

*Felipe Alejandro Galvis Castro\**

## **Activismo judicial y emancipación social: notas a partir de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina**

### **Resumen**

En este artículo se hace un análisis del papel emancipador de la intervención de la justicia constitucional en los procesos de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas dispuestas para el respeto, la protección y la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en Colombia y en Argentina. Con ese propósito en este trabajo (1) se hace una breve reconstrucción del estado del arte acerca de la relación entre activismo judicial y emancipación social, así como sobre el papel de los tribunales constitucionales en la realización de los DESC, mediante intervenciones judiciales en las que se examina la adecuación de políticas públicas conforme a los estándares internacionales y constitucionales sobre este tipo de garantías; (2) se presentan los resultados de una serie de entrevistas realizadas a diversos actores sociales acerca del rol de la justicia constitucional en la garantía de los DESC y del impacto de sus intervenciones en los procesos de movilización social; (3) por último, se hace una valoración de una experiencia en particular: el impacto de las paradigmáticas sentencias de 1999 sobre la inconstitucionalidad del sistema de financiación de vivienda, en el movimiento de promoción y garantía del derecho a la vivienda digna en Colombia.

### **Palabras clave**

Corte Constitucional, Corte Suprema Argentina, movimientos sociales, estudios comparados, activismo judicial, políticas públicas, exigibilidad de derechos, derechos humanos.

### **Abstract**

In this article the author makes an analysis of the emancipatory role of the constitutional justice's intervention in the processes of formulation, implementation and evaluation of the public policies regarding the respect, protection and fulfillment of the Economic, Social and Cultural Rights (ESCR) in Colombia and in Argentina. With this objective, in this work the author makes (1) a brief reconstruction of the condition of the art about the link between judicial activism and social emancipation, and about the role of the constitutional courts in the fulfillment of the ESCR, by means of judicial interventions in which there is examined the adequacy of public policies, based on the international and constitutional standards on this type of rights; (2) the results of several interviews realized to diverse social actors about the role of the constitutional justice in the realization of the ESCR and about the impact of its interventions in the processes of social mobilization; (3) an evaluation of one particular experience: the impact of the paradigmatic 1999's decisions about the unconstitutionality of the housing financing system, in the movement of promotion and fulfillment of the right to the worthy housing in Colombia.

---

\* Abogado investigador de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Económico y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

## Key words

Colombian Constitutional Court, Argentine Supreme Court, social movements, comparative studies, judicial activism, public policies, rights justiciability, human rights.

## Introducción

Este artículo es el resultado de la investigación que realice, bajo el amable auspicio del Programa Regional de Becas CLACSO – ASDI, y que tenía como propósito recoger la opinión de organizaciones de la sociedad civil, académicos y funcionarios públicos, acerca del papel de la justicia constitucional en Argentina y Colombia, en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas para la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (En adelante DESC<sup>1</sup>), así como el impacto de este tipo de intervención judicial en los procesos organizativos y de movilización de las organizaciones de la sociedad civil.

La inquietud de adelantar una investigación de este tipo encuentra su origen en la revisión de la literatura acerca de la ya tradicional discusión sobre las posibilidades de utilizar el derecho con fines emancipatorios. En efecto, buena parte de la literatura de los estudios críticos del derecho (CLS) se ha ocupado del debate acerca de los efectos de la judicialización de la política, a través de la canalización de las demandas sociales mediante el discurso de los derechos. En este sentido, la literatura norteamericana, sólo para mencionar un ejemplo, cuestiona el movimiento por los derechos civiles que finalmente obtuvo reconocimiento judicial en la emblemática sentencia *Brown Vs. Board of education*, pues habría conducido a la desarticulación del movimiento, por la vía de la judicialización del conflicto y la desagregación de las aspiraciones sociales, dado el carácter “individualista” de los recursos judiciales (García Villegas, 2006).

Esta discusión está a la orden del día y se expresa en el dilema al que frecuentemente se enfrentan las organizaciones de la sociedad civil, de todo tipo, sindicatos, organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, asociaciones de usuarios de servicios públicos, etc, que se debaten entre la movilización y la acción política, de un lado, y la utilización de los mecanismos judiciales que ofrece el derecho para la tramitación de sus pretensiones, del otro.

Este artículo no se propone presentar la incidencia política y las acciones judiciales como dos cursos de acción excluyentes el uno del otro, sino constatar la existencia de tensiones y de complementariedades entre ellas.

---

<sup>1</sup> Entiendo por Derechos económicos, sociales y culturales el catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante el PIDESC), por ejemplo, el derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar en la vida cultural. Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan como en la tradición constitucional se habla de “derechos sociales” y en el derecho internacional de los derechos humanos se denominan “derechos económicos, sociales y culturales (Abramovich y Courtis, 2002; 19). En consecuencia en este trabajo se utilizarán indistintamente las dos expresiones.

Ahora bien, las razones que llevan a abordar esta cuestión en el área particular de los DESC, remiten a los retos y a las oportunidades del trabajo en este tipo de derechos, tal como lo señala Gerardo Pisarello:

“La elección de los derechos sociales como campo específico de aplicación de este marco responde a razones tanto teóricas como prácticas. Por un lado, porque los derechos sociales constituyen el aporte acaso más relevante del constitucionalismo del siglo que fenece. Desde el punto de vista de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan retos mayores para los operadores constitucionales en la medida en que inciden sobre el modelo socioeconómico. Por otra parte, porque, paradójicamente, a la relevancia institucional y social de la constitucionalidad de estos derechos se opone una llamativa pobreza en el desarrollo de los mecanismos de protección de los mismos, lo que a su vez suele traducirse en una actitud confusa o resignada de la doctrina y la jurisprudencia a la hora de explicar o de ocultar dicha carencia” (Pisarello, 2004; 115).

En esa perspectiva, se presentan a continuación los resultados de la investigación de la siguiente manera: En la primera parte, se hace una breve reconstrucción del estado del arte acerca de la relación entre activismo judicial y emancipación social, así como sobre el papel de los tribunales constitucionales en la realización de los DESC, mediante intervenciones judiciales en las que se examina la adecuación de políticas públicas conforme a los estándares internacionales y constitucionales sobre este tipo de garantías; (2) se presentan los resultados de una serie de entrevistas realizadas a diversos actores sociales acerca del rol de la justicia constitucional en la garantía de los DESC y del impacto de sus intervenciones en los procesos de movilización social; (3) por último, se hace una valoración de una experiencia en particular: el impacto de las paradigmáticas sentencias de 1999 sobre la inconstitucionalidad del sistema de financiación de vivienda, en el movimiento de promoción de la garantía del derecho a la vivienda digna en Colombia.

### **Activismo judicial y emancipación social**

Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas, en su trabajo denominado *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia* se preguntan por el impacto que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como herramienta de “emancipación contrahegemónica” (no sin advertir el contrasentido que puede suponer un proyecto contrahegemónico adelantado a través de una institución del “Estado liberal capitalista contemporáneo”). En este propósito Uprimny y García, hacen un recuento del debate teórico entre quienes, desde la sociología jurídica, defienden la posibilidad de obtener cambios sustanciales a través del derecho, y quienes, a partir de los *Critical Legal Studies*, la cuestionan (Uprimny y García, 2002; 468).

Así, tras presentar la razones que han permitido el desarrollo de un “activismo judicial” por parte de la Corte Constitucional, Uprimny y García hacen un análisis “empírico” del impacto de las decisiones de la Corte con base en entrevistas. A partir del estudio de la experiencia del movimiento indígena, del movimiento sindical, de los derechos de los homosexuales y de los

movilizaciones de los deudores hipotecarios, Uprimny y García concluyen que “la movilización social derivada de algunas decisiones de la Corte ha sido notable”, contribuyendo a forjar la identidad política de algunos actores y estimulando “un espíritu anticonformista”<sup>2</sup>.

Posteriormente, Mauricio García Villegas y María Paula Saffon hacen una valoración del “activismo” de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC durante el periodo 1992 – 2006, en el trabajo denominado *Is there hope in judicial activism on social rights? - ¿Hay esperanza en el activismo judicial en derechos sociales?* - (García y Saffon, 2007). En esta oportunidad, García y Saffon presentan un análisis de los fallos de tutela en materia de derechos sociales, concluyendo que tan sólo el 11% de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional podrían ser consideradas verdadero activismo judicial en materia de DESC. Los restantes fallos de la Corte, a juicio de García y Saffon, no serían activismo judicial alguno, pues en muchos de ellos simplemente se ordena la ejecución de una prestación a la que los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho en virtud de alguna disposición legal (20%), o son negadas las peticiones de amparo (18%) o a pesar de ser concedida la protección constitucional, ésta se refiere a derechos sociales en general y no a “derechos sociales en estricto sentido” (“*welfare state rights in a strict sense*”), es decir, las decisiones protegen derechos que no suponen la entrega de un subsidio o la prestación de un servicio a cargo del Estado, en beneficio de un individuo o grupo de individuos (7%)<sup>3</sup>.

#### **Justicia constitucional y políticas públicas en DESC<sup>4</sup>**

Como lo señala Rodrigo Uprimny, el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana ha tenido en general dos facetas: (1) una interpretación amplia de sus facultades en examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales, y (2) una interpretación progresiva de los textos constitucionales, que la llevó en varias oportunidades a una activa intervención en temas de política económica y social (Uprimny, 2006; 4). Estas dos facetas le han permitido a la Corte intervenir en no pocas ocasiones en asuntos relacionados con el diseño, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas públicas (en algunos casos relacionadas con la garantía de los DESC), a partir de estándares jurídicos nacionales e internacionales.

---

<sup>2</sup> Adicionalmente Uprimny y García hacen una propuesta metodológica para estudiar la materia, y definen los factores que deben ser advertidos en el análisis de la relación entre “derecho judicial progresista y emancipación social”: “(1) el tipo de decisión judicial; (2) el tipo de contexto social en el que se toma la decisión; (3) el tipo de actor social que recibe la decisión; (4) el tipo de estrategia predominante en la lucha del actor social; (5) el tipo de entorno internacional en el que se desarrollan las prácticas emancipatorias” (Uprimny y García, 2002; 496). Esta propuesta metodológica así como varias de sus reflexiones son ligeramente modificadas y desarrolladas por Rodrigo Uprimny Yepes en un trabajo posterior (Uprimny, 2006; 20).

<sup>3</sup> En esto, tanto García y Saffon como Uprimny siguen la conceptualización que de los DESC hace Rodolfo Arango Rivadeneira desde la filosofía analítica, en su trabajo *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Para Arango, los DESC son derechos de prestación en sentido estrecho o derechos a (sólo) acciones fácticas positivas (Arango, 2005). En este artículo por el contrario, se sigue la línea argumentativa de los trabajos de Víctor Abramovich y Christian Courtis, quienes sostienen que los derechos sociales incluyen tanto obligaciones positivas como deberes de abstención (negativos). La idea de reducir los derechos sociales a acciones positivas ha sido tradicionalmente funcional a las posturas que niegan la juridicidad y la justiciabilidad de los mismos, y que oponen las restricciones de carácter fiscal y presupuestal a su reconocimiento y eficacia.

<sup>4</sup> “La política pública, en este momento histórico, la podemos entender como el conjunto de sucesivas decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas, que pretenden la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables” (Vargas, 2007; 11).

Al respecto es necesario recordar que en materia de derechos sociales el orden jurídico internacional es abierto, en tanto reconoce a los Estados un margen para la discusión e implementación de variados cursos de acción, dentro de diversas alternativas de política, pero no es en absoluto neutro, pues traza unos parámetros que deben ser atendidos en la adopción de las medidas respectivas<sup>5</sup>. Son justamente los estándares internacionales acerca de las obligaciones estatales y sobre los componentes de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), los que permiten definir los criterios para la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas en materia de derechos sociales<sup>6</sup>. Así, se logra tender puentes entre el derecho internacional de los derechos humanos y el análisis de las políticas públicas, y en un sentido más general, entre el derecho y la política (Abramovich, 2006; 20).

De esta manera, conforme a las obligaciones que le competen a los Estados parte del PIDESC, entre los cuales se cuentan Colombia y Argentina, difícilmente podrá decirse que éstas pueden ser satisfechas con una actitud pasiva por parte de las autoridades públicas, a través del libre desarrollo de las fuerzas del mercado. Por el contrario, las obligaciones contraídas a la luz del PIDESC exigen del Estado un compromiso serio y consistente en la creación de programas específicos en materia de derechos sociales, al tiempo que traen como corolario lo que algunos han denominado un meta-derecho a políticas públicas en materia de DESC<sup>7</sup>.

De ahí la importancia de la labor de la justicia constitucional, que ante situaciones de escasa intervención de los poderes legislativos y de la rama ejecutiva en el desarrollo de los derechos

---

<sup>5</sup> Tanto la Constitución Política colombiana, como el PIDESC, conforme a la interpretación del Comité, son textos abiertos pero no neutros en cuanto a las medidas que deben ser adoptadas para la realización de los derechos sociales. Respecto de las normas de la Constitución Política señalan Uprimny y Rodríguez: “En efecto, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías democráticas pueden optar por muy diversas políticas económicas y sociales (lo que muestra que la Constitución de 1991 es abierta), no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben [...] respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos (Sentencia C – 040 de 1993)” (Uprimny y Rodríguez, 2007). Algo semejante ocurre en el campo del derecho internacional de los derechos humanos como lo ha advertido el Comité de DESC: “Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la “propiedad” de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más “apropiadas” a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3. 1990. La índole de las obligaciones estatales. Párrafo 4.

<sup>6</sup> Buena parte del debate actual en materia de DESC tiene que ver con la construcción de indicadores para la verificación del cumplimiento de las obligaciones estatales y para asegurar el respeto, protección y satisfacción de los elementos que componen cada uno de los derechos reconocidos en el PIDESC, conforme a la interpretación del CDESC. Lo anterior se advierte en documentos como: 18ª Reunión de los presidentes de órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos. Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006. HRI/MC/2006/7 y Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Oea/Ser/L/V/Ii.129 Doc. 5. 5 Octubre 2007. Washington, D.C. 2007 (OEA, 2007).

<sup>7</sup> “Al respecto, Amartya Sen se refiere al derecho a políticas públicas (metaderechos) como concepto que alude a la exigibilidad de aquellas políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos sociales, de tal forma que sea posible armonizar la justiciabilidad de reclamos particulares y concretos con la exigibilidad de políticas estructurales claramente encaminada a la realización de derechos sociales” (Parra Vera, et. al, 2008)

sociales, ha adquirido un papel protagónico, al asumir “en serio” los compromisos internacionales de los estados. Precisamente, buena parte de las intervenciones de los tribunales en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas en materia de derechos sociales, se ha realizado a partir de los estándares internacionales, que han llegado a convertirse en verdaderos referentes de política pública. De esta forma, los jueces constitucionales han terminado reclamando para sí un nuevo rol dentro de las democracias contemporáneas, confrontando a las restantes instancias del poder público con las obligaciones estatales en DESC, y participando de forma creciente en todo el ciclo de políticas públicas<sup>8</sup>.

*Modalidades de intervención de los tribunales constitucionales en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas en derechos económicos, sociales y culturales.*

Víctor Abramovich, en su artículo denominado *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, plantea diversas formas en las que la acción judicial de protección de derechos (ya sea civiles y políticos o sociales) puede devenir en una manera legítima de participación política, sin que ello constituya una exclusión o debilitamiento de otras formas de expresión política, sino que por el contrario se trata de estrategias complementarias:

“Por eso es erróneo pensar las estrategias legales como excluyentes de otras estrategias de incidencia política, o plantear una disyuntiva entre actuar en tribunales o hacerlo en la esfera pública política. En principio toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneos, tiene un claro sentido político” (Abramovich, 2007; 9 – 33).

Si bien el propio Abramovich admite que el diseño e implementación de políticas públicas corresponde por principio a la rama legislativa y a la ejecutiva, en casos excepcionales (aunque no por eso poco frecuentes), los jueces cuentan con la facultad de hacerlo ante la inactividad de tales instancias. En estos casos, con el fin de evitar el desbordamiento, los jueces deben incorporar en sus fallos criterios (reglas de juicio) como la razonabilidad, adecuación o igualdad, o con base en los contenidos mínimos que pueden venir incluidos en las propias normas que fijan derechos.

Con esa perspectiva Abramovich reconoce cinco tipologías de providencias judiciales que constituyen una participación de los jueces (y de forma indirecta o mediada de los accionantes) en la configuración de políticas públicas, las cuales fundamenta en *leading cases* alrededor del mundo: (1) “juridificar” una decisión de política pública, transformando en obligación “legal” una decisión de la administración; (2) Examinar la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable (nacional o internacional) y determinar la idoneidad de aquella para satisfacer el derecho en cuestión. En este caso, si el tribunal estima que la política pública no es idónea “reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que la reformulen” (Abramovich, 2007; 19); (3) fijar un marco de acción dentro del cual la administración debe implementar medidas concretas, o incluso determinar de forma precisa la conducta que resulta conducente, en aquellos casos en los que el tribunal se vea obligado a “valorar él mismo el tipo de medida que se

---

<sup>8</sup> El ciclo de las políticas públicas corresponde a la sucesión de la fases de institucionalización de un problema, formulación y decisión, implementación y evaluación (Roth Deubel, 2006; 72).

debe adoptar”; (4) meramente declarar “que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación”. En este sentido “las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia estos poderes las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político partidaria” (Abramovich, 2007; 25); y, (5) por último, Abramovich incluye las sentencias que se proponen “apuntalar otros frentes abiertos con el fin de canalizar demandas sobre instancias administrativas u órganos legislativos”, como es el caso de aquellos pronunciamientos que procuran garantizar la participación ciudadana en los procesos de discusión de las políticas públicas, así como el acceso a la información relevante por parte de las organizaciones civiles.

De esta manera, Abramovich destaca cómo el poder judicial se ha convertido en un mecanismo de comunicación, debate y diálogo, a través del cual los jueces se han encargado de recordar a los restantes poderes públicos los compromisos asumidos internacional y constitucionalmente en materia de derechos sociales, previniéndolos y confrontándolos ante casos de incumplimiento. Así, en sociedades democráticas, se advierte cómo los tribunales constitucionales se revelan como órganos que han fortalecido la deliberación pública sobre asuntos de interés ciudadano, integrando a organizaciones sociales y representantes de la sociedad civil como interlocutores en la construcción y redefinición de políticas públicas.

En otro de sus trabajos Víctor Abramovich, además de reiterar las tipologías recién mencionadas, insiste en el valor de articular acciones legales con otras estrategias de incidencia política, así:

“En principio, toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneas, tiene un claro sentido político. Además, en el marco de las acciones de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, una clave de éxito es la posibilidad de articular los diferentes campos, de modo que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado o las situaciones sociales que están en la raíz del conflicto. Por lo general, las estrategias legales exitosas resultan ser aquellas que van acompañadas de la movilización y el activismo en el ámbito público de los protagonistas del conflicto real que subyace y sostiene el proceso. En ocasiones, las vías legales vienen a resguardar o a hacer efectivas las “conquistas” obtenidas en el plano político (...) De este modo, en un sistema institucional con fuertes falencias no son definitivos ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales ni los triunfos políticos, y obtenerlos obliga a utilizar todas las vías de reclamo y acción posibles” (Abramovich, 2004; 21 – 74).

Ahora bien, Gerardo Pisarello interviene en esta materia para presentar los diferentes escenarios posibles de confrontación o cooperación entre el tribunal constitucional y la rama legislativa, en la perspectiva de alcanzar la maximización del contenido y los alcances de los derechos sociales. Así, mientras que Abramovich parece poner su atención en uno de los extremos de la “conversación” (los tribunales constitucionales y las diversas modalidades de pronunciamientos que usan para dialogar con los demás poderes públicos en la construcción de políticas públicas), Pisarello pretende ilustrar los diferentes escenarios que puede llegar a tener este dialogo constitucional, entre jueces constitucionales y poderes legislativos. Con este propósito, Pisarello

distingue entre hipótesis conflictivas e hipótesis cooperativas, con base en la experiencia de los tribunales constitucionales alrededor del mundo, señalando así diferentes posibilidades de convergencia o divergencia entre la rama judicial y los poderes legislativos, en cuanto a la maximización del contenido de los DESC.

Dentro de las hipótesis conflictivas Pisarello reconoce las siguientes: (1) Desarrollo legislativo que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza; (2) Desarrollo legislativo que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza; (3) Omisión legislativa que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza; (4) Omisión legislativa que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza.

De otro lado, en las hipótesis cooperativas Pisarello reconoce: (1) Desarrollo legislativo que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza; (2) Desarrollo legislativo que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza; (3) Omisión legislativa que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza; (4) Omisión legislativa que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza (Pisarello, 2004; 113 – 137).

***El papel de la justicia constitucional en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina***

En la perspectiva de conocer cuál es la valoración de las organizaciones de la sociedad civil y de funcionarios del Estado concernidos, acerca del papel del tribunal constitucional en la promoción, formulación, implementación y evaluación de políticas públicas para el respeto, la protección y la realización de los DESC, en Colombia y Argentina, resulta necesario dar cuenta previamente de las diferencias en el diseño institucional y en el funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de la República Argentina. En efecto, cualquier ejercicio comparativo del funcionamiento de dos instituciones en dos países diferentes, como se propone acá, exige, de un lado, identificar las diferencias en cuanto a su diseño constitucional, y del otro, dar cuenta de las diferencias del contexto en el cual cada una de ellas ha desempeñado sus funciones durante la última década. El panorama del funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Suprema Argentina, tiene como propósito entonces hacer explícitas las diferencias en el diseño institucional y en el marco social, económico y político en el cual cada corporación ejerce sus atribuciones constitucionales.

A continuación se presenta entonces un breve panorama del funcionamiento de los tribunales constitucionales en Colombia y Argentina y algunos casos paradigmáticos en los que éstos hacen un control de las políticas públicas para la realización de los derechos a la vivienda y a la salud, a partir de estándares contemplados en la constitución política y en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En estos pronunciamientos las dos corporaciones terminan exigiendo de las restantes autoridades del estado una intervención más activa en la perspectiva de garantizar estos derechos sociales, y, mediante la técnica del reenvío a las instituciones “concernidas”, ordenando la re-formulación de tales políticas públicas.

*Colombia.*

La Constitución Política colombiana de 1991 constituye un ejemplo de lo que algunos han llamado *constitucionalismo aspiracional*, es decir, un cuerpo normativo que pretende conectarse

“con el progreso” y que más que un documento jurídico es un “documento político fundacional a partir del cual se crea la sociedad y que nos conecta con el futuro”<sup>9</sup>. Es posible afirmar esto al menos por dos razones: en primer lugar, por el carácter plural de su origen, que se reflejó en la participación en su concepción de muy variados sectores políticos, por fuera de los tradicionales partidos liberal y conservador. En segundo lugar, por el amplio y generoso catálogo de derechos que fue promulgado (que incluye derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y la disposición de mecanismos para su ejercicio y defensa, como son las acciones populares, las acciones de cumplimiento y la acción de tutela. Dentro de las tantas novedades de la Constitución colombiana de 1991, la Carta Política dispuso la creación de una corte constitucional, la cual tiene como función velar por la integridad de la Constitución y asegurar la vigencia de los derechos de los ciudadanos, a través de dos mecanismos: el control de constitucionalidad de las normas y la eventual revisión de las sentencias de tutela.

Ahora bien, por fuera del diseño constitucional, algunas condiciones económicas, sociales y políticas han permitido que la Corte Constitucional desarrolle un cierto “activismo judicial”:

- La crisis de representación política,
- La debilidad de los movimientos sociales y de los partidos de oposición, incluyendo a las fuerzas políticas emergentes que habían participado en la asamblea nacional constituyente, y
- La implementación de una política económica de orden neoliberal por parte de los gobiernos nacionales de los noventa, que ponía en entredicho varios mandatos constitucionales, como los referidos a la vigencia de los DESC (Uprimny, 2006; 6).

En ese contexto, la Corte Constitucional se posicionó como (probablemente) la única institución dispuesta a desarrollar con decisión las disposiciones constitucionales, en particular aquellas que se refieren al respeto, protección y realización de los DESC. Esta labor fue emprendida por la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos del año 1992, en un “activismo judicial” que se refleja en la consolidación de una amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de DESC y en la protección de muchas de ellas a través de la acción de tutela, a pesar de lo dispuesto en el texto constitucional (artículo 86), que parecía en principio limitarla a la defensa de los derechos previstos en el Capítulo 1 del Título 2 de la Constitución, que en general se refiere a derechos civiles y políticos.

*Derecho a la vivienda.* En uno de los pronunciamientos más importantes y controversiales de la Corte Constitucional, esta corporación mediante las sentencias C-383, C-700 y C-747, todas de 1999, declaró la inconstitucionalidad de las normas que daban sustento al sistema de financiación de vivienda, que había llevado a miles de familias colombianas a perder sus lugares de habitación ante las acciones judiciales presentadas por las entidades de crédito entre 1997 y 1999. En efecto, con los fallos mencionados la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la determinación del valor de las deudas hipotecarias en la unidad de cuenta denominada UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante), de las normas que regulaban en general el sistema de financiación de vivienda pues debían ser parte de una ley

---

<sup>9</sup> Por oposición al constitucionalismo preservador, que corresponde a cierta visión de la constitución que advierte en ella sobre todo un documento legal “que protege los derechos de las personas que se consideran previos a la constitución”. Las dos denominaciones tienen un propósito más analítico que descriptivo (García, 2002).

marco, y de las normas que permitían la capitalización de intereses en los créditos de vivienda. Como parte de estos pronunciamientos, la Corte señaló algunos criterios que debían ser tenidos en cuenta por el legislativo para la reformulación del sistema de financiación de vivienda a largo plazo, los cuales en general se incluyeron en la posterior Ley 546 de 1999.

*Derecho a la salud.* Tanto el derecho a la vivienda, como el derecho a la salud se encuentran dentro del “activismo judicial” de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC, que tuvo un incremento significativo hacia el año 2000, tal como lo demuestra algunos estudios estadísticos (García y Saffon, 2007; 25), como consecuencia del impacto de la crisis económica en la vigencia de las garantías sociales tal como se presentará más adelante al estudiar el caso de los deudores del sistema UPAC. No obstante, el derecho a la salud se ubica de lejos como el derecho social al que la Corte Constitucional ha tenido que prestar más atención dentro de su jurisprudencia, al punto que de las 2 millones de tutelas presentadas en el periodo 1992 - 2008, cerca de una cuarta parte han sido interpuestas con el fin de garantizar el derecho a la salud<sup>10</sup>.

Esta situación se explica por la decisión de la Corte Constitucional de intervenir en una de las materias en las que existe sin duda un panorama sombrío<sup>11</sup>. En este mismo sentido, la Corte Constitucional recientemente en la sentencia T-760 de 2008, tras el examen de veintidós acciones de tutela relativas al derecho a la salud: Constató la existencia de fallas los organismos encargados de la regulación y la vigilancia del sistema de salud, con miras a cumplir las obligaciones estatales de respeto y protección del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; Ordenó la unificación de los planes de beneficios que se ofrecen bajo las modalidades de afiliación del régimen subsidiado y del contributivo; Dispuso de medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que se encuentran incluidos en los planes de beneficios<sup>12</sup>; Ordenó que se adopten las medidas necesarias para alcanzar la cobertura universal del sistema de salud antes de enero de 2010; Precisa medidas para garantizar el derecho a la información en materia de salud, mediante la entrega de una *carta de derechos* a los pacientes y una *carta de desempeño* de las entidades del sector; y, También ordenó que antes del 1 de febrero de 2009 el primer informe sobre disminución de las acciones de tutela y de las medidas gubernamentales adoptadas para el efecto, de manera que los ciudadanos puedan acceder a los servicios de salud sin necesidad de interponer este tipo de demandas judiciales.

En general, es necesario señalar que la sentencia T-760 de 2008 constituye un paso significativo en la garantía del derecho a la salud física y mental. En ese sentido, varias organizaciones habían venido reclamando un pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto, a la manera, por

---

<sup>10</sup> *El Tiempo* (Bogotá) 4 de agosto de 2004.

<sup>11</sup> En materia de salud pública están disparados los índices de mortalidad materna, tuberculosis y anemia, mientras que la cobertura en vacunación ha descendido drásticamente en los últimos años. Además, el sistema se caracteriza por una marcada inequidad, pues la atención en salud depende de la capacidad de pago de las personas, y en consecuencia existen seis paquetes de beneficios de acuerdo al tipo de afiliación de cada paciente. Por último, hay graves desequilibrios en cuanto a los incentivos de los actores del sistema, quienes actúan en una lógica de mercado con el fin de maximizar sus utilidades (destinando buena parte de los ingresos a otro tipo de actividades, entre ellas, la especulación en el mercado financiero) y una acentuada asimetría en las reglas de funcionamiento entre entidades privadas y públicas (Defensoría, 2005, Fundación Corona, 2007, DeJusticia, 2008).

<sup>12</sup> En Colombia se ha hecho tristemente célebre la práctica del denominado “paseo de la muerte” la cual consiste en la negación del acceso de los servicios de salud por parte de las entidades prestadoras del servicio, que lleva al fallecimiento del paciente en las propias instalaciones o en la “puerta” de los centros de salud.

ejemplo, de una declaratoria de estado de cosas inconstitucional en materia del derecho a la salud, como lo hiciera la Corte en 2004 en relación con la situación de las personas internamente desplazadas<sup>13</sup>. La Corte en esta oportunidad no hace un pronunciamiento expreso en ese sentido, pues consideró que a pesar de la gravedad de la situación, existen entidades que tienen competencias claras en la materia<sup>14</sup>. No obstante, con esta sentencia la Corte dispone el comienzo de todo un proceso de seguimiento al sistema de salud, con miras a garantizar los derechos de las y los pacientes, fijando términos precisos para la presentación de informes y para la adopción de ciertas medidas.

*Población internamente desplazada.* Algunos de los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional colombiana, en sus diecisiete años de funcionamiento, se encuentran sin duda en los relacionados con la atención de la población internamente desplazada. En Colombia cerca de tres millones de personas (ACNUR, 2007; 170) han sido obligadas a desplazarse de sus territorios por la fuerza de las armas, encontrándose actualmente en una situación que no les permite satisfacer las condiciones mínimas de subsistencia en términos de sus derechos a la salud, a la vivienda, a la educación, a la alimentación y al trabajo, entre otros (Comisión de seguimiento, 2008).

Dentro de los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia conviene recordar la emblemática sentencia T-025 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corporación declaró el estado de cosas inconstitucional e impartió una serie de órdenes a las instituciones que hacen parte del sistema de atención a la población desplazada. Luego de esta sentencia, la situación de las personas desplazadas ha sido objeto de un permanente seguimiento por parte de la propia Corte, a través de diferentes autos sobre los aspectos y dimensiones más críticos. En efecto, todo el “proceso de la T-025” ha generado un continuo monitoreo de la política pública en materia de atención a la población desplazada, auspiciado por la Corte Constitucional, y con la participación de la academia, los organismos de control, organizaciones de derechos humanos y las entidades gubernamentales, que se han visto en la obligación de “rendir cuentas” periódicamente en relación con el impacto y la suficiencia de las medidas que han adoptado.

#### *Argentina*

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina de 1994, fue el producto del denominado *Pacto de Olivos*, acuerdo al que llegaron el ex presidente Raúl Alfonsín como representante de la UCR (Unión Cívica Radical) y el presidente Carlos Menem (justicialismo) sobre la necesidad de adelantar una reforma constitucional de la entonces vigente Constitución de 1957, también

---

<sup>13</sup> Además de varias organizaciones de la sociedad civil, la petición había sido formulada por la Procuraduría General de la Nación: “La Procuraduría le pidió a la Corte Constitucional que declare el “estado de cosas inconstitucional” en materia de salud, lo que podría compararse con una especie de ‘declaratoria de emergencia’ para presionar a que el Estado se concentre en restablecer derechos vulnerados de los colombianos en ese campo. Según el Ministerio Público, esta figura jurídica –que ya utilizó la Corte en el tema de los desplazados– le permitiría exigir y verificar, de manera sistemática y ordenada “el cumplimiento efectivo y oportuno de las obligaciones que el Estado y los particulares que prestan ese servicio público tienen con la sociedad”. La recomendación está consignada en un estudio que analizó el sistema durante 15 meses”. *El Tiempo* (Bogotá) 21 de agosto de 2008.

<sup>14</sup> *El Tiempo* (Bogotá) 24 de agosto de 2008.

conocida como *La Constitución Justicialista*. Con una conformación mayoritariamente justicialista, la Convención Constituyente aprobó la nueva constitución el 24 de agosto de 1994.

Dentro de las novedades de la nueva constitución argentina se encuentra la adición a la primera parte de la Carta Política (que contenía un único capítulo referido a las “Declaraciones, derechos y garantías”) de un segundo capítulo titulado “Nuevos derechos y garantías” con ocho artículos (del artículo 36 al 43). En el último de estos artículos (43) del nuevo capítulo, se hace alusión al recurso de amparo, mecanismo que fue utilizado inicialmente “por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los célebres casos "Siri" y "Kot", luego recogido por el legislador y finalmente por el constituyente reformador de 1994 en el nuevo artículo 43 de la *lex suprema*”.

A partir del texto del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina es necesario hacer referencia a dos aspectos centrales en relación con el uso del recurso de amparo y del control de constitucionalidad de las normas legales en Colombia y Argentina: (1) de un lado, mientras que en Colombia existe una cierta distinción entre derechos, “la revisión constitucional argentina, por el contrario, parte de una premisa diversa, que no contempla diferenciación -al menos teóricamente- entre "clases de derechos". En esta inteligencia, el primer párrafo del artículo 43, siguiendo en líneas generales la pauta dada en 1966 por el artículo 1 de la ley "de facto" 16.986, admite el amparo cuando se produzcan violaciones a "derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley" (Carnota, 2003); y, (2) De otro lado, mientras que en Colombia existe un control de constitucionalidad mixto en Argentina es difuso. En efecto, en Colombia el control constitucional es difuso en cuanto todos los jueces cuentan con la facultad de inaplicar al caso concreto las normas que estimen inconstitucionales, pero es concentrado, pues sólo la Corte Constitucional tiene la facultad de excluir del ordenamiento, con efectos generales, una norma por contravenir lo dispuesto en la Carta Política (aunado al control subsidiario del Consejo de Estado en relación con los decretos gubernamentales). En Argentina, por su parte, existe un control *difuso*, que sigue la tradición constitucional estadounidense, en el que “*la jurisdicción constitucional está diseminada entre todos los jueces (incluyendo, claro está, a la Corte Suprema)*” (Carnota, 2003). De esta manera, en Argentina no existe un tribunal constitucional en estricto sentido, pues cada juzgado puede analizar la constitucionalidad de las normas, y sus decisiones sólo tienen efecto en el caso concreto y no *erga omnes*<sup>15</sup>.

Estas diferencias son en verdad significativas para el objeto de este trabajo, pues como lo han señalado algunos estudios de sociología constitucional comparada, parece existir una tendencia a la existencia de un mayor activismo judicial en países en los que el poder de la rama judicial está concentrado en una sola institución, antes que en aquellos en los que aquel está disperso entre diferentes cortes y jurisdicciones<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Por esta razón, dentro de las sentencias mencionadas en relación con la justicia constitucional argentina se incluye una decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa, como es el célebre caso *Ramallo*.

<sup>16</sup> Herbert Jacob. *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press, 1996. 396. Citado en Rodrigo Uprimny Yepes. *Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court*. 2006. p. 5. Disponible en <[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)>, consultado el 15 de agosto de 2008. “Como hemos visto, el diseño procesal de la justicia constitucional confiere enorme poder jurídico a la Corte Constitucional colombiana. Esto facilita el activismo de la Corte porque, como lo demuestra la sociología comparativa, tiende a existir mayor activismo judicial en países donde la mayor parte de la autoridad está concentrada en una sola corte, en lugar de estar distribuida entre diferentes cortes y jurisdicciones” – traducción propia - (Uprimny, 2006; 5). No obstante, como se verá más adelante, al menos en Argentina los aspectos institucionales o formales parecen jugar un

*Derecho a la salud.* En materia de salud, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Suprema Argentina, en orden a asegurar que el Estado, en sus diferentes niveles y lógicamente en muy diversos contextos, garantice que el derecho a la salud sea efectivamente respetado, protegido y garantizado, así como preservadas las condiciones que lo hacen posible. Así, la Corte se ha pronunciado, entre otros, en los siguientes casos:

- Defensor del Pueblo de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, y otro (Estado Nacional) s/ amparo” (24/04/07)
- "E., R. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros" (07/03/06) y Caso “Quiñones, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo” (11/07/06) y Caso “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo” (7/03/06)
- “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo” (31/10/06)
- “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/ Estado Nacional s/ amparo” (18/09/07)
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud s/ amparo”
- "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo"(11/5/04 y el 8/6/04)
- “Neira, Luis c/Swiss Medical Group”(21/08/2003)
- "Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ materia de amparo"
- “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional” (04/09/2007)<sup>17</sup>

*Derecho a la vivienda.* En el caso *Ramallo*, tras varias decisiones judiciales contradictorias, y luego de estudiar la decisión del gobierno de Buenos Aires de modificar el programa de alojamiento en hoteles para familias con problemas habitacionales, la Cámara Contenciosa Administrativa consideró que un eventual cambio podría constituir un “retroceso irrazonable en la situación de las personas afectadas por la falta de vivienda”. En consecuencia, ordenó a la Ciudad de Buenos Aires “*definir* un nuevo plan de acuerdo con estándares legales básicos sobre derecho a la vivienda fijados en la sentencias a partir de la interpretación de la Constitución de la ciudad y los tratados internacionales de derechos humanos” (Abramovich; 2007; 21). En este caso, los jueces actuaron bajo el sistema del reenvío, utilizado por la Corte Constitucional colombiana muy frecuentemente, en particular en las materias atrás mencionadas: deudores del UPAC, derecho a la salud y población desplazada. En el caso *Ramallo*, los jueces prefiguraron el contenido del plan que debía ser adoptado por la Ciudad de Buenos Aires, trazando los

---

papel relativamente menor en relación con el desarrollo del activismo judicial, pues aunque no existe un control de constitucionalidad concentrado sino difuso, la debilidad de las otras instituciones democráticas ha trasladado algunas demandas sociales de los órganos de representación política al ámbito judicial.

<sup>17</sup> Entrevista con Paola García Rey, del CELS.

estándares de derechos humanos que debían ser respetados, cualquiera fuera la decisión adoptada por la administración:

“No se trata de una decisión aislada, sino que integra una serie de casos fallados por diversos tribunales de la Ciudad Autónoma, que han realizado, a instancia de organizaciones no gubernamentales, de la Defensoría del Pueblo y mayormente de asesores de menores y defensores oficiales, un control de constitucionalidad de medidas de política social del gobierno local. Los tribunales han actuado con diferente grado de activismo y con variadas modalidades de intervención, usando con frecuencia la técnica del reenvío para graduar el alcance del remedio fijado” (Abramovich; 2007; 21)

A pesar de las notables diferencias entre el caso Ramallo y el caso de los deudores del UPAC, deben ser destacadas algunos rasgos que tienen en común: (1) en los dos casos la justicia constitucional se fija un criterio frente al cual la política pública resultaba inadecuada (en el caso argentino se tuvo en cuenta la obligación de no regresividad en materia de DESC y en el colombiano la obligación constitucional de contemplar un sistema “adecuado” de financiación de vivienda); (2) en los dos casos los jueces reenvían a la autoridad concernida el asunto, para que ésta defina una nueva política pública al respecto (a la ciudad de Buenos Aires y al Congreso colombiano, respectivamente); y, (3) por último, en los dos casos, los jueces no resisten la tentación de fijar en sus sentencias los parámetros que deben seguir las instancias a las cuales se remite la controversia, prefigurando la política pública establecida para resolver la crítica situación.

### **Valoración del papel de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Colombia y Argentina**

En el marco de esta investigación sobre el papel de la justicia constitucional en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas en materia de DESC y su valoración por parte de los actores concernidos, se realizaron una serie de entrevistas a representantes de la academia, del poder legislativo y de organizaciones sociales en Colombia y Argentina. Para el efecto, se hizo uso de un guión de entrevista semi-estructurado que le permitiera al entrevistado(a) tener un cierto margen de libertad para expresar su opinión acerca del uso de los recursos constitucionales para la protección de los DESC, como alternativas para la reformulación de las políticas públicas en la materia.

Pues bien, teniendo en cuenta la información recopilada en las entrevistas, se presentan a continuación los puntos centrales de reflexión que surgen de tales entrevistas acerca del papel emancipador de la jurisprudencia constitucional en materia de DESC.

### **“La acción de tutela es un mecanismo útil en Colombia”<sup>18</sup>**

En términos generales los entrevistados en Colombia reconocen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de DESC y en la exigibilidad de éstos a través de la acción de tutela, un proceso positivo que ha permitido, entre otras cosas, que los ciudadanos reconozcan las prestaciones que hacen parte de este tipo de garantías, como derechos y no como dadas o concesiones generosas por parte del Estado. En este sentido, las organizaciones reconocen la importancia de la justicia constitucional en Colombia, en relación con la necesidad de asegurar que las políticas públicas asuman una perspectiva de derechos, en la que se asegure la universalidad de las prestaciones, la definición de mecanismos para su exigibilidad y la precisión de responsabilidades al interior del Estado. De esta manera, podría decirse que en general los entrevistados reconocen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional avances en el respeto, la protección y la realización de los derechos sociales, ante la inactividad de las restantes instituciones estatales.

“Frente al control político no tenemos muchas expectativas frente a los actores políticos que hay en el Congreso. Nosotros no vemos que sean actores que impulsen políticas para dar garantías a los derechos y en términos del derecho a la salud claramente se ve que hay más intereses económicos que van en esos factores y el caso concreto fue lo que pasó con la reforma a ley 100 que fue la ley 1122 que en vez de hacer unos nuevos avances mostrando la evidencia de que la ley 100 sistemáticamente viola el derecho que no se mejoran indicadores de salud, esa nueva reforma que se dio el año pasado lo que hizo fue profundizar más el modelo, la estructura del modelo más en una lógica financiera y administrativa (...) por ejemplo para la reforma a la ley 100, un grupo de Senadores presentaron varios Proyecto de Ley, en uno de esos Proyectos de Ley nosotros hicimos parte de las discusiones para poner una mirada distinta de hacia dónde hacer la reforma de la ley, eso no paso de ser un proyecto minoritario por allá aislado que ni siquiera fue mirado ni tenido en cuenta, que paso con bajo perfil. Los proyectos que se visibilizaron fueron los proyectos que iban más en sintonía con los lineamientos de las organizaciones financieras, entonces ahí nuestra expectativa es muy poco, los actores que están ahí no creemos que vayan a jugársela por una legislación a favor del derecho a la salud sino que creemos que eso está en los espacios de movilización, afuera”<sup>19</sup>

### **“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha minado algunos procesos organizativos”<sup>20</sup>.**

Ahora bien, en cuanto al impacto del ejercicio de la acción de tutela, como mecanismo para exigir la protección de los DESC, en los procesos organizativos de la sociedad civil, las opiniones son divergentes. De un lado, algunos entrevistados señalan que se trata de un factor que no ha afectado ni ha contribuido en la consolidación de los procesos organizativos<sup>21</sup>, mientras que otros por su parte señalan que la respuesta a esta cuestión depende del proceso de exigibilidad que sea analizado:

---

<sup>18</sup> Entrevista con la Senadora Gloria Inés Ramírez Ríos.

<sup>19</sup> Entrevista con Claudia Naranjo del Grupo Guillermo Fergusson.

<sup>20</sup> Entrevista con Oscar Andrés López Cortes, profesor universitario.

<sup>21</sup> Entrevista con Claudia Naranjo de la organización Guillermo Fergusson, y con la Senadora Gloria Inés Ramírez Ríos.

“[...] puede reforzar movimientos de reclamo en la medida en que incrementa la legitimidad de estos reclamos, entonces puede incrementar movilización social y política a favor de ciertos derechos, o puede desactivar en la medida en que fragmenta las demandas y en la medida en que hacen privilegiar la vía judicial sobre la vía política, entonces pueden darse las dos cosas”<sup>22</sup>

Así por ejemplo, algunas personas reconocieron en sus respuestas que las sentencias de la Corte Constitucional en materia de salud y de desplazamiento han constituido importantes vehículos para la movilización de los colectivos. En efecto, algunos de los entrevistados señalaron que la justicia constitucional en Colombia durante los últimos 17 años ha tenido un significativo papel en la construcción de identidades de algunos colectivos y en procesos organizativos dirigidos a asegurar la exigibilidad judicial y política de algunos derechos en particular:

“En el caso de la justiciabilidad del derecho a la salud, que es el caso que conozco, considero que la jurisprudencia de la Corte ha tenido efectos positivos en términos organizativos. De una parte, durante los años de existencia del Movimiento Nacional por la Salud la jurisprudencia constituyó una bandera para exigir modificaciones en la política pública, particularmente de tipo legislativo. Asimismo, organizaciones como “Salud al Derecho” han surgido precisamente por los derroteros de exigibilidad señalados por la jurisprudencia de la Corte. A mi juicio, la jurisprudencia ha impulsado entonces la movilización dirigida a la exigibilidad. No creo que sea necesariamente negativo considerar que muchos logros se alcanzaron a través de la jurisprudencia y no a través del legislativo. Hubiera sido preferible que la movilización social lograra estos cambios, en una forma más deliberativa, sin embargo, ante la pasividad, incompetencia y derechización de los demás poderes públicos, la Corte Constitucional constituyó una alternativa fundamental”<sup>23</sup>.

En la otra orilla se encuentran quienes consideran, con base en algunas experiencias puntuales, que la jurisprudencia constitucional ha minado ciertos procesos de organización de la sociedad civil en Colombia, debido al uso permanente de la acción de tutela, como mecanismo para canalizar las demandas sociales, ante la promesa incierta de un “activismo judicial” por parte del tribunal constitucional:

“[¿En su opinión la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, ha contribuido a fortalecer los procesos de organización de la sociedad o por el contrario los ha minado?] ... me permito contestar a partir de dos casos particulares cuyas consecuencias no son universales ni pueden ser universalizables. En el caso del movimiento sindical y en el del indígena pienso que realmente los ha minado. Los participantes de esos movimientos han adquirido exceso de confianza en la decisión judicial de la jurisdicción constitucional, descuidando la movilización social, la presión pública, la denuncia y el activismo en espera de la respuesta institucional, la cual ahora se está tardando más o está resultando adversa dado el efecto producido por la reelección

---

<sup>22</sup> Entrevista con Rodrigo Uprimny Yepes, ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Director de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional y Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia.

<sup>23</sup> Entrevista con Oscar Parra Vera, investigador en derechos humanos.

presidencial que ha disminuido la independencia del poder judicial, especialmente en la Corte Constitucional. Luego, de acuerdo a evidencia que he recogido personalmente, y a información estadística surgida a propósito de la cantidad de movilizaciones que se produjeron en los últimos 10 años, en Colombia, el movimiento sindical y el indígena se han desactivado y en algunos casos desarticulado en la esperanza del activismo judicial que no siempre llega. No obstante debo aclarar que frente a estos movimientos también se encuentra el hecho de la violencia sistemática ejercida en su contra, hecho que sin duda ha contribuido a desarticularlos, pero de nuevo vendría la réplica formulada en tono de pregunta: ¿de qué ha servido la jurisprudencia constitucional para detener la investida violenta de la que han sido víctimas el movimiento indígena y sindical, en especial cuando mucha de esa violencia ha sido adelantada por el mismo Estado?”<sup>24</sup>

**“La vía judicial no es la mejor vía para realizar derechos”.**

Las opiniones recogidas a través de las entrevistas en general coinciden en señalar que la plena garantía de los derechos sociales no debería ser una tarea exclusiva de la rama judicial ni de la justicia constitucional, sino que es necesario asegurar el compromiso de todas las ramas del poder público en la realización de los DESC y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia:

“Yo creo que son un mecanismo útil en Colombia, está demostrado, por ejemplo, como la tutela ha servido para que muchísimos derechos de la gente sean reconocidos, pero naturalmente digamos en el Estado hay tres ramas que se complementan si no hay una legislación progresista es muy difícil que la Corte Constitucional pueda producir una jurisprudencia uno fallos progresistas es decir se necesita que haya una legislación progresista aprobada por el Congreso de la República se necesita además que haya un Gobierno progresista que presente iniciativas que tenga una política de carácter progresista es decir no puede pensarse que uno solo de los poderes pueda ser garantía del reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales se requiere que los tres digamos en armonía puedan reconocer esos derechos pero hay casos como en Colombia donde digamos hay una serie de aspectos contemplados en la Constitución Política que pueden ser desconocidos por el Gobierno pero en los que la Corte Constitucional puede producir jurisprudencia que obligue a que esos derechos sean reconocidos para que no se quede en la letra muerta de la Constitución”<sup>25</sup>

Lo ideal en un sistema democrático, es que el debate sobre la vigencia de los DESC y los mecanismos para asegurar su satisfacción pase por el legislativo, antes que por la vía judicial:

“Yo creo que la Corte, digamos, ha tenido un papel importante en el desarrollo del contenido de los derechos y en la protección de casos individuales, a veces en casos generales por vía de tutelas o ya sea por vía de control de ley entonces, digamos, yo creo que ha tenido un rol positivo entonces lo que yo creo es que la mejor vía para la realización de los derechos no es la vía judicial, la vía judicial debe ser una vía que catalice la realización de políticas públicas alrededor de los derechos, que corrija

---

<sup>24</sup> Entrevista al Oscar Andrés López Cortés, profesor universitario.

<sup>25</sup> Entrevista con la Senadora Gloria Inés Ramírez Ríos.

distorsiones de las políticas públicas a favor de los derechos, pero no es la mejor vía en una democracia para realizar derechos. Ahora un juez cuando le toca protegerlos, pues no puede hacer todas esas implicaciones que deben garantizar la protección, pero creo que es más un déficit de una democracia que la protección de los derechos pase muy fuerte por la vía judicial, lo ideal sería que pasara por la vía del debate legislativo, del debate político y de las políticas públicas”<sup>26</sup>.

#### **A través de la jurisprudencia “se ofrecen medidas remediales, que no modifican lo estructural”**

Ahora bien, a pesar del reconocimiento generalizado de los avances en relación con la realización de algunos derechos sociales, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, algunos entrevistados señalan que se trata de medidas “remediales”, que si bien permiten garantizar el respeto de los DESC ante situaciones puntuales que los ponen en entredicho, no alteran las condiciones estructurales que en general afectan su vigencia:

“[...] considero que las acciones judiciales para la protección del derecho a la salud en Colombia han tenido un profundo impacto para aliviar, en alguna medida, el carácter marcadamente neoliberal de la política de salud. Sin embargo, dado que dicho carácter se mantiene incólume, las acciones judiciales siguen siendo insuficientes para transformar, estructuralmente, dicha política (...) la intervención de la Corte ha sido en gran medida remedial, es decir, si bien ha logrado reivindicar muchos de los derechos de los pacientes, dicha jurisprudencia ha sido notoriamente insuficiente para enfrentar los soportes neoliberales del modelo. En ese sentido, el Sistema ha logrado mantenerse a pesar de la intervención de la Corte. En suma, la jurisprudencia ha sido activista y progresista, pero no ha permitido maximizar el alcance del derecho. Incluso, la sentencia T-760 de 2008 podría considerarse como un ejemplo de las dificultades que tiene la jurisprudencia constitucional para transformar el Sistema de Salud. Habrá que esperar los estudios empíricos sobre el alcance de este fallo (...) Ahora bien, la jurisprudencia ha tenido importantes efectos para remediar situaciones difíciles pero no ha logrado efectos estructurales propios de la protección y satisfacción (...) Por lo pronto, se puede decir que existen importantes avances respecto a la obligación de garantizar recursos efectivos para enfrentar las violaciones del derecho a la salud. Pero incluso en este punto la incertidumbre respecto a la nueva Corte Constitucional motiva un fuerte escepticismo respecto a la vocación de permanencia de la jurisprudencia de la Corte. Las dificultades que ha tenido esta jurisprudencia para plasmarse en leyes estatutarias o similares es un ejemplo de los límites que tiene el avance judicial en la materia”<sup>27</sup>.

#### **La jurisprudencia de la Corte Constitucional “depende de su composición política” y hacia el futuro podría verse amenazada.**

Algunas personas entrevistadas también advierten que la composición de la Corte Constitucional y el origen de sus miembros está cambiando, lo cual la está llevando a cambiar de rumbo en algunas materias. Así mismo, señalan que el proceso de cooptación (por parte del ejecutivo) que ha vivido la Corte en los últimos años, podría amenazar su “activismo judicial” de carácter

---

<sup>26</sup> Entrevista con Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>27</sup> Entrevista con Oscar Parra Vera, investigador en derechos humanos.

progresista, para dar paso por el contrario a un “activismo judicial” regresivo en términos de derechos:

“La Corte tiene de todo, así como hay algunas sentencias que evidentemente pueden calificarse de progresistas, hay otras que no lo son. Pero además, depende también de la composición de la Corte Constitucional (...) hoy la Corte Constitucional es otra cosa, de manera que eso también cuenta, es decir, que de por medio están las concepciones ideológicas y políticas que tengan la mayoría de los magistrados para emitir sus fallos”<sup>28</sup>.

Esta situación permite a algunos reconocer entonces dos etapas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“En una primera época de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que podría ser ubicada entre los años 1992 y 2000 e incluso 2001, se pueden observar tendencias “progresistas” –entendiendo por tal un fuerte reconocimiento de derechos sociales- en diferentes campos como los derechos laborales, de educación, salud, derechos de minorías étnicas y sectores tradicionalmente discriminados. No obstante, desde hace aproximadamente siete años, se puede observar una tendencia regresiva en muchas posiciones de la Corte, las cuales han significado una disminución de las garantías judiciales reconocidas a los derechos sociales”<sup>29</sup>.

**“Las acciones judiciales y la estrategias de movilización e incidencia política son complementarias”.**

Más allá del balance que pueda hacerse en relación a los procesos de exigibilidad judicial de algunos derechos sociales en particular, las personas entrevistadas reconocen la complementariedad que existe entre las acciones judiciales y las acciones de carácter político. Antes que llegar a considerarlas excluyentes, los entrevistados consideran que las acciones judiciales y la movilización deben hacer parte de estrategias globales de exigibilidad de los derechos, que complementen herramientas del tipo de las acciones de tutela, las acciones populares y las acciones de cumplimiento, con mecanismos de exigibilidad política como, por ejemplo, los procesos de rendición de cuentas, los presupuestos participativos, el monitoreo de políticas públicas en materia de DESC, el debate de las estrategias de desarrollo y de superación de la pobreza a partir de los estándares internacionales en materia de DESC, etc.:

“yo sí creo que son importantes [las acciones judiciales] que son avances que ayudan al desarrollo constitucional, pero que deben de pronto mejorarse como hacer parte de una estrategia jurídica global de exigibilidad, inclusive que vaya más allá de la estrategia jurídica, de movilización, de participación, una estrategia integral de exigibilidad pienso que debe tener una estrategia jurídica indudablemente”<sup>30</sup>.

En un sentido semejante otro entrevistado señaló cómo las acciones judiciales deben ir acompañadas de procesos de movilización, en orden a lograr que las demandas sociales sean

---

<sup>28</sup> Entrevista Senadora Gloria Inés Ramírez

<sup>29</sup> Entrevista Oscar Andres López, profesor universitario.

<sup>30</sup> Entrevista con Natalia Paredes del Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP.

efectivamente atendidas y se ofrezcan soluciones sostenibles y estructurales a los reclamos populares:

“Yo creo que las acciones judiciales como un mecanismo de lucha que la gente tiene son positivas pero quiero hacer énfasis en una cosa: las acciones judiciales en la mayoría de los casos son inocuas sino van acompañadas de una organización social que respalde esas acciones judiciales. Uno encuentra los fallos de la Corte Constitucional acerca de los desplazados y esos fallos han sido positivos en la medida en que la población desplazada o las organizaciones que ayudan a la solución del proceso se han movilizad para hacer una denuncia permanente del estado de cosas en el cual vive la población desplazada y en ese sentido los fallos judiciales se mueven hacia los intereses de la gente cuando la gente se organiza, se moviliza y, de manera civilizada, reclama sus derechos”<sup>31</sup>

Se debe destacar entonces la importancia de lo que Mauricio García Villegas denomina “constitucionalismo militante”, es decir “un tipo de constitucionalismo que se apoya de manera permanente en la participación activa de los actores sociales y de los representantes políticos. No solo las constituciones deben mantener el apoyo de las fuerzas políticas que la hicieron posible sino que dichas fuerzas deben persistir en el compromiso de hacer posible que los postulados constitucionales se traduzcan en realidades efectivas” (García Villegas, 2002; 22). Se trata en algún sentido de acompañar activamente a la Corte Constitucional en los pronunciamientos que ha hecho en la promoción y defensa de los DESC, a través del activismo político y de la movilización ciudadana.

#### **Se han trasladado algunas demandas sociales al ámbito judicial en Argentina.**

La valoración de la justicia constitucional en el caso argentino, a pesar de las diferencias en el diseño constitucional frente al caso colombiano, llevan a hacer algunas consideraciones semejantes a las recién expuestas:

“En los últimos años en la Argentina se ha evidenciado un fenómeno cada vez más recurrente: la debilidad de las instituciones democráticas trasladó demandas de otros espacios de representación o de mediación social al ámbito judicial en función de la obstrucción de canales institucionales tradicionales de resolución de conflictos. Cuando éstos y los espacios tradicionales de representación política empezaron a debilitarse se hizo cada vez más fuerte el hecho de que demandas sociales que antes se disputaban en otros ámbitos políticos empezaran a presentarse ante los tribunales. Por lo que generó que el poder judicial comenzara a tener otro rol importante y se reconociera como escenario donde volcar reclamos y cuestionar asuntos de interés público.

El planteo en sede judicial de estos conflictos públicos tiene la potencialidad de generar la inclusión de ciertos temas en la agenda de debate social, cuestionar los procesos de definición e implementación de políticas públicas, cuestionar el contenido de ciertas políticas (por ejemplo por resultar contrarias a ciertos estándares internacionales). Incluso pueden, a través de un litigio, activar procesos de toma de decisión de una cierta política pública, o impulsar la toma de una política pública. Asimismo, el poder judicial en su conjunto puede, a partir de este tipo de litigios, definir estándares básicos (por ejemplo, especificando contenidos mínimos de los derechos en juego) dejando entonces en manos del poder político el diseño de la política pública en concreto, siempre y cuando respete el contenido mínimo establecido. Así, los jueces señalan y establecen aquellos estándares

---

<sup>31</sup> Entrevista con Juan Pablo Fernández, Asesor H.S. Jorge Enrique Robledo.

internacionales de derechos humanos a los cuales debe adecuarse la política. En otros casos el poder judicial puede indicar cuál es la conducta debida, subrayar la conducta omitida o aquella que se tomó violentando derechos fundamentales y controlar su cumplimiento. Aún más, la intervención judicial puede habilitar mecanismos a partir de los cuales se va a decidir la política pública a establecerse. Por ejemplo, a través de la conformación de una mesa de trabajo integrada por las agencias del estado involucradas en la problemática abordada.

En resumen, estamos convencidos de que el sistema legal —particularmente a través del litigio de causas judiciales— ofrece un espacio ulterior para garantizar derechos y explorar diferentes vías de exigibilidad. Sin embargo, también somos conscientes de sus limitaciones, en el sentido de que la estrategia judicial constituye un elemento más de una estrategia integral para proteger y garantizar derechos. Por ello, creemos que es sumamente importante la articulación entre las estrategias jurídicas con las estrategias políticas. La solución legal debe estar incorporada dentro de una estrategia más global. Así, desde la experiencia de nuestra institución y a título ilustrativo, las estrategias legales más exitosas fueron aquellas que se vieron acompañadas por movilización social y activismo político fuerte. Sin duda, cuando los actores se instituyen como grupos articulados con capacidad de acción y movilización, su reclamo político fortalece el éxito del reclamo judicial. Pero, cuando esto no ocurre, es el reclamo legal el que puede fortalecer su voz y posicionarlos como interlocutores en dicha cuestión.

Por otro lado y en otros casos, las vías legales pueden servir también para resguardar o a hacer efectivas las “conquistas” obtenidas en el plano político. Por ello, el CELS combina e integra distintas herramientas de acción; en este sentido, se elaboran investigaciones sobre políticas sociales a la luz de estándares internacionales sobre derechos sociales, ejecuta proyectos conjuntos con organizaciones vinculadas al desarrollo de los sectores populares y realiza talleres de capacitación para comunidades y organizaciones sobre mecanismos de exigibilidad de derechos”<sup>32</sup>.

Así, las respuestas del CELS a la entrevista que le fue formulada<sup>33</sup> permiten advertir grandes similitudes entre el caso colombiano y el argentino, en cuanto al papel de los jueces en la garantía de los derechos y su relación con los procesos organizativos de la sociedad civil: (1) Escasa intervención de los cuerpos políticos en la garantía de los DESC, lo que hace que se traslade buena parte de la responsabilidad en su realización a la justicia constitucional; (2) Un activo papel de la justicia constitucional en el examen de las políticas públicas en materia de DESC a partir de los estándares trazados en el derecho internacional de los derechos humanos y en la constitución política; (3) El fortalecimiento de identidades políticas por parte de los colectivos con ocasión del ejercicio de acciones constitucionales y del desarrollo de estrategias de litigio; (4) El efecto del uso de las acciones judiciales sobre los procesos organizativos de la sociedad civil dependerá de la historia y de la fortaleza de cada colectivo, así como del sentido de sus demandas; (5) La complementariedad entre acciones judiciales y activismo político es innegable y debe llevar al desarrollo de estrategias globales con miras a asegurar la efectiva realización de los derechos.

---

<sup>32</sup> Entrevista con Paola García Rey del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

<sup>33</sup> Algunas de las observaciones plasmadas en la entrevistas a Paola García Rey del CELS están desarrollados en el trabajo de esa misma organización denominado La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos (CELS, 2008).

## **Una mirada holística a la influencia del contexto social en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

Como se anotó previamente, las entrevistas realizadas permiten concluir, entre otras cosas, la necesidad de avanzar en un examen particular de los procesos de exigibilidad judicial de cada derecho social de manera independiente. Pues bien, la propuesta de este artículo es que este tipo de análisis debe consistir en un ejercicio holístico, que incluya la evaluación de las condiciones históricas que dan lugar a los pronunciamientos judiciales, en una suerte de historia de la justicia constitucional “desde abajo”. Esta clase de examen también debe llevar a un análisis de “largo aliento” en los procesos de exigibilidad de los derechos sociales, de manera que sea posible valorar, más allá del efecto inmediato, el impacto de las decisiones judiciales en la efectiva garantía de los derechos y en los procesos organizativos de la sociedad civil.

Se trata del desarrollo de una nueva forma de reconstruir las decisiones de la justicia constitucional, en una lectura rigurosa pero abierta a conocer las condiciones materiales (económicas, sociales, políticas y culturales) en las que se producen los pronunciamientos de los tribunales constitucionales. Este tipo de narrativa presenta las siguientes ventajas:

- Traslada la atención de la dogmática constitucional desde una cierta centralidad del papel del Estado, hacía la construcción de discursos jurídicos y la apropiación de los derechos, por parte de la ciudadanía;
- Reivindica el rol de los movimientos sociales y su eventual resistencia al derecho del Estado, como elementos constituyentes del derecho vigente;
- Examina los límites y las potencialidades de los usos emancipatorios del derecho;
- Advierte las necesidades de nuevos estudios en derecho;
- Intenta conciliar la crítica interna propia de la teoría jurídica con la crítica externa propia de la sociología jurídica<sup>34</sup>.

En esta perspectiva, se compromete a continuación de manera breve un análisis de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre el sistema de financiación de vivienda a largo plazo en UPAC, proferidas en 1999. Se trata de poner a prueba el valor de una aproximación holística a los pronunciamientos de la justicia constitucional, en orden a conocer el impacto de éstos en la realización efectiva de derechos y en los procesos adelantados por las organizaciones para su exigibilidad<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Hago esta advertencia porque soy consciente de que una investigación como la planteada, puede ser considerada ajena a la dogmática y más bien cercana a la sociología jurídica. Estos cinco elementos son característicos de un trabajo como el de Barakrishnan Rajagopal (Rajagopal, 2005).

<sup>35</sup> Este tipo de ejercicio bien podría inscribirse en lo que algunos han dado en llamar, dentro de las diversas tendencias de la sociología de los derechos humanos, el modelo de la dialéctica sociedad civil – Estado. En virtud de este modelo, se considera que “los derechos humanos se gestan siempre en una dirección histórico – evolutiva que va del nivel de las relaciones sociales no institucionalizadas a la integración formal en las normas y procedimientos del ordenamiento jurídico (...) puesto que la verdadera realidad de los derechos humanos reside en las relaciones

## **Justiciabilidad del derecho a la vivienda digna y la obligación estatal de desarrollar sistema adecuados de financiación de vivienda: el caso de los deudores del sistema UPAC.**

En Colombia, ante la crisis económica, las movilizaciones y la negativa de los deudores de vivienda a continuar pagando sus créditos, la Corte Constitucional declaró en 1999 la inconstitucionalidad del sistema de financiación de vivienda por considerarlo “inadecuado” para garantizar la realización del derecho a la vivienda, remitiendo el asunto al Congreso de la República, que meses más tarde expediría una nueva ley de vivienda<sup>36</sup>. No obstante, las sentencias que al respecto profirió la Corte Constitucional no fueron, como parecería conforme a la literatura (Cepeda, 2001), construcciones filantrópicas de la Corte Constitucional, distantes de la realidad que en ese momento vivía el país, sino que, por el contrario, fueron el producto de unas condiciones históricas particulares cuya incidencia es necesario señalar.

En cuanto a la crisis económica y financiera, conviene recordar que, para mayo de 1999, cuando la Corte Constitucional profirió la sentencia C – 383 de 1999, la situación económica no podía ser peor para los colombianos, pues en varios frentes se encontraban síntomas no sólo de desaceleración sino incluso de algunas crisis sectoriales. Prueba de lo anterior es que el crecimiento de la economía colombiana durante 1998 fue de 0 %, y en 1999 fue de -3.8% del PIB<sup>37</sup>; menos de la tercera parte de las empresas aumentó su capacidad productiva durante 1998<sup>38</sup> y en el sector financiero el 68 % de los activos estaban ubicados en 76 entidades que daban pérdidas, el 46 % de los activos totales estaban en 16 entidades que ni siquiera cubrían sus costos de captación, y sólo el 17 % de los activos estaba en 13 entidades que daban utilidades verdaderas<sup>39</sup>. La crisis económica también afectó a los estratos medios y bajos de la población, ya que durante la misma se dispararon los índices de desocupación, que llegaron a alcanzar los niveles más altos en las últimas décadas. En efecto, “en una perspectiva de corto plazo, los momentos más críticos coinciden con los mayores desequilibrios macroeconómicos, menor crecimiento y la recesión de 1999. En términos comparativos, el deterioro de empleo urbano no

---

sociales no institucionales, su integración en el ordenamiento debe ser evaluada en función de la correspondencia con aquellas”. Se acoge en consecuencia esta perspectiva sin llegar a negar que la propia institucionalización también produce cambios en el nivel de las relaciones sociales. En este sentido, el discurso de los DESC al tiempo que ser un producto de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, puede tener un carácter transformador de estas mismas relaciones: “El único elemento que permite concebir la pretensión al reconocimiento de un derecho (la igualdad de derechos, en este caso) como idénticamente predicable de una multiplicidad de situaciones individuales es un sistema institucional de control al que el conjunto de individuos que pretenden la titularidad de tal derecho reconozcan como vinculante y que, a su vez, trate a todos con igual criterio. La formulación de las pretensiones subjetivas se hace entonces homogénea porque todos los individuos las refieren a un mismo órgano institucional” (Aymerich Ojea, 2001; 33).

<sup>36</sup> El Artículo 51 de la Constitución Política colombiana expresamente le señala al Estado la obligación de establecer “sistemas adecuados de financiación de vivienda a largo plazo”.

<sup>37</sup> *Dinero* (Bogotá) 26 de marzo de 1999. Pág. 20.

<sup>38</sup> *Dinero* (Bogotá) 26 de marzo de 1999. Pág. 22.

<sup>39</sup> *Dinero* (Bogotá) 23 de abril de 1999. Pág. 26. El cuadro del sector financiero se complementa con los siguientes índices de la misma publicación: El déficit de capital de los bancos valía cerca de 5 puntos del PIB en septiembre de 1998, para febrero del 99 valía 7.3 % del PIB, y para finales del mismo año se estimaba entre 10 % y 13 % del PIB; mientras la cartera bruta del sistema financiero crecía al 2.4 % en 12 meses, la cartera vencida aumentaba al 11 %; La suma de cartera vencida, provisiones y bienes recibidos en pago por los establecimientos de crédito se acercaba en febrero de 1999 al 14 % de la cartera total. Respecto del último índice, la Revista *Dinero* aseguraba que “en algunos estudios académicos, un nivel del 10 % es suficiente para considerar que un país ha iniciado oficialmente su crisis financiera”.

tiene antecedentes en la historia reciente, 8 puntos de incremento en solamente dos años, del 12.1 % en 1997 al 20.1 % de comienzos del 2000, y la referencia más cercana se encuentra en la crisis de los años 28-30” (Bonilla, 2003; 205 – 229)<sup>40</sup>.

Ante las señales de crisis económica, los diferentes sectores afectados ejercieron alguna forma de presión sobre el Gobierno con el fin de obtener recursos para paliar los efectos de la depresión. En este sentido, el sector financiero obtuvo líneas de financiación a través de FOGAFIN y del Banco de la República, mientras que el sector real contó con créditos blandos concedidos por parte de IFI y de FIDUIFI. No obstante, amplios sectores sociales, poco visibles y con escasa influencia en las instancias de poder, estaban por completo ausentes de las políticas adoptadas en el marco de la crisis, y se vieron a movilizarse con el fin de encontrar soluciones a su situación.

Así, según el Diario El Tiempo, 1999 fue “el año de las marchas”: Paro estatal (14/10/1998); marcha de estudiantes en defensa de la universidad pública (23/04/1999) Manifestación de profesores (27/04/1999); protestas y bloqueos de taxistas (8 y 24/04/1999); paro de transportadores (29/04/1999); protesta de estudiantes en contra del Plan Nacional de Desarrollo (06/05/1999); manifestación de arroceros ante los anuncios de importación del grano desde Ecuador (04/06/1999); manifestaciones de repudió ante el asesinato de Jaime Garzón (13/08/1999); protesta de desplazados ante la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los refugiados (22/08/1999); y, las marchas pacíficas de “NO MÁS” que luego de pasar por 600 municipios y 24 ciudades terminaron con una marcha a nivel nacional en contra del secuestro (28/10/1999) (Casa Editorial El Tiempo, 1999).

En este contexto se encuentran las marchas de los deudores hipotecarios y su llamado a la “desobediencia civil” en el pago de las deudas con el sector financiero (Uprimny y Garcia, 2002; 488). En efecto, los deudores hipotecarios, agrupados en organizaciones como ANUPAC, ANUSIFIN y COLOMBIA RENACE, realizaron varias movilizaciones durante 1998 y 1999, las cuales contaron con alguna visibilidad mediática, que sin duda contribuyó a que las demandas de constitucionalidad y las acciones de tutela que cursaban en la Corte Constitucional tuvieran eco en el alto tribunal<sup>41</sup>

En general, la Corte Constitucional respondió en efecto al llamado de la ciudadanía y acogió algunas de las demandas de sectores sub-representados, a través de una amplia gama de decisiones con al marcado acento social: como las que imponen que “los salarios deben ser móviles y no podrán ajustarse por debajo de la evolución de la inflación; los afiliados a la seguridad social tienen derecho a medicamentos y procedimientos médicos no prioritarios; los

---

<sup>40</sup> “En los últimos treinta años se encuentran los dos puntos extremos, de un lado el más bajo desempleo, entre 1994 y 1995, con una tasa de 7.1 % de la PEA (Población Económicamente Activa), que concuerda con un momento de buenos resultados económicos y tasas de crecimiento del PIB superiores al 5 % anual. Al otro extremo, la tasa máxima nacional del 16.7 %, alcanzada en el año 2000, como efecto persistente de la mayor recesión vivida en el último medio siglo de la historia colombiana, dejando una cifra récord de 3.2 millones de desempleados”. En este estudio se puede encontrar igualmente la caracterización de los desempleados (Bonilla, 2003; 205 – 229)

<sup>41</sup> El Gobierno Nacional en el marco de la Emergencia económica ya había procurado brindar ayuda a los deudores del sistema UPAC a través del Decreto 2331 de 1998 en virtud del cual se crearon líneas de créditos para las personas cuyas obligaciones hubieran aumentado en más del 20 % durante el último año. No obstante, estos créditos desembolsados por FOGAFIN por conducto de la entidad financiera correspondiente, no constituyeron ayudas sustanciales porque el incumplimiento al que se vieron avocados los deudores continuó ante las condiciones de desempleo y desaceleración económica.

colegios privados deben atender a sus estudiantes, independientemente de su pago; los recursos de emergencia, antes que prevenir una crisis financiera, se destinan a los problemas de los bancos públicos y alivios a las poblaciones afectadas (para los deudores hipotecarios y ahorradores de las cooperativas en problemas); y las cuotas del UPAC deben fijarse con base en la inflación”<sup>42</sup>.

En este contexto de crisis económica, movilizaciones de los deudores del UPAC y una “nueva” jurisprudencia constitucional con sentido social, se enmarca la sentencia C-383 de 1999, con la cual se abrió paso a la posterior caída del sistema de financiación de vivienda en UPAC (Sentencias C – 700 y C 747 de 1999), a la interposición de un sinnúmero de acciones de tutela con el fin de obtener la protección del derecho a la vivienda digna frente a las acciones ejecutivas de carácter expropiatorio iniciadas por las entidades financieras, y finalmente, a la creación de un nuevo sistema de financiación vinculado a la inflación y sin capitalización de intereses.

Un balance del proceso brevemente descrito puede ser el siguiente: (1) A través de los fallos de la Corte Constitucional emitidos a partir de 1999 se visibilizó la importancia del derecho social a la vivienda digna; (2) con ocasión de algunos de tales pronunciamientos se derrumbó el sistema en UPAC; (3) estos pronunciamientos generaron un cambio cuantitativo y cualitativo en el debate en torno al sistema de financiación de vivienda y al derecho a la vivienda digna. La Corte, con estos pronunciamientos no sólo atendió un problema de grandes dimensiones, sino que también promovió un proceso de discusión democrática de la política de vivienda, al tiempo que renovó la atención por parte de los cuerpos políticos, como el Congreso y el Gobierno, frente a un problema central para la ciudadanía; (4) No obstante, en el caso particular de las demandas de los deudores hipotecarios, el ordenamiento jurídico vivió un proceso de “reacomodamiento”<sup>43</sup> en virtud del cual se incorporaron a la “ortodoxia” jurídica algunos de los planteamientos “alternativos” de los movimientos que agrupaban a los deudores, lo cual fue evidente en la expedición de la Ley 546 de 1999 y en la sentencia C-955 de 2000; (5) en virtud de tal reacomodamiento se logró la re-legitimación de algunas instituciones que intervinieron en la solución de la crisis, como el Congreso y el Gobierno Nacional; (6) el reacomodamiento del ordenamiento en esta materia también implicó la neutralización del potencial emancipador del movimiento de deudores hipotecarios y su virtual desarticulación<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Dinero (Bogotá) 3 de junio de 1999. En nota editorial denominada “Responsabilidad en la Corte” la Revista Dinero registró en ese momento con alarma los pronunciamientos de la Corte Constitucional y se lamentaba del “modelo de sociedad que se construye” con ellos. Así mismo, se preguntaba “más que protagonismo, ¿no deberían los magistrados reconstruir un perfil bajo como en el resto del mundo?”

<sup>43</sup> “Por reacomodamiento entiendo el proceso mediante el cual la concepción ortodoxa del derecho es capaz de apropiarse, moldear y redefinir todo discurso jurídico alternativo que trata de resistirla. Este proceso de reacomodamiento perpetúa los postulados de la ortodoxia y esteriliza el potencial emancipador que se encuentra en algunas de las narrativas heterodoxas, y tiene lugar a través de “teorías del derecho en acción” que mantienen y fortalecen el mito hegemónico de la ortodoxia” (Sandoval, 2003; 183). Creo que bien podría pensarse que el uso del derecho por parte de las asociaciones de deudores hipotecarios fue un ejercicio de utilización contrahegemónica de las herramientas que ofrece el ordenamiento, pero que su potencial emancipador fue minimizado una vez el propio sistema incorporó sus planteamientos alternativos.

<sup>44</sup> La Asociación de Usuarios del Sistema UPAC (ANUPAC) organizó el 1 de junio de 2005 una protesta en frente de los juzgados de Bogotá para quejarse por los procesos legales que existen contra los deudores de vivienda. Según ANUPAC, hoy hay 15.000 demandas en curso, de las cuales 7.013 son de los deudores contra los Bancos. No obstante, es innegable que este tipo de protestas ya no cuentan con la resonancia y la vocación de antes. Conviene recordar las observaciones de una de las personas entrevistadas, miembro de la organización no gubernamental

## Conclusiones

El análisis del papel de la justicia constitucional colombiana y argentina en la garantía de los DESC y en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas para su realización, permiten reconocer grandes similitudes en cuanto a su funcionamiento, a pesar de las diferencias que existen en su diseño institucional: (1) En los dos países parece existir una escasa intervención de los cuerpos políticos en la garantía de los DESC, lo que ha comportado un traslado significativo de las responsabilidades en la materia a la justicia constitucional; (2) Ante este panorama, la justicia constitucional ha asumido un papel protagónico en el examen de las políticas públicas en materia de DESC, tomando en “serio” los estándares fijados en el derecho internacional de los derechos humanos y en las respectivas constituciones nacionales; (3) En general, existe consenso en que el efecto del uso de las acciones judiciales sobre los procesos organizativos de la sociedad civil dependerá de la historia y de la fortaleza de cada colectivo, así como del sentido de sus demandas; (4) El desarrollo de este activismo judicial a favor de los derechos, ha propiciado el fortalecimiento de identidades políticas por parte de algunos colectivos con ocasión del ejercicio de acciones constitucionales y del desarrollo de estrategias de litigio; (4) No obstante, este activismo también presenta “sombras” pues, al menos en Colombia, parece haber minado algunos procesos organizativos, de colectivos que han centrado sus esperanzas en la adjudicación judicial vía acción de tutela; (5) La complementariedad entre acciones judiciales y activismo político es innegable, y en general fue reconocida así por las organizaciones sociales, las organizaciones de derechos humanos, los activistas políticos y los representantes de la academia, para quienes estos dos tipos de acción deben hacer parte de estrategias de exigibilidad globales, con miras a asegurar la efectiva realización de los derechos; (6) En esta perspectiva, resulta necesario avanzar en el estudio de los procesos de exigibilidad en una perspectiva más amplia, que no reduzca el análisis a los pronunciamientos judiciales y sus efectos inmediatos, sino que por el contrario involucre la dinámica de los procesos organizativos y de los movimientos sociales en su examen del papel de la justicia constitucional, en una perspectiva holística de más largo aliento.

---

COHRE, con relación a la situación actual del derecho a la vivienda: “Ha habido sentencias de la Corte Constitucional que son interesantes, que protegen el derecho a la vivienda en poblaciones vulnerables y también existió una sentencia de la Corte de protección a las víctimas del sistema UPAC, pero digamos que si uno mirara eso en los desarrollos reales, no hay un desarrollo efectivo, ósea el derecho a la vivienda no está garantizado, por el contrario está muy maltratado y por el contrario existe una práctica sistemática de violación a los derechos, no existe una política que garantice el derecho a la vivienda. La práctica de los desalojos es permanente y además con el agravante de que los desalojos generalmente terminan en la criminalización de la víctima y el atropello de sus derechos humanos, van con el ESMAD [Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional] hay agresiones físicas, hay agresiones verbales, hay detenciones, entonces el derecho a la vivienda en Colombia está lejos de ser prioridad para el país”. Entrevista con Robinson Sanchez del Centre on Housing Rights and Eviction, COHRE.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Ed. Trotta)
- Abramovich, Víctor (2004) *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados*, en: Temas de derechos humanos en debate. José Zalaquett (Comp.) (Lima: Instituto de defensa legal – Centro de derechos humanos).
- Abramovich, Víctor (2006) *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, en <[www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)> Acceso el 30 de junio de 2006.
- Abramovich, Víctor (2007) *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, en Revista de estudios socio-jurídicos de la Universidad del Rosario (Bogotá) Volumen 9, No. 1.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR (2004) *Balance de la Política Pública para la Atención Integral al Desplazamiento Forzado en Colombia* (Bogotá: ACNUR).
- Arango Rivadeneira, Rodolfo (2004) *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia)
- Arango Rivadeneira, Rodolfo (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá: Legis)
- Aymerich Ojea, Ignacio (2001) *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas* (Valencia: Tirant Lo Blanch – Universitat de Valencia).
- Carnota, Walter F (2003) “Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: Los casos argentino y español”, en Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional (México D.F.) No. 9, julio – diciembre de 2003. Disponible en <<http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard2.htm>>, acceso 30 de septiembre de 2008.
- Casa Editorial El Tiempo (1999). *Colombia a través del tiempo*. Volumen VI. Septiembre 1998 – Agosto 1999 (Bogotá: Casa Editorial El Tiempo).
- Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, DeJuSticia – Procuraduría General de la Nación (2008) *El derecho a la salud* (Bogotá: Procuraduría General de la Nación)
- Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS (2008) *La Lucha por el derecho, litigio estratégico y derechos humanos* (Buenos Aires: CELS – Siglo Veintiuno editores)
- Cepeda Espinosa, Manuel José (2001) *Derecho constitucional jurisprudencial: Las grandes decisiones de la Corte Constitucional* (Bogotá: Legis).
- Comisión de seguimiento a la política pública sobre el desplazamiento forzado (2008). *Proceso nacional de verificación de los derechos de la población desplazada. Primer Informe a la Corte Constitucional* (Bogotá) Disponible en <[www.codhes.org](http://www.codhes.org)>, acceso 30 de junio de 2008.
- Defensoría del Pueblo (2005) *Evaluación de los servicios de salud que brindan las empresas promotoras de salud* (Bogotá: Defensoría del Pueblo)
- Dinero (1999) 3 de junio. *Responsabilidad en la Corte*; Dinero (1999) 26 de marzo. Pág. 20; Dinero (1999) 26 de marzo. Pág. 22

- El Tiempo (2004) 4 de agosto, *El Dr. Tutela*; El Tiempo (2008) 21 de agosto, *Ministro controvierte informe, Procuraduría pide salvar la salud*; El Tiempo (2008) 11 de octubre, *Corte protege a 18 mil niños desplazados*.
- Fundación Corona – Universidad del Rosario (2006) *La viabilidad del sistema de salud: qué dicen los estudios* (Bogotá: Fundación Corona)
- Fundación Corona – Universidad del Rosario – DNP – CEDE de la Universidad de los Andes (2007) *Avances y desafíos de la equidad en el sistema de salud colombiano* (Bogotá: Fundación Corona)
- García Villegas, Mauricio (2002) *El derecho como esperanza. Constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia*. Versión en español de Law as Hope, en Wisconsin International Law (Wisconsin) No. 20.
- García Villegas, Mauricio, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, y Restrepo Saldarriaga, Esteban (2006) *Crítica jurídica* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia)
- García Villegas, Mauricio y Saffon, Maria Paula (2007) *Is there hope in judicial activism on social rights? Assessing the dimension of judicial activism on social rights in Colombia* (Bogotá) Disponible en <[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)> Acceso 15 de agosto de 2008.
- Muller, Pierre (2006) *Las políticas públicas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia)
- Organización de los Estados Americanos, OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Oea/Ser/L/V/Ii.129 Doc. 5. 5 (Washington, D.C.: OEA).
- Parra Vera, Oscar, Villanueva Hermida, Maria Aránzazu y Martín, Agustín Enrique (2008) *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José: IIDH).
- Pisarello, Gerardo (2004) *Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre la política y el derecho*, en: Derechos sociales y derechos de las minorías. Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (Comp) (México D.F.: Editorial Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México).
- Pisarello, Gerardo (2007) *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trotta)
- Rajagopal, Barakrishnan (2005) *El derecho internacional desde abajo* (Bogotá: ILSA)
- Roth Deubel, André-Noel (2006) *Discurso sin compromiso. La política pública de derechos humanos en Colombia* (Bogotá: Aurora)
- Sandoval, Clara (2003) *La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en “América Latina”*, en *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá: ILSA – Universidad Nacional de Colombia)
- Uprimny Yepes, Rodrigo y García Villegas, Mauricio (2002) *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, en: Boaventura de Souza Santos y Mauricio García Villegas (Editores) *Emancipación social y violencia en Colombia* (Bogotá: Norma)
- Uprimny Yepes, Rodrigo (2006) *Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Courts* (Bogotá: DeJuSticia), disponible en <[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)> Acceso 15 de agosto de 2008.

- Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodriguez Garavito, Cesar (2007) *Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria*, en Uprimny Yepes, Rodrigo, Rodriguez Garavito, Cesar y Pérez, Luis Eduardo, *Los derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas* (Bogotá: DeJusticia – IDEP)
- Vargas Velásquez, Alejo (2007) *Políticas públicas, gobernanza y globalización*. En: *Fundamentos de políticas públicas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia).