equilibrio entre justicia y equidad. Este juez modelo no podrá ser influenciado por la postura del legislador, cuando descubra que se encuentra en juego un argumento político y no de principio como, por ejemplo, la prevalencia del interés general a través de la racionalización de la economía. Hércules debe reconocer que en muchos casos la norma fue creada para proteger a las minorías, aun cuando esta protección no sea bien vista por los intereses de las mayorías, pues su función última es interpretar de manera integral el sentido de la constitución, como texto guardián de la democracia²²⁴. En cuanto al concepto de Democracia para Dworkin, una sociedad democrática es aquella en donde se respetan como principios, la equidad y la justicia, entendidas, la primera, desde el procedimiento para la asignación de derechos individuales, y la segunda, desde los resultados que producen las decisiones judiciales²²⁵. También se respeta el principio de

224 DWORKIN. El imperio de la Justicia. Op. cit. p. 279,280.

225 CALSAMIGLIA, Albert. Racionalidad y Eficiencia del Derecho. Segunda Edición. Editorial Fontamara S.A. México D.F. 1997.p. 80.

legalidad y la virtud de la integridad, consistente en la existencia de principios rectores de la vida en sociedad²²⁶.

Retomando al juez Hércules, cabe anotar que este modelo de juez no se enfoca tanto en los propósitos del legislador al momento de proferir la norma, sino en justificar la presente decisión judicial en coherencia con las decisiones pasadas a través de los principios concurrentes y aplicables en estos casos²²⁷. Lo expuesto guarda relación con las etapas que debe seguir la interpretación del derecho para Dworkin. Una primera etapa es la *preinterpretación*, en la que el juez identifica las reglas, proposiciones prima facie que conforman la práctica del derecho. La segunda etapa, *interpretativa*, requiere de la formulación de teorías que guarden armonía con el ordenamiento jurídico y los principios que orientan la práctica. La última etapa, *post interpretativa*, pretende la elección de una teoría coherente con las demás prácticas, teniendo en cuenta principios y valores sustantivos, muchas veces de naturaleza moral²²⁸.

Puntualmente en la colisión de principios, la propuesta pretende la búsqueda del equilibrio entre los derechos individuales y las exigencias sociales o de bienestar general²²⁹. Es decir, que al infringirse o limitarse un derecho del individuo, se causa una afectación solamente a este. Pero en ocasiones, cuando se amplía un derecho individual, se afecta el derecho social y colectivo al beneficio general, por lo que si la balanza se inclina hacia uno u otro lado, se presentaría una vulneración de derechos, circunstancia evitable a través del equilibrio o balance entre los intereses en conflicto, dando a cada cual lo debido²³⁰. Sin embargo, lo anterior no significa en verdad que los derechos en sí mismos tengan un determinado grado de importancia, pues si realmente se pretende “tomar los derechos en serio”, no resulta viable que algunos derechos no tengan nada de importancia, mientras otros sí²³¹.

226 Ídem.

227 ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá D.C. Siglo del hombre Editores. 1999. p. 106.

228 CRUZ PARCERO. Op. cit. p. 227.

229 DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 294.

230 Ibid., p. 294.

231 Ibid., p. 301.

Este planteamiento está directamente relacionado con la concepción del derecho para Dworkin, en la que la ejecución de políticas sociales y económicas no resulta neutral, sino por el contrario, debe estar orientada por lo que la mayoría considera el bien común²³².

La principal diferencia con el planteamiento de Alexy radica entonces en que para este, el resultado de la ponderación siempre va a ser una solución particular para el caso en concreto, que puede variar en otros casos de colisión, mientras que para Dworkin sí es posible la existencia de una *única solución correcta* en los casos difíciles. Lo anterior como resultado de la labor que realiza el Juez Hércules, quien analiza el *ethos* del ordenamiento y descubre el principio que justifica armónicamente la decisión judicial con la totalidad del esquema constitucional²³³.

La tesis de la única respuesta correcta se plantea como respuesta a las críticas sobre la discrecionalidad judicial en el proceso de aplicación del derecho. En opinión de Dworkin, resulta necesario que el juez, al momento de proferir la decisión judicial, considere su respuesta como la mejor, la más acertada al caso concreto, dado que el juez se encuentra subordinado al ordenamiento jurídico y su función debe seguir los lineamientos del esquema constitucional y de los principios que fundamentan los derechos²³⁴. Esta visión integradora del derecho, significa que, aun cuando no exista unanimidad sobre las concepciones de justicia al interior del ordenamiento, de tal manera que en ocasiones lo justo para algunos resulta injusto para otros, la integridad exige que las decisiones judiciales no respondan a una concepción de justicia discutida, sino a un criterio general que incorpore los principios jurídicos, morales o sociales²³⁵. Los problemas jurídicos, desde la perspectiva de la integridad, deberían ser resueltos por un juez íntegro moralmente, que a través de una reconstrucción de la historia, alcance decisiones judiciales justificadas y fieles a los principios inherentes a los miembros de la comunidad, desde la mejor respuesta posible²³⁶.

232 Ibid., p. 303.

233 CARDENAS GRACIA. , Op. cit. p. 271.

234 CRUZ PARCERO. Op. cit. p. 225-226.

235 CALSAMIGLIA. Op. cit. p. 83.

236 Ibid., p. 86,87,88.

Este vínculo entre derecho y moral le sirve a Dworkin para plantear, que generalmente, cuando un hecho es jurídicamente obligatorio, ya era moralmente obligatorio. Por lo tanto, algunas normas que se saltan el camino de lo obligatorio para la moral, pueden ser proferidas conforme al procedimiento vigente, válidas e incluso eficaces pero no superan el test de moralidad que establece si la decisión judicial puede ser jurídicamente vinculante en un caso concreto. Para desarrollar este test se acude a una etapa pre-interpretativa del derecho, en la cual podría pensarse inicialmente que la decisión judicial es derecho por provenir del operador judicial competente para su expedición. Sin embargo, en la etapa post-interpretativa del derecho, el juez puede determinar que la decisión o el derecho mismo en realidad no es derecho, pues no encaja dentro de los presupuestos morales de la sociedad, o los degeneran²³⁷. Este test de moralidad también ha sido llamado *modelo constructivo de moralidad*²³⁸ en el que el juez descubre qué juicios morales resultan ser afirmaciones consistentes y coherentes de conformidad con la responsabilidad institucional de cada juez y las decisiones previas de otros jueces frente a casos similares.

Para dar solución a los casos difíciles, es decir, casos donde una regla no es suficiente para remediar la tensión entre principios, Dworkin, en suma, señala la necesidad de acudir al deber de tribunales y jueces de proferir sus decisiones judiciales como la única respuesta correcta, dando prelación a argumentos como el de la equidad, sobre argumentos de tipo económico como la escasez de recursos, pues estos últimos pueden significar la limitación de los derechos de otras personas, que compiten contra el valor abstracto de la riqueza, para que no se concrete. La riqueza no es un valor intrínseco como sí lo son otros valores morales para Dworkin, por lo que acudir a justificaciones económicas sería usar un argumento político y no de principio.

Frente a una controversia entre principios, el juez podrá entonces, acudir a dos soluciones. La primera de ellas, debería buscar un equilibrio entre los derechos individuales y las exigencias de la sociedad, dando a cada cual según le corresponde, de tal forma que se evite

237 CRUZ PARCERO. Op. cit. p. 237.

238 MACCORMICK, Neil. Derecho legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política. Traducción de María Lola Gonzalez Soler. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1990. p. 109.

la prelación del bienestar general a costa del perjuicio de los derechos individuales, igualmente en el caso opuesto, pues cualquier inclinación hacia uno u otro extremo puede resultar gravosa para los intereses en conflicto²³⁹.

La segunda opción le apuesta a “tomar los derechos en serio”. Si los derechos tienen sentido, no pueden tener grados de importancia que los hagan nulos frente a otros en un caso marginal. En definitiva el derecho no puede ser neutral, pues se encuentra orientado por la idea que las mayorías tienen acerca del bien común. Así, la institucionalidad del derecho permite o representa una garantía para las minorías de que el derecho, la dignidad e igualdad serán respetadas²⁴⁰.

De estas dos opciones, para Dworkin no es de aplicación la primera. Y no lo es puesto que no realiza una distinción entre los derechos de la sociedad con los derechos de los miembros de la misma, siendo el equilibrio adecuado solo cuando debe escogerse entre pretensiones concurrentes, lo cual pone en entre dicho la realización de derechos individuales²⁴¹.

Al pretender que el derecho no sea neutral, Hércules debe desarrollar una argumentación jurídica con fundamento en juicios éticos y políticos, lo cual implica que la invitación de Dworkin para que los jueces profieran sus decisiones pensando en la mejor respuesta correcta, tenga como consecuencia diversas respuestas frente a un mismo caso difícil, a pesar de utilizar la misma técnica de adjudicación²⁴², debido precisamente a las distintas argumentaciones y razones de tipo ético o político que tengan incidencia en el caso por resolver.

Por lo anterior, autores como Rodolfo Arango²⁴³ consideran que la teoría integradora del derecho a través de la cual Dworkin pretende dar respuesta a los casos difíciles mediante el uso de diversos principios abstractos que, después del ejercicio argumentativo realizado por

239 DWORKIN. Los derechos en serio. p. 294.

240 *Ibid.*, p. 303

241 *Ibid.*, p. 296.

242 ARANGO. Op. Cit., p. 107.

243 *Ibid.*, p. 121,122.

el juez Hércules se relacionen de tal manera que constituyan la única respuesta correcta para cada caso; no es una teoría de aplicación práctica, sino que debe ser considerada como una *idea regulativa de la decisión judicial*. Esta denominación surge, para Arango, en razón a que la teoría del juez Hércules resulta de difícil aplicación, por factores como el carácter abstracto o indeterminado y diverso de los principios, las múltiples respuestas a las que puede llegar el operador judicial y la ausencia de un método eficaz de demostración de la única respuesta correcta²⁴⁴.

5.2.1. Aplicación al caso colombiano de la Tesis de la Única Respuesta correcta de Ronald Dworkin.

“...9 Pilato preguntó: — ¿Quieren que les ponga en libertad al rey de los judíos?

10 Pilato hizo esa pregunta porque estaba seguro de que los jefes de los sacerdotes habían entregado a Jesús por envidia.

11 Pero los jefes de los sacerdotes incitaron a la multitud para que pidieran la libertad de Barrabás y no la de Jesús.

12 De nuevo Pilato preguntó a la gente: —Entonces, ¿qué quieren que haga con el que ustedes llaman el rey de los judíos?

13 Y la multitud respondió gritando: — ¡Crucifícalo!

14 Entonces Pilato preguntó: — ¿Por qué? ¿Qué ha hecho de malo? Y la gente gritaba aún más fuerte: — ¡Crucifícalo!

15 Pilato quería quedar bien con el pueblo, así que puso en libertad a Barrabás. Ordenó a los guardias que azotaran a Jesús y luego lo entregó para ser crucificado...”

Marcos 15, 9:15

La aplicación de la teoría de Dworkin a la tensión de principios de orden social y económico en casos concretos, no ha sido la preferida por la Corte Constitucional colombiana, la cual, en diversas sentencias²⁴⁵ sobre colisión de principios, ha tenido en cuenta el método de la ponderación propuesto por Robert Alexy.

Para empezar, conviene señalar que Dworkin, aun cuando reconoce el peso de los principios como una característica de los mismos, no establece un método estricto de

244 Ibid., p. 121.

245 Ver sentencias: T-322 de 1996, C-210 de 2007, C- 579 de 2013, entre otras.

sopesación de los principios en colisión, trasladando el protagonismo en la solución de problemas jurídicos al Juez Hércules.

Hércules, cuyas diversas características ya fueron descritas con anterioridad, deberá superar a la figura bíblica de Poncio Pilato en el juicio de Jesucristo, al caer en el error de buscar el agrado del pueblo con sus decisiones, pese a estar convencido de la afectación de un derecho individual para satisfacer la voluntad colectiva. Si bien, el modelo jurídico del juez planteado por Dworkin, supera en proeza las habilidades de cualquier ser humano convencional, esta fórmula le muestra al juez constitucional una guía acerca de lo que se espera de su labor como operador judicial, brindando solución a problemas jurídicos mediante el uso de todas las herramientas que considere necesarias para alcanzar la mejor respuesta correcta en el estudio de cada caso.

Descendiendo al caso colombiano, y particularmente a la tensión de principios existentes entre derechos sociales y principios de tipo económico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, problemática ampliamente desarrollada en capítulos anteriores, le corresponde al juez Hércules elaborar un argumento hipotético que ponga fin a esta tensión desde la perspectiva de Ronald Dworkin.

El primer paso a seguir por Hércules es la formulación de una teoría constitucional aplicable al caso bajo estudio. Entonces, Colombia es un Estado Social de Derecho que reconoce los derechos fundamentales de los individuos en la Constitución de 1991 y adicionalmente establece normas tendientes a garantizar su efectivo cumplimiento.

Entre los fines esenciales del Estado se encuentran, principalmente, el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la participación democrática en la toma de decisiones, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros, de conformidad con el Artículo 2 de nuestra carta política. Igualmente, en este mismo articulado se otorgan a las autoridades de la República (en sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial) potestades para lograr el cumplimiento de deberes sociales del Estado y de los particulares, tendientes a proteger a todos los habitantes del territorio, en bienes jurídicos de alto valor, tales como la vida, honra, bienes, derechos y libertades.

Además de los principios rectores expuestos anteriormente, también forman parte de la Constitución de 1991, normas tendientes a regular la vida económica del Estado, estableciendo la facultad estatal de intervención en la economía, la libertad de empresa, la prohibición de monopolios y con ello la libre competencia en el mercado.

De esta forma principios rectores en materia social y económica, hacen parte del texto constitucional para fortalecer y lograr el alcance de los fines del Estado Social de Derecho.

Siendo la Constitución de 1991, un texto político que recoge la voluntad de las mayorías representadas en la asamblea constituyente, cualquier tensión que pueda presentarse en la interpretación de principios de uno u otro tipo, debe resolverse apuntando a garantizar la equidad y la justicia.

Y aun cuando justicia y equidad son conceptos cuyo contenido puede tacharse de altamente subjetivo, la definición de justicia y equidad que servirá de fundamento al juez Hércules, será la que mejor se adapte a los fines constitucionales legítimos.

El problema jurídico a resolver es un problema de interpretación y de relevancia, en la medida en que el juez, con pleno conocimiento de la adjudicación de los principios de orden social y económico, debe decidir cuál de ellos prevalece en el caso concreto.

Para Dworkin, la solución a este problema jurídico no tiene asidero desde el punto de vista económico, pues, si la razón principal por la que el Estado pretende limitar la prestación de algunos derechos sociales que implican una carga asistencial radica en la intención de fortalecer las finanzas públicas, en un marco de sostenibilidad fiscal, este resulta un claro ejemplo de un argumento político, del que se presume un interés o beneficio colectivo, pese al sacrificio de derechos individuales. Por esta razón, para dar prevalencia a un principio frente a otro, debe acudirse a un argumento de principio que justifique la decisión judicial en la defensa de derechos individuales.

Además, desde un paradigma jurídico como el que representa el Estado Social de Derecho, el operador judicial debe elaborar una teoría que reconstruya, identifique, descubra si se quiere, los principios y el *ethos* del ordenamiento jurídico, a fin de establecer cuál es la única respuesta correcta. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que las decisiones deben pretender la búsqueda del bien común, elementos como la riqueza, aún la del Estado,

no pueden considerarse como un bien jurídico objeto de protección. Así, inclinar la balanza hacia la sostenibilidad fiscal, causa un agravio injustificado a derechos individuales reconocidos en la Constitución, como el derecho a la seguridad social, a la salud, al respeto por los derechos adquiridos y otros derechos generalmente de tipo asistencial; sin demostrar efectivamente de qué forma el concepto de bien común se refuerza con esta medida.

La decisión judicial en los casos de colisión de principios, debe equilibrar los intereses de los particulares con el interés general, de tal manera que se respeten las políticas económicas tendientes al fortalecimiento de la economía nacional, sin que lo anterior sea óbice para el desconocimiento de derechos individuales ampliamente reconocidos y amparados por la Constitución.

Esta decisión guarda coherencia con el texto constitucional, en la medida que se protegen los fines sociales del Estado en su conjunto y, particularmente, la efectividad real de los derechos reconocidos en la Carta.

Al respecto, Dworkin es claro en señalar, precisamente, la importancia de tomar “los derechos en serio”, pues carece de objeto reconocer en el texto constitucional un conjunto de derechos que en la práctica serán desconocidos por los jueces, a través del condicionamiento de su prestación o cobertura, a la disponibilidad de recursos económicos, bajo la égida de fortalecer las finanzas públicas mediante políticas de austeridad, que no se constituyen en la única solución para dar respuesta a esta tensión entre principios. Lo expuesto en razón a que al realizar una comparación entre el coste social que implica la protección o extensión de un derecho individual ya reconocido, puede caerse en razones de tipo utilitarista que no pueden servir de justificación para limitar un derecho.

Finalmente, la propuesta de Dworkin es planteada como la única respuesta correcta. Lo anterior no significa, sin embargo, que otro juez, que acepte la invitación para imitar a Hércules, no pueda usando el mismo camino, llegar a una solución diferente. Pero en este punto es donde el papel del juez Hércules adquiere mayor relevancia, pues su decisión es lo que para él se constituye como la mejor respuesta posible para el caso. Sin embargo esta

decisión ha tenido en cuenta la Constitución como sistema, la historia política y económica del país y los diversos factores que intervienen en el caso bajo estudio.

Por esta razón, aun cuando otro juez podría considerar que conviene el sacrificio de ciertos derechos individuales, de manera total o parcial, para salvaguardar el bienestar general, esta opción no reúne el *ethos* constitucional ni articula de manera adecuada los elementos necesarios para lograr decisiones más justas y equitativas.

Los miembros de la comunidad son entonces puestos en un plano de igualdad frente a los principios de orden económico y social, de tal manera que pueda garantizarse la efectividad real de los derechos de todos, sin limitar o prescindir de los derechos de algunos, que terminarían asumiendo una carga gravosa al ver afectado su derecho, con el pretexto del bienestar general de una mayoría en la cual no siempre reposa un concepto de justicia equitativa.

5.3. Jürgen Habermas y las decisiones “justas para todos”.

Tal como se indicó en la introducción de este capítulo, Jürgen Habermas resulta ser un duro crítico de la ponderación de principios que propone Robert Alexy, y se aproxima un poco más a la teoría de la unidad de la solución correcta propuesta por Dworkin, donde se pretende alcanzar “decisiones justas para todos” a través del balance de principios, aunque con ciertos matices, como se verá a continuación.

Para empezar, resulta conveniente señalar que para Habermas, la validez del Derecho depende, de una parte, de la integración del sistema normativo y, de otra, de la integración social, formulando con ello una pretensión de reivindicación del Derecho como constructo integrador de la sociedad a nivel epistemológico y ontológico²⁴⁶. El derecho desde una concepción social, representa un paradigma jurídico en el que se busca establecer cómo, a

246 MEJIA QUINTANA. El dilema histórico de la decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. Op. Cit., p. 89.

través del modelo social, se pueden concretar y realizar los Derechos fundamentales y los principios del estado de Derecho²⁴⁷. Desde una interpretación del Derecho en términos de teoría del discurso, el autor señala que los sistemas jurídicos pretenden una comprensión procedimental del Derecho.

En este orden de ideas, Habermas define el sistema jurídico así:

“Por sistema jurídico en sentido lato entiendo los sistemas de acción jurídicamente normados, dentro de los cuales un ámbito nuclear de generación privado autónoma de actos jurídicos constituido en términos de Derecho reflexivo, destaca de los decursos de acción gobernados por normas jurídicas materiales. Por lo demás, se da una estratificación entre los ámbitos de interacción formalmente organizados, es decir, los constituidos por medio del Derecho y aquellos a los que el Derecho solo presta una suerte de envoltura, pero que primariamente bien regulados por instituciones extrajurídicas”²⁴⁸.

Adicionalmente, Habermas reconoce el rol fundamental del juez en el Derecho, atribuyéndole este papel²⁴⁹ a la posición funcional que la actividad judicial cumple dentro de un ordenamiento jurídico determinado. También señala que la teoría del Derecho, en cuanto a su contenido, abarca no solamente la función judicial sino al legislador y a la administración, es decir, a los demás subsistemas que se relacionan reflexivamente en el desarrollo del Derecho. Lo anterior significa que, conservando el papel relevante del juez, se tiene en cuenta a los demás sujetos de Derecho, como a los teóricos, al legislador, a los miembros del ejecutivo y al ciudadano corriente. Las decisiones judiciales deberán entonces, cumplir una función sociointegradora y de legitimidad, al ser decisiones consistentes y racionalmente aceptables²⁵⁰.

Puntualmente, frente a la ponderación de principios que plantea Robert Alexy, la crítica principal de Habermas radica en el tinte axiológico de la ponderación. En opinión del autor, esta fórmula le imprime al juez una alta discrecionalidad al poder elegir un principio frente

247 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998, p. 264.

248 *Ibid.*, p. 265.

249 *Ibid.*, p. 266.

250 *Ibid.*, p. 267.

a otro, con el pretexto de optimizar su aplicación en un caso concreto. La discrecionalidad caracteriza a la etapa de la elección del principio prevalente, que puede realizarse bajo parámetros subjetivos y arbitrarios haciendo que la decisión sea acogida por quienes simpatizan con los intereses del juez, pero injusta para quienes no lo hacen²⁵¹. Con esto se afecta gravosamente la seguridad jurídica y la legitimación del sistema jurídico, pues la sociedad encuentra que las decisiones judiciales no se constituyen siempre como una respuesta confiable, sino que pueden verse afectadas por diversos intereses.

Para corregir las inconsistencias que Habermas detecta en el planteamiento de Alexy, se pretende alcanzar una reconstrucción racional del derecho vigente, en el cual la decisión jurídica de un caso concreto, será la correcta siempre y cuando se ajuste a un sistema coherente²⁵², para lo cual se acogen algunos planteamientos de Dworkin.

En opinión de Habermas, el concepto de derechos deontológicos que introduce Dworkin, permite reconciliar las decisiones judiciales con los fines de seguridad jurídica y racionalidad de la sentencia²⁵³. De esta forma, un caso tendrá solamente una respuesta correcta, vinculada a la normatividad para garantizar la seguridad jurídica, a través del uso de principios y derechos políticos que en la escala triádica del derecho gozan de validez y justicia²⁵⁴, con la pretensión de alcanzar una máxima de igual respeto para todos. De esta forma, un sistema jurídico compuesto de reglas y principios permite a cada miembro, la misma consideración y respeto.

En casos de colisión de principios, tendrá prevalencia aquel más apropiado para la solución, sin que el principio desplazado pierda validez. Para alcanzar la decisión correcta, se requiere entonces realizar una interpretación constructiva como método y, como contenido, será necesaria la elaboración de una teoría del derecho que reconstruya el derecho vigente y

251 MEJIA QUINTANA. El dilema histórico de la decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. Op. cit. p. 89.

252 HABERMAS. Op. cit., p. 304.

253 Ibid., p. 272.

254 Ibid., p. 273.

lo adjudique al caso bajo estudio²⁵⁵. Esta teoría, cuya construcción se encuentra a cargo del juez, supera la aparente indeterminación del derecho, al permitir en todos los casos, encontrar una solución correcta a través de la justificación de la sentencia en una teoría que, igualmente, puede variar de acuerdo al contexto en el que se requiera su elaboración, a fin de proyectarla como la mejor respuesta posible.

Lo anterior significa que el juez Hércules no es creador de derecho. Su labor se remite a la búsqueda, al descubrimiento de principios válidos para justificar su decisión de manera coherente²⁵⁶, de tal manera que no quepa duda de que es la única respuesta correcta.

Las decisiones judiciales también se ven influenciadas por el paradigma jurídico que rodea a cada caso en particular. Habermas señala claramente como ejemplos históricos, las ideologías jurídicas que representan los modelos liberal y social del Estado. Estos paradigmas, sirven de guía al juez Hércules, pues el paradigma contribuye a una comprensión integral de la respuesta correcta, a la que se adhieren los demás miembros del sistema jurídico²⁵⁷. La *comprensión procedimentalista del derecho*, en términos de Habermas, permite que la interpretación de un caso dentro de un determinado paradigma, pueda competir con una interpretación igualmente coherente pero a la luz de diversos paradigmas jurídicos.

Es decir que, la respuesta correcta puede ser una a la luz de los intereses del Estado liberal o de los intereses del Estado social, al encontrarse en paradigmas jurídicos cuyos rasgos principales son diferentes.

Sin embargo, la propuesta del juez Hércules tiene un carácter monológico al que Habermas plantea superar a través de una teoría de la argumentación jurídica, de un procedimiento argumentativo²⁵⁸ para buscar la única solución correcta a cada caso.

255 Ibid., p. 280.

256 Ibid., p. 282.

257 Ibid., p. 292.

258 Ibid., p. 299.

Este procedimiento argumentativo se caracteriza por²⁵⁹:

- Perspectivas de interpretación: estas son las interpretaciones que los diversos actores de un caso dan a cada situación, su percepción de la realidad, de tal manera que incluso puedan adaptarse por la otra parte, dejando de lado los intereses personales.
- Perspectiva del Juez: es la esencial para proferir la decisión correcta. Las perspectivas de interpretación de los diferentes actores contribuyen a la construcción de la teoría del caso por parte del operador judicial, sin dejar de lado argumentos de orden pragmático, ético y moral, en muchos casos.

Ahora bien, la interpretación ya había sido objeto de análisis en la propuesta de Dworkin, por lo que Habermas concluye que el juez realiza un ejercicio de adjudicación para darle a los principios en conflicto el peso correspondiente, a través de las etapas preinterpretativa, interpretativa y postinterpretativa. Así, la decisión judicial como única respuesta correcta, resulta un claro ejemplo de la concepción del derecho como práctica social e interpretación constructiva de la realidad²⁶⁰.

Sin embargo, aun cuando Habermas se adhiere a la tesis de la única respuesta correcta, considera que el juez Hércules debe entenderse como idea regulativa, parámetro rector en la actividad del operador judicial, de tal manera que su máximo ideal siempre sea proferir decisiones judiciales como las haría Hércules²⁶¹. Otro aspecto que destaca el autor, es el referente a la seguridad jurídica, concepto que debe adecuarse teniendo en cuenta que las normas y principios varían en razón a su evolución natural, su aplicación a un caso concreto, por lo que la seguridad jurídica, debe ser una seguridad procedimental que tenga en cuenta los hechos y circunstancias relevantes²⁶².

5.3.1. Aplicación al caso colombiano de la Tesis de las decisiones justas para todos, planteada por Jürgen Habermas.

259 Ibid., p. 302.

260 MEJIA QUINTANA. El dilema histórico de la decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. Op. cit., p. 89.

261 ARANGO, Rodolfo. Op. cit., p. 117.

262 Ibid., p. 119.

La colisión de principios se resuelve para Habermas acudiendo a elementos importantes que constituyen el concepto de derecho como integración entre la norma y la sociedad.

Por esta razón, el juez constitucional que se encuentra ante la presencia de principios de orden social que pueden entrar en pugna con principios de orden económico en la aplicación de un caso concreto debe argumentar su decisión teniendo en cuenta que la misma cumple una función sociointegradora que legitima el derecho vigente.

Para llevar a cabo esta integración, el juez debe realizar una interpretación constructiva partiendo del paradigma jurídico que caracteriza al ordenamiento jurídico, para este caso el Estado Social de Derecho, que se proclama abiertamente en la Constitución de 1991. Así, el juez en la reconstrucción racional del derecho vigente, ya encuentra un primer parámetro de aplicación y es la coherencia que la decisión judicial debe tener con el paradigma social. Bajo este panorama, la decisión judicial empieza a perfilarse en defensa de los principios constitucionales de orden social, que se constituyen como la principal característica de la fórmula política constitucional vigente.

En el desarrollo de la teoría que reconstruya el derecho y lo adjudique al caso concreto, el juez constitucional debe tener en cuenta que al interior del ordenamiento coexisten dos principios que se encuentran en tensión, principios que se encuentran dentro de la misma escala jerárquica y que, de conformidad con el paradigma jurídico, puede darse lugar a una adjudicación al caso concreto donde los derechos sociales sean prioritarios frente a los demás del sistema jurídico.

Para realizar la interpretación y llegar a la única respuesta correcta, el juez debe analizar diversas posturas:

En primera medida, la postura de aquellos miembros de la comunidad que ven afectados sus derechos sociales, o son defensores de los mismos. Este primer grupo puede tener argumentos como la exigencia de la cláusula social del Estado Social de Derecho, de tal manera que esta no termine siendo adorno literario, sino que su eficacia se vea reflejada en casos concretos donde el juez tenga en cuenta la garantía constitucional de los derechos

sociales, en cuanto a su efectividad material. Adicionalmente, la defensa de principios de orden social reconcilia a las autoridades estatales con la sociedad, y le imprime legitimidad a la decisión judicial en la medida en que la decisión resulta no solo justa para algunos, sino coherente y ajustada al paradigma social del ordenamiento jurídico.

En segunda medida, el juez deberá tener en cuenta los intereses opuestos, es decir, los principios de tipo económico que pueden verse afectados en el caso concreto. Como argumentos a favor, las medidas tendientes a proteger un principio de tipo económico en casos de colisión, pueden fundamentarse en la necesidad del Estado de garantizar la efectividad material de los derechos, lo cual no se hace solamente a través de la aplicación de la cláusula social, sino que requiere de un sustento económico, que permita al Estado asumir a cargo de las finanzas públicas el reconocimiento y financiación de estos derechos. Este planteamiento busca entonces vincular los derechos constitucionales reconocidos, con el presupuesto estatal necesario para su aplicación, de tal manera que se demuestre que, aun cuando el juez dé prioridad a un principio social, difícilmente en la práctica podrá garantizarse su prevalencia si el Estado no cuenta con los recursos financieros para ello.

Finalmente, el juez debe analizar su postura personal. El operador judicial en este punto ya ha reflexionado sobre las posiciones en conflicto y los derechos en juego, por lo que ahora debe llevar a cabo una adecuación de los principios (no sopesar), para establecer cuál de ellos se aplica de manera preferente a una situación, sin que lo anterior implique que el principio vencido pierda validez en el ordenamiento jurídico.

Es decir, que si en la búsqueda de decisiones justas para todos, se diera una aplicación preferente a principios de orden económico, bajo el argumento de bienestar general al disminuir el impacto fiscal en el Régimen de Pensiones, por ejemplo, lo anterior puede ser viable, sin que por ello deban sacrificarse los derechos adquiridos en materia pensional de los particulares involucrados en la tensión.

Por lo tanto, la decisión judicial debe adecuar el principio de sostenibilidad financiera a la búsqueda de una justicia para todos, lo cual no se logra al restringir los derechos en materia pensional. Pero si se respetan los derechos adquiridos y se limita únicamente el nacimiento

de nuevas prerrogativas, se estará apuntando a una decisión que sea consensuada y compartida por los demás miembros de la comunidad jurídica.

En suma, en la colisión de principios sociales, enfrentados a principios de orden económico en la aplicación de un caso concreto, el juez realiza una argumentación que considere como única respuesta correcta la expuesta anteriormente, es decir, aquella que respeta los derechos sociales (en materia pensional, en este ejemplo), aun cuando también mantiene vigente y aplica principios de orden económico (como la sostenibilidad fiscal) pero en una medida racional que alcance el fin perseguido por el legislador con la norma, pero no ponga en juego en el futuro derechos de orden social ya reconocidos por el ordenamiento.

6. CONCLUSIONES

Para demostrar el cambio en la tendencia frente a la colisión de principios en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional Colombiana y analizar en detalle los métodos para responder a esta tensión, fue necesario en primera instancia, acudir al origen y el panorama actual de la fórmula política vigente en la Constitución de 1991, conocida como Estado Social de Derecho.

Así, en el capítulo primero veíamos la coexistencia de dos formas de Estado en la Constitución 1991. La primera de ellas, que es también la protagónica y constitucionalmente expresa, es el Estado Social de Derecho que recoge el deseo del constituyente de poner en un primer plano la defensa de derechos sociales, garantizando constitucionalmente su efectividad y prestación en aras de incrementar el bienestar general de la población. Junto al Estado Social de Derecho, encontramos rasgos del Estado de Derecho –Estado Liberal en algunos artículos dedicados a regular la vida económica de la Nación, principalmente.

Al realizar este recorrido teórico se concluye que, en la Constitución de 1991 coexisten dos formas de Estado, cuyas características permiten el nacimiento de diversos principios constitucionales que pretenden establecer parámetros de observancia frente a múltiples aspectos en materia social, económica, cultural, política, participativa, entre otros. Los principios constitucionales, provienen del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho, fórmulas políticas que aun cuando conservan rasgos en común, tienen diferencias sustanciales en cuanto al concepto de derecho y su consecuente materialización. Por esta razón, aun cuando los principios gozan de la misma jerarquía dada su ubicación en el texto constitucional, la diversidad de materias que regulan puede resultar contradictoria en un caso concreto, que obliga al juez a elegir entre dos principios que ofrecen un resultado diferente y opuesto al ser aplicados a la misma situación.

Teniendo en cuenta el protagonismo que los principios jurídicos han adquirido en el derecho interno, con mayor auge desde la creación de la Corte Constitucional, en el segundo capítulo de la tesis, se describió en detalle la discusión sobre los principios y su

importancia en el ordenamiento jurídico, su distinción con las reglas jurídicas, el estado actual de los principios tanto en la Constitución de 1991, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, finalmente, se analizó la teoría de la colisión de principios.

De este apartado se concluye, para empezar, la innegable relevancia que los principios jurídicos juegan en el derecho contemporáneo. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional acude, de manera constante, a los principios jurídicos como parte de una visión conjunta del ordenamiento jurídico que le otorgue a sus decisiones judiciales una coherencia con la realidad social, buscando armonizar los fines del Estado Social de Derecho y la legitimidad de las decisiones. Además de los principios, las reglas jurídicas también hacen parte esencial del ordenamiento jurídico, aun cuando la antinomia entre reglas requiera de una solución diferente.

Cabe anotar que los principios jurídicos han sido considerados como la puerta de entrada a la conexión entre el derecho y la moral, teoría que fuera negada en el pasado por los principales representantes del positivismo jurídico. Así como el concepto de derecho ha tenido una evolución en la que se destacan escuelas principales como el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, también la aplicación del derecho a la vida en sociedad, pasó de ser un rígido silogismo compuesto exclusivamente por el hecho, la norma aplicable y la consecuencia jurídica, a ser el producto de la interpretación jurídica del operador judicial, en la cual los principios jurídicos, el contexto histórico y otras variables de tipo social, político, económico y en general, multidisciplinar, dejaron de ser elementos excluidos del razonamiento judicial para, por el contrario constituir un sistema integrador del cual puede extraerse la solución judicial más completa para un caso determinado.

Otro aspecto que requiere de especial mención, es que los principios no son antagónicos en forma abstracta. El constituyente primario y el legislador han pretendido que las normas de carácter constitucional sean interpretadas de forma armónica y en procura de alcanzar en la máxima medida posible, los fines esenciales del Estado. Los principios jurídicos, entonces, son parámetros que pretenden guiar la actividad de las autoridades estatales en todas sus ramas, respecto de los demás miembros de la comunidad de manera general. En este orden

de ideas, principios y/o derechos sociales son interpretados junto a principios y parámetros de orden económico, en una lectura integradora del texto constitucional que de manera abstracta contribuye al bienestar general de la población y al respeto por los derechos y garantías constitucionales.

Ahora bien, los principios pueden entrar en colisión cuando concurren en casos concretos, ofreciendo una respuesta contradictoria, con consecuencias que irremediablemente favorecen un modelo ideológico como el social o el económico.

Otra conclusión importante del estudio de los principios jurídicos y su importancia en la Constitución de 1991 es la de la tendencia a reformas constitucionales de tipo económico, preferencialmente. Es decir, si bien la Carta de 1991, fue inicialmente proclamada como precursora y garante de los derechos sociales, en el transcurso de los años las reformas constitucionales más relevantes se han enfocado en limitar constitucionalmente estas prerrogativas, tal como pudo observarse en los cambios efectuados a través del Acto legislativo 01 de 2005 y el Acto legislativo 03 de 2011. Entonces, aun cuando el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra dentro del bloque de constitucionalidad²⁶³; en la práctica ha sido mayor la producción normativa que incorpora al texto constitucional restricciones puntuales a derechos adquiridos en materia pensional, por ejemplo, además de la elevación a rango constitucional de la sostenibilidad fiscal, como parámetro regulador de la actividad de todas las autoridades estatales. En materia de reformas constitucionales en suma, sí se ha presentado un interés visible y creciente por defender y dar prevalencia a intereses de orden económico, vistos en el texto constitucional como principios o parámetros reguladores.

Al respecto, la Corte Constitucional, como defensora de la Constitución de 1991, ha empezado a dar una lectura integral de la Carta Política, siendo necesario el análisis de intereses de orden tanto social como económico en el fundamento de sus decisiones judiciales. Tal como se desprende de la línea jurisprudencial realizada en el artículo tercero, donde se veía la posición de la Corte Constitucional en múltiples fallos que enfrentaban

263 Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao P.

derechos sociales con principios de orden económico que limitan su efectividad, la alta corporación ha optado por la siguiente tendencia. En primera medida, cuando los derechos sociales son también derechos fundamentales o han sido considerados como tal por el precedente jurisprudencial, se ha dado prevalencia a estos principios frente a los económicos, mostrando como no existen medidas de tipo económico que justifiquen una limitación o afectación de su prestación. Igualmente, la reforma que realizó el Acto legislativo 03 de 2011, mediante el cual según su epígrafe “se establece el principio de sostenibilidad fiscal”, es enfática en señalar que ninguna rama del poder público podrá, en virtud del principio de sostenibilidad, fiscal, menoscabar, restringir o limitar, ninguno de los derechos fundamentales.

No obstante, es válido cuestionarse sobre cuál es la suerte de los derechos constitucionales que no gozan de este carácter fundamental. Al respecto, la Corte Constitucional, en el estudio de jurisprudencia realizado líneas atrás, ha presentado un cambio en la argumentación de las decisiones judiciales que no excluye las motivaciones de tipo económico, cuando estas entran en conflicto con intereses de orden social, que no se materializan expresamente en derechos fundamentales.

Es decir que, cuando el juez constitucional ha realizado un ejercicio de ponderación de principios para establecer cuál de ellos prevalece en un caso concreto, donde se encuentran en colisión principios de orden social y económico, da prioridad a los principios que están representados en un derecho fundamental. Pero cuando en la colisión de principios no existe en ningún extremo la necesidad de ponderar un derecho fundamental, porque este no está presente ni en riesgo en el caso concreto, la Corte debe tomar una decisión ya sea a favor de un principio o derecho de tipo social, prestacional, pero no fundamental, o a favor de un principio o parámetro rector en materia económica. En este último evento, la Corte Constitucional concluyó en la jurisprudencia reciente, que los derechos no son absolutos, y que la sostenibilidad fiscal es una herramienta que le permite al Estado alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, por lo que una interferencia en un derecho de tipo social es una medida que reúne los requisitos del juicio de proporcionalidad, al ser idónea, necesaria, y una forma inevitable para proteger las finanzas públicas, que busca como fin último que

la consolidación del erario público se traduzca en una mayor cobertura de derechos que requieren de una prestación asistencial, en pro del bienestar general de la población y de una efectividad material de los derechos consagrados en la Constitución.

Igualmente, quedó demostrado que el método preferido por la Corte Constitucional es la ponderación planteada por Robert Alexy. De hecho, en las decisiones judiciales en las que la Corte realizó abiertamente un juicio de ponderación, no se evidencia siquiera el planteamiento de un método diferente al del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que reúne todas las etapas del planteamiento de Alexy.

Cabe anotar que, en muchos de los casos objeto de análisis la alta corporación no reconoce de manera directa la existencia de una tensión entre principios, como por ejemplo en la sentencia C- 258 de 2013, en la cual se considera que no existe colisión entre los derechos adquiridos en materia pensional y el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, elevado a rango constitucional con el Acto legislativo 01 de 2005. Aun en estos casos, la Corte Constitucional realiza lo que puede denominarse como una “ponderación implícita” en la que justifica ya no la prevalencia de un principio sobre otro, sino cómo un principio es el que requiere de defensa y aplicación por parte del juez constitucional (la sostenibilidad financiera en materia pensional, en este caso), porque el otro no se ve afectado a juicio de la Corte (los derechos adquiridos en materia pensional), por lo que no requiere un ejercicio formal de ponderación.

Frente al tema, es más alta la probabilidad de activismo judicial en los casos en los que el juez constitucional, rechaza de plano la existencia de una colisión de principios y en su lugar, de manera indirecta prevalece la aplicación de un principio sobre otro. Así, el operador judicial pretermite, al considerarla innecesaria, la realización de un juicio de ponderación, con lo que termina eligiendo de acuerdo con su formación jurídica, su conjunto de valores éticos e incluso, de acuerdo a los intereses que según sus juicios internos deben prevalecer en el caso concreto.

Finalmente, frente a las propuestas teóricas que plantean Robert Alexy, Ronald Dworkin y Jürgen Habermas, para enfrentar y dar respuestas a los casos de colisión de principios, conviene realizar las siguientes precisiones.

Para Robert Alexy y su método de la ponderación de principios, el elemento clave es la concepción de principio jurídico como mandato de optimización, es decir, parámetro a realizarse en la mayor medida posible, con lo que se abre la posibilidad a que en la práctica los principios dentro del ordenamiento jurídico sigan siendo válidos, aun cuando ineficaces como mandatos de optimización ante la imposibilidad de realización efectiva en todos los casos. En la ponderación, el juez debe analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, filtros requeridos para establecer si una decisión judicial que prevalece un principio sobre otro, es coherente con los fines sociales del Estado y la interpretación que el juez realice de los mismos en el caso concreto.

A diferencia de Alexy, para Dworkin y Habermas, existe la posibilidad de una sola respuesta correcta, en la medida en que la decisión garantice decisiones justas para todos y no solamente buenas para algunos. Particularmente Dworkin reconoce la importancia de los derechos individuales, de los derechos como triunfos, por lo que es enfático en señalar que tomarse verdaderamente los derechos en serio implica evitar un desconocimiento de los mismos bajo justificaciones como el interés general o colectivo. Advierte el autor que la igualdad, como virtud suprema del ordenamiento jurídico, no puede desconocerse para dar un trato diferente a los derechos individuales frente a los colectivos.

Este es el punto diferenciador de las teorías frente a la colisión de principios, que inclina a la Corte Constitucional a elegir el método de la ponderación sobre otras alternativas de solución. La Carta de 1991 es tajante en señalar que uno de los principios fundamentales del Estado colombiano es la prevalencia del interés general, de la prosperidad general, parámetro de observancia en sus decisiones judiciales por lo que resulta bastante compleja la posibilidad de que en el futuro se utilice un método de ponderación diferente.

Al analizar de manera conjunta los constructos teóricos de Alexy, Dworkin y Habermas, cabe anotar sin embargo que ninguna de estas propuestas supera por completo la

posibilidad de injerencia de valores subjetivos o éticos en la decisión judicial que dirima una tensión entre principios. Tanto en el juicio de la ponderación, como en la labor interpretativa que adelanta el juez Hércules, tienen cabida las apreciaciones internas del operador judicial que, si bien tiene parámetros que estructuran o limitan su actividad en uno y otro caso, sin duda es un protagonista que en la sentencia debe interpretar el *ethos* constitucional aplicado a un caso concreto.

No se trata, en definitiva, de elegir una teoría como única posible y desechar los aportes de las demás. Con mayor razón, la elección de una teoría que prevalezca sobre las otras, carece de sentido práctico más allá del ejercicio académico, pues a nivel constitucional no existe una norma que conmine a las altas cortes a aplicar un método específico que resuelva los casos de colisión de principios. Incluso, si en el futuro este evento tuviera lugar, su eficacia para dirimir las tensiones entre principios sería sospechosa, al limitar en demasía la actividad judicial del juez a través de un único método de ponderación. Por esta razón, resulta de mayor provecho dejar abierta la reflexión sobre el aporte de cada una de las teorías objeto de estudio y adicionalmente, adherirse a la invitación de Dworkin para que el juez constitucional, logre en el ejercicio de su actividad judicial, adaptarse a la tarea retadora de pensar en todo momento como un Juez Hércules.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. BULYGN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2001.
- ALEXY, Robert. De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. En: La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2014.
- ALEXY, Robert. Interpretación jurídica y discurso racional. En: Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ALEXY, Robert. La fórmula del Peso. En: El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. Noviembre de 2007.
- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y filosofía del Derecho No. 28. Agosto de 2003.
- ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá D.C. Siglo del hombre Editores. 1999.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de filosofía del derecho DOXA. Universidad de Alicante. 1989. Consultado en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf> [citado 01 de septiembre de 2015]
- ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Bogotá D.C. Universidad Libre. 2010.

- BENDA, Ernesto. Manual de Derecho Constitucional. El Estado Social de Derecho. 2 ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons S.A, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá D.C: Editorial Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos. Ronald Dworkin y el derecho como práctica argumentativa. En: Revista ámbito jurídico. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130227-14ronald_dworkin_y_el_derecho_como_practica_argumentativa/noti-130227-14ronald_dworkin_y_el_derecho_como_practica_argumentativa.asp?Miga=1. [citado 01 de septiembre de 2015]
- BERTHIER, Antonio E. Jürgen Habermas; El Giro Lingüístico de la sociología y la Teoría Consensual de la Verdad. En: Revista observaciones filosóficas, México D.F. Disponible en: <http://www.observacionesfilosoficas.net/jurgenhabermas.html>. [Citado 01 de septiembre de 2015]
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá D.C: Editorial Temis. Tercera Edición. 2007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid. Editorial Trotta S.A. 2000.
- BROEKMAN, Jan M. Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Bogotá D.C. Editorial Temis. 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. Racionalidad y Eficiencia del Derecho. Segunda Edición. Editorial Fontamara S.A. México D.F. 1997.
- CARDENAS GRACIA, Jaime. Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial. En: Interpretación Constitucional. México D.F. Editorial Porrúa. 2002.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La Ponderación de Derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. En: La Ponderación en el Derecho. Eduardo Montealegre Lynett (Coordinador). Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Primera Edición. Octubre de 2008.

- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas. Reflexiones con ánimo constructivo. Ponencia presentada en: XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. 18, 19 y 20 de febrero de 2004. Consultado en: http://economia.uniandes.edu.co/content/download/15399/96678/file/Las_sentencias_de_la_corte_CEPEDA.pdf. [Citado el 24/04/15].
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas Constitucionales. Bogotá D.C: Editorial Legis, 2007.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Consultado en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. [10/09/2015]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 074 de 1993. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. Auto A – 017 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 236 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 328 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 1287 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 1064 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 1064 de 2001. Salvamento de Voto por los magistrados: Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 111 de 2006- Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 1287 de 2001. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 139 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 1433 de 2000. Magistrado ponente. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 168 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 227 de 2004. Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 228 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao P.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 258 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 288 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 504 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 608 de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 776 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 815/1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 865 de 2004. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 931 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 931 de 2004. Salvamento Parcial de Voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Renteria Y Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 425 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 426 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 505 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-446 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 655 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. El concepto de derecho subjetivo. México D.F: Distribuciones Fontamara S.A, 2004.
- DE VERGOTINNI, Guisepppe. Las Transiciones Constitucionales. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- DUEÑAS RUIZ, Oscar José, Lecciones de Hermenéutica Jurídica. 6 ed. Bogotá D.C: Editorial Universidad del Rosario, 2011.
- DWORKIN, Ronald. El imperio de la Justicia. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. 1992.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Sexta reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 2007. Prólogo A. Calsamiglia.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Sello Editorial Universidad de Tercera Edición. 2011. p. 28.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional?. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, 56ª Edición, 2004.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo. 2 ed. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- HERREÑO HERNÁNDEZ, Ángel Libardo. ¿Todo o Nada? Principio de integralidad y derechos sociales. Bogotá D.C: Publicaciones ILSA, 2008.
- KELSEN, Hans. El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica. en Teoría Pura del Derecho. México: Editorial Porrúa, 1997 (1960).
- KOCH, Hans-Joachim. La base teórico normativa de la ponderación. En: La ponderación en el derecho, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2014.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María. Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado. Madrid: Editorial Trotta, 1992.
- LUHMANN Niklas, La clausura operativa del sistema del derecho (VIII-IX) en el Derecho de la Sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MACCORMICK, Neil. Derecho legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política. Traducción de María Lola Gonzalez Soler. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1990.
- MADRIÑÁN, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho. Bogotá D.C. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. 1997.

- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Controversias Constitucionales. Bogotá D.C: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Bogotá D.C. En: Pontificia Universidad Javeriana. Volumen I. 2005.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar Eduardo. El dilema histórico de la decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. En: Revista Panameña de Política, No. 14 - CIDEM Panamá. 2012. Consultado en: <http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2013/05/EL-dilema-hist%C3%B3ricoRPP14.pdf> . [28/08/2015].
- MEJÍA QUINTANA, Oscar y GALINDO POBLADOR, Carolina. La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91, en Jairo Estrada (ed.) Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina. Bogotá. D.C: Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. Justicia, Legitimidad y Constitución: Las Condiciones de la Paz Desde la Filosofía Política de John Rawls. En: Pensamiento Jurídico, No. 26. Bogotá D.C: Universidad Nacional De Colombia, 2009.
- MENDIVIL GUZMÁN, Pedro Gabriel y FERRER HERRERA, María Angélica. Perspectiva de los Derechos Sociales en el Estado Constitucional: Insuficiencia de sus garantías. Barranquilla: Tarudiaz S.A.S, 2013.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La Corte Constitucional, Autoridad Económica. En: Corte Constitucional y economía. Carlos Mario Molina Betancur (Compilador). Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Primera Edición. 2010.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Constitución y vivienda. Estudio sobre liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2006.
- MORESO, Jose Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. En: Derechos sociales y ponderación. Madrid – México. Editorial Fontamara. 2010.
- NINO, Carlos. Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino. Editorial Emecé, Buenos Aires, 1992.

- PERONA, Ángeles J. Entre el Liberalismo y la Socialdemocracia. Popper y la sociedad abierta. Barcelona: Editorial Anthropos, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Primera reimpresión. Lima. Palestra Editores. 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Ley, Principios, Derechos. Madrid. Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid. 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. Comentario al libro “Los derechos en serio” traducción de Marta Guastavino, prólogo de Alberto Calsamiglia. Editorial Ariel, Barcelona, 1984. Disponible en: <http://Dialnet-TeoriaDelDerechoYFilosofiaPoliticaEnRonaldDworkin-241940.pdf>. [citado 01 de septiembre de 2015]
- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 215/1994. Citada en, RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial). Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1995.
- STONE, Alec y MATTHEWS Jud. Proporcionalidad y Constitucionalismo. Un enfoque comparative global. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- TORRES ÁVILA, Jheison. El mandato del Estado Social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomás, 2012.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés Abel. Interpretación Judicial (2ª edición), Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Universidad Nacional de Colombia. 2006.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Justicia Constitucional, Derechos Sociales y Economía: Un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (I PARTE). En: Revista Pensamiento Jurídico No. 13. Universidad Nacional de Colombia. 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo. Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En Hermenéutica Jurídica. Bogotá D.C: Ediciones Rosaristas, 1997.

- UPRIMNY, Rodrigo; RODRIGUEZ G, César; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo Editorial Norma. Primera edición. Bogotá D.C. 2006.
- VALADÉS, Diego. Problemas Constitucionales del Estado de Derecho. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011.
- VALENCIA AGUDELO, Darío. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, Revista No. 18. Medellín: Universidad EAFIT. Consultado en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/view/2011/2014>. [10/09/2015]
- VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. Derecho Constitucional. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2001.
- VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalización y Judicialización del Derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- ZULUAGA, Oscar Iván, et al. La sostenibilidad fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Notas Fiscales, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Boletín No. 3. Enero de 2011.