

Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia¹



María Paula Saffon*

Columbia University, New York, EE. UU.

Mauricio García-Villegas**

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Colombia
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia),
Bogotá D.C., Colombia

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2011

RESUMEN

En este artículo, se evalúa el activismo de la Corte Constitucional colombiana y se sostiene que dicha evaluación está ligada al concepto que se tiene de norma constitucional. Para tal efecto, se exponen los resultados de una investigación empírica, a

Para citar este artículo: Saffon, María Paula, García-Villegas, Mauricio, "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 75-107.



¹ El presente artículo es una traducción y adaptación del texto "*Is there hope on judicial activism on social rights? Assessing the true dimensión of judicial activism on social rights in Colombia*", presentado por los autores en la conferencia anual de la Law & Society Association, que tuvo lugar en Berlín en el 2007. La traducción al español fue realizada por Sebastián Rubiano Galvis. Agradecemos a Sebastián Rubiano y a Santiago Vargas, quienes trabajaron como asistentes de investigación en el trabajo empírico realizado para este artículo. También agradecemos a José Rafael Espinoza por la ayuda prestada en la actualización de la jurisprudencia en salud.

* Candidata a PhD en Ciencia Política de la Universidad de Columbia (EE. UU.) e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia).

** Profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) de la Universidad Nacional de Colombia, *fellow* y antiguo profesor visitante del Institute for Legal Studies de la Universidad de Wisconsin-Madison e investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia).

partir de una muestra de decisiones de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales entre 1992 y 2006.

Palabras clave: derecho constitucional, derechos sociales, Constitución, constitucionalismo.

Social Rights and Judicial Activism: The Factual Dimension of Judicial Activism on Social Rights in Colombia

ABSTRACT

This article reviews the activism of the Colombian Constitutional Court and maintains that said assessment is linked to existing views on constitutional law. To this effect, it shows the results of an empirical study based on a sample of Constitutional Court rulings on social rights from 1992 to 2006.

Keywords: Constitutional law, social rights, Constitution, constitutionalism.

Direitos sociais e ativismo judicial A dimensão fática do ativismo judicial em direitos sociais na Colômbia

RESUMO

Neste artigo, se avalia o ativismo da Corte Constitucional colombiana e se sustenta que tal avaliação está ligada ao conceito que se tem de norma constitucional. Para tal efeito, expõem-se os resultados de uma pesquisa empírica, a partir de uma amostra de decisões da Corte Constitucional em matéria de direitos sociais entre 1992 e 2006.

Palavras chave: direito constitucional, direitos sociais, Constituição, constitucionalismo.

Desde su creación en 1991, la Corte Constitucional colombiana (en adelante, CCC) ha sido uno de los principales protagonistas de la vida política e institucional del país. Su vigorosa intervención en varios asuntos económicos, políticos y sociales ha promovido cambios importantes en el

balance institucional de poder, así como en la vida de minorías y grupos sociales tradicionalmente excluidos. Este activismo judicial progresista² ha propiciado una gran cantidad de debates académicos y políticos: si bien ha tenido defensores entre algunos académicos, miembros de movimientos sociales, e incluso varios actores políticos y miembros de la rama judicial, también ha tenido muchos críticos entre esos y otros sectores más poderosos.

Las discusiones sobre la intervención de la CCC han sido particularmente intensas en relación con la protección de los derechos sociales,³ pues justamente este es uno de los temas en los que la CCC ha sido más progresista. Uno de los efectos de este activismo progresista ha sido la judicialización de diferentes políticas económicas, por lo cual este tema se ha convertido en un asunto políticamente muy sensible.

En este artículo, intentaremos evaluar el activismo de la CCC en materia de derechos sociales. Para hacerlo, desarrollamos la siguiente hipótesis general: la evaluación política de la protección de los derechos sociales depende de la noción de Constitución que se defiende. Cuando la noción de la Constitución que se defiende es demasiado amplia o demasiado restrictiva, o cuando se le otorga demasiada o muy poca importancia al contexto social, la evaluación del activismo judicial en derechos sociales es casi siempre decepcionante. Para probar esta hipótesis, utilizamos una investigación empírica sobre la intervención de la CCC en materia de derechos sociales entre 1992 y 2006.⁴

El artículo está dividido en cuatro secciones. En la primera desarrollamos nuestra aproximación teórica, y lo hacemos examinando las diferentes nociones o concepciones de Constitución y las distintas formas en las que



² No debe confundirse activismo con progresismo, pues el activismo no necesariamente es progresista. Ver Uprimny (2006: 127). El mejor ejemplo de activismo conservador puede verse en la actuación de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a comienzos del siglo XX. Además, como anota Santos, "hasta hace muy poco [,] los ejemplos más conocidos de activismo judicial eran políticamente conservadores, por no decir reaccionarios" (Santos, 2001: 85).

³ La expresión "derechos sociales" es bastante ambigua. Esta puede incluir o excluir ciertos derechos dependiendo del alcance con el que se entienda el concepto. Desde un punto de vista restrictivo, la noción de derechos sociales incluye solamente derechos prestacionales, es decir, aquellos que suponen un deber positivo del Estado de proporcionar un servicio o un subsidio económico a los ciudadanos. Por el contrario, una concepción más amplia del término incluye aquellos derechos que no necesariamente implican una erogación económica de parte del Estado, pero que pueden ser considerados derechos sociales ya sea porque son derechos de segunda generación y/o porque su protección sea determinante para que las personas pueden solicitar la protección de sus derechos prestacionales (como el derecho a formar sindicatos o a iniciar huelgas). Algunos han sugerido que en vez de clasificar los derechos sociales entre aquellos que son prestacionales y aquellos que no lo son, se debería prestar atención a la dimensión prestacional de cada derecho, dado que la mayoría de las veces un mismo derecho social puede suponer obligaciones tanto positivas como negativas de parte del Estado. La propia Corte Constitucional ha defendido esta postura en la Sentencia T-595 del 2002.

⁴ Como veremos más adelante con mayor detalle, esta investigación se realizó en dos etapas. La primera etapa cubrió las sentencias de la Corte Constitucional entre 1992 y 1996 y fue publicada en García Villegas (2001). La segunda etapa aparece por primera vez en este artículo.

cada una de ellas valora el activismo judicial en derechos sociales y el cambio social que este puede producir (1). En la segunda sección, presentamos una descripción contextual del caso colombiano, con el fin de ofrecer algunos elementos básicos del constitucionalismo colombiano (2). En la tercera sección, presentamos nuestra investigación empírica sobre la intervención de la CCC en derechos sociales y extraemos algunas conclusiones preliminares sobre la dimensión real del activismo judicial en Colombia (3). En la cuarta y última sección, esbozamos algunas conclusiones generales con las cuales intentamos conectar la aproximación teórica con los resultados empíricos.

1. APROXIMACIÓN TEÓRICA: NOCIONES DE CONSTITUCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL CAMBIO SOCIAL

La noción o concepción de Constitución es clave para valorar la protección judicial de los derechos sociales y su potencialidad para producir cambio social. En efecto, dependiendo del alcance y de los efectos que uno crea que una Constitución tiene y debería tener, uno tenderá a ser más o menos crítico con respecto a los cambios sociales que el activismo judicial en materia de derechos sociales puede o no producir.

Esta sección está subdividida en dos partes: en la primera distinguimos dos modelos de constituciones y mostramos los arreglos institucionales que cada una adopta en lo que tiene que ver con la distribución de competencias para la protección de los derechos sociales (1.1); en la segunda nos concentramos en aquellas constituciones que tienden a atribuir la protección de los derechos sociales al poder judicial –como la Constitución colombiana de 1991–, y analizamos las diferentes críticas académicas y políticas que han surgido en contra de estas (1.2).

1.1. Modelos de constituciones

Con base en un texto previo de uno de nosotros, distinguimos dos modelos o tipos de textos constitucionales: las constituciones *preservadoras* y las constituciones *aspiracionales*.⁵ Las primeras suelen prosperar en contex-



⁵ Sobre esto, véase García Villegas, 2004 *Law as hope*, *Florida Law Journal*, Gainesville, XVI, (1); versión en español en García Villegas, Mauricio; Uprimny, Rodrigo & Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?*, Norma, Bogotá, 2006. Es posible establecer una diferencia entre dos tradiciones del derecho constitucional en la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial. La primera es la tradición del Estado de derecho –también llamada *rule of law*, *Etat du droit* o *rechtstaat*– y la segunda es la del Estado social de derecho, que se adoptó en Alemania en 1948 y en España en 1978. El rasgo más esencial de esta última, según Zagrebelski (1992: 57), consiste en la separación de los derechos y de la legislación. A diferencia de la tradición francesa, en el Estado social de derecho la protección de los derechos no depende exclusivamente de las leyes expedidas por el Congreso, sino que depende sobre todo de la aplicación judicial de la Constitución. Para

tos políticos y sociales en los que se han garantizado condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional, o en contextos en los cuales una revolución política ha sentado las bases para tales cambios estructurales. Por lo tanto, estas constituciones tienden a proteger o preservar tales condiciones y a evitar que una historia de abusos que se ha superado antes vuelva a ocurrir. Así, las constituciones preservadoras persiguen metas minimalistas o modestas, en cuanto que reflejan un esfuerzo por asegurar el presente. Por eso estas constituciones tienden a tratar los derechos –y en especial los derechos sociales– como asuntos políticos o normas programáticas, cuya materialización es llevada a cabo principalmente por los legisladores y el ejecutivo.⁶

Por su parte, las constituciones aspiracionales usualmente prosperan en contextos en los cuales existe una gran insatisfacción con el presente y una protección muy débil de los derechos sociales, pero al mismo tiempo hay también una fuerte creencia en la posibilidad de alcanzar un futuro mejor a través del derecho constitucional.⁷ Por esa razón, más que preservar el presente, estas constituciones apuntan a cambiarlo radicalmente y a promover el cambio social. Por eso las constituciones aspiracionales tienden a perseguir metas ambiciosas o maximalistas, lo que implica que exista una gran brecha entre el texto constitucional y la realidad social que tienen por objeto regular. Entre estas metas ambiciosas, la aplicabilidad de los derechos constitucionales en general y de los derechos sociales en particular es algo central. En consecuencia, estos derechos son tratados como normas jurídicas y por eso deben ser protegidos.

una discusión sobre los derechos sociales, véase Gómez (1988). De cualquier manera, el tema de los derechos sociales no se limita al contexto nacional; para un estudio de la relación entre la protección nacional e internacional de los derechos sociales en el contexto europeo, véase De Kok (1900) y Baldasarre (1998). Para una crítica de este constitucionalismo “maximalista”, véanse las posturas liberales de Bockenforde (1992), citado en Arango (1997). Por su parte, Robert Nozick ve los derechos sociales desde una perspectiva liberal que defiende un Estado minimalista. Para una síntesis de esta postura, véase Hoffe (1983).

⁶ Este modelo de Constitución es común en países centrales (desarrollados), especialmente en aquellos de tradición anglosajona. Sin embargo, en algunos casos las constituciones preservadoras son promulgadas en países periféricos o semiperiféricos en los que el presente no es muy atractivo o solamente lo es para una minoría dominante. Ese es el caso de la Constitución colombiana de 1886.

⁷ Las constituciones aspiracionales son comunes en sociedades periféricas o semiperiféricas. Sunstein (1993) sostiene que hay dos tipos de constitucionalismo en el mundo: uno del Norte y de Occidente, y otro del Sur y del Oriente. En estos últimos son muchas las necesidades insatisfechas, pero también lo son las esperanzas puestas en la capacidad del derecho de satisfacerlas en el futuro. Esto es especialmente cierto en el caso de América Latina, donde la concepción del derecho –y de la Constitución en particular– como un producto de la voluntad del pueblo capaz de transformar el contexto sin restricciones es una herencia del pensamiento rousseauniano francés y de la tradición revolucionaria. Sin embargo, en algunas circunstancias las constituciones aspiracionales emergen en países más desarrollados que se encuentran en épocas de inestabilidad –tal y como ocurrió en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial o en España después de la dictadura de Franco–. Ver igualmente Teitel (1997).

En algunas ocasiones, las constituciones aspiracionales son el resultado de una revolución triunfante. Cuando este ha sido el caso, los derechos sociales se aplican a través del sistema político –por ejemplo, a través de leyes expedidas por un parlamento en el que existe una mayoría política clara y contundente–. En efecto, las revoluciones traen consigo un deseo generalizado de transformación social que los actores que participaron activamente en la revolución están dispuestos a materializar y que tiene amplias posibilidades de recibir apoyo social. Además, las revoluciones generan cambios institucionales importantes, los cuales a menudo implican la apertura de espacios en la arena política para aquellos que estuvieron comprometidos con la revolución. Es más, es muy probable que los Estados posrevolucionarios tiendan a reclutar como funcionarios a quienes participaron en la revolución o a quienes por lo menos la apoyaron. Esto significa que los diferentes agentes estatales estarán más dispuestos a comprometerse con la aplicación efectiva de la Constitución aspiracional, lo cual puede conducir a niveles muy bajos de conflictos interinstitucionales.

Pero a menudo las constituciones aspiracionales son promulgadas en países en donde no ha ocurrido previamente ninguna revolución política o social. En esos casos, es muy posible que la Constitución se convierta más bien en un texto simbólico. Pero igualmente es posible –sobre todo cuando la Constitución ha establecido una Corte Constitucional fuerte– que los jueces se tomen en serio la obligación constitucional de proteger los derechos sociales y que obliguen al parlamento y al ejecutivo a hacerlo también. Una consecuencia de esto es que a menudo surjan conflictos interinstitucionales entre los jueces constitucionales y los órganos políticos.

Aquellos contextos en los que no ha tenido lugar una revolución pueden ser más hostiles para una Constitución aspiracional. En efecto, si la Constitución es producto de un acuerdo nacional momentáneo sobre la necesidad de emprender algunos cambios sociales, es posible que los actores políticos comprometidos con el proceso constituyente no mantengan su compromiso con los resultados posteriores de tal proceso.

La voluntad política de los agentes estatales, así como la movilización social de la población a favor del texto constitucional, son fundamentales para que las constituciones aspiracionales se materialicen y efectivamente produzcan cambios sociales. De igual forma, se requiere también una cultura jurídica que favorezca la protección de los derechos. Esto se debe a que las metas ambiciosas de estas constituciones hacen que su desarrollo legal o jurisprudencial sea una condición necesaria pero no suficiente para su aplicación efectiva. De manera que, para poder alcanzar sus metas decla-

radas, aparte de la burocracia del Estado que implementa sus mandatos, las constituciones aspiracionales necesitan otras fuentes externas de apoyo.⁸

La existencia o la ausencia de una revolución previa no es tan importante para la suerte de las constituciones preservadoras como lo es para la de las constituciones aspiracionales. Las constituciones preservadoras, al tiempo que imponen restricciones menores a las autoridades públicas con el fin de prevenir abusos de poder, dejan en manos de los agentes políticos el asunto del desarrollo posterior de los derechos constitucionales o de la protección de los derechos sociales. Por lo tanto, no requieren de una voluntad política fuerte de parte de los agentes estatales ni de un profundo compromiso social para materializarse; su aplicación efectiva básicamente se logra cuando estos agentes respetan los límites del poder que imponen y, al hacerlo, protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1.2. Debates que plantean las constituciones aspiracionales

Las constituciones aspiracionales no solamente enfrentan las dificultades derivadas de los conflictos interinstitucionales. También enfrentan críticas políticas y académicas. Esas críticas pueden provenir de visiones conservadoras o progresistas. Desde cada una de estas visiones, existen al menos dos tipos de crítica, según la noción de Constitución en la que se basan.

El primer tipo de crítica conservadora defiende una noción minimalista de Constitución, según la cual solamente debería entenderse por Constitución el conjunto de principios generales que guían la acción del legislador y que, por lo tanto, no tienen valor normativo, sino valor político o carácter programático. Podemos llamar este punto de vista *constitucionalismo preservador*, pues supone que las constituciones solo están llamadas a conservar las estructuras económicas, sociales y políticas que condujeron a su establecimiento, y que cualquier cambio o desarrollo de tales estructuras debe ser adelantado por los órganos políticos cuando cuenten con las mayorías necesarias para llevarlo a cabo.

Desde este punto de vista, las constituciones aspiracionales, con sus metas ambiciosas y sus formulaciones generosas de derechos –especialmente de derechos sociales–, van demasiado lejos en su contenido y alcance, y terminan regulando asuntos que deberían estar reservados a la competencia del legislador. Esto no solamente es problemático por los conflictos interinstitucionales



⁸ Requieren –parafraseando el concepto de “democracia militante” de Donald Kommers– de un constitucionalismo militante. Esto significa que la aplicación de las constituciones aspiracionales necesita de un compromiso permanente de parte de las fuerzas políticas que impulsaron su promulgación, y en particular, un fuerte apoyo a los cambios sociales que esas fuerzas están dispuestas a promover a través de la constitucionalización de los derechos sociales.

que podrían surgir entre los actores políticos y los jueces constitucionales, sino también por el déficit de democracia que podría producir el hecho de que los jueces colonicen asuntos políticos y económicos. En ese sentido, idealmente no debería haber constituciones aspiracionales, y en caso de existir, sus metas y derechos deberían ser interpretados de la forma más restrictiva posible, esto es, no como normas legales directamente aplicables, sino como promesas políticas y como principios orientadores, los cuales solamente podrían materializarse cuando los órganos políticos quieran y puedan desarrollarlos.

El segundo tipo de crítica conservadora comparte la anterior visión crítica y defiende la importancia de interpretar las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales de la forma más restrictiva posible, pero lo hace por razones diferentes. Inspiradas en teorías económicas del derecho,⁹ este tipo de críticas no tienen fe en el constitucionalismo, entendido como un mecanismo eficiente para regular la vida social, a menos de que tenga el propósito de satisfacer metas económicas, y en particular los principios de eficiencia del mercado y de maximización de la riqueza.¹⁰ Podemos denominar este punto de vista *economicismo constitucional* o *constitucionalismo desconfiado*, pues implica una visión de la Constitución completamente subordinada a las metas de la economía.

Según esta visión, las constituciones aspiracionales son cualquier cosa menos constituciones eficientes: el hecho de que consagren derechos sociales como normas jurídicas aplicables supone una competencia indeseada para los derechos civiles –en particular para los derechos de propiedad– y los termina volviendo inciertos. Además, implica interferencias al funcionamiento del libre mercado y crea obstáculos para el desarrollo económico.¹¹ En ese sentido, también para este punto de vista crítico, las constituciones no deberían ser aspiracionales, y en caso de serlo, deberían ser interpretadas restrictivamente, de forma que el desarrollo de sus metas se dejase a los actores políticos, quienes son más sensibles a las restricciones económicas que los jueces constitucionales.¹²

Pero las críticas a las constituciones aspiracionales no solamente provienen de posiciones conservadoras o neoliberales. Algunas posturas progre-



⁹ Principalmente, en la Escuela Law & Economics (véase Coase, 1960; Calabresi, 1970; Posner, 1992) y en la corriente económica neoinstitucionalista (véase North, 1993).

¹⁰ Véase Richard Posner (1992). La primera generación de Law & Economics adoptó estos postulados; no obstante, actualmente estos son muy criticados por muchos de sus adeptos. Además, aunque la mayoría de ellos considera que el análisis del derecho en términos de eficiencia todavía es útil para evaluar la forma en que los jueces deberían decidir, no creen que la eficiencia sea el factor más importante para evaluar el derecho. Véase, por ejemplo, Ulen (1989).

¹¹ Rodríguez y Uprimny (2006) sintetizan las diferentes críticas que filósofos, economistas neoclásicos y liberales institucionalistas han formulado a los derechos sociales.

¹² Clavijo (2001) y Carrasquilla (2001) son fieles representantes de esta postura en el caso colombiano.

sistas también critican estas constituciones no por sus metas ambiciosas o por el contenido demasiado generoso de sus derechos, sino justamente por lo contrario. En efecto, desde este punto de vista progresista –aunque crítico también–, estas constituciones fracasan en el logro de sus propósitos, pues no son capaces de garantizar la protección efectiva de los derechos y la transformación social que prometen. Dentro de esta perspectiva es posible identificar al menos dos concepciones de lo que una Constitución debería ser.

La primera postura crítica progresista ve el texto constitucional como una norma jurídica no negociable y de aplicación inmediata. Por ende, sostiene que el hecho de que sea difícil aplicar la Constitución –dada su dimensión transformadora– no afecta su carácter normativo y perentorio. Podríamos llamar a este punto de vista *constitucionalismo intransigente*. Aunque está de acuerdo con el contenido de las constituciones aspiracionales, considera que su alcance y sus efectos tienden a quedarse cortos. Por lo tanto, critica a las constituciones aspiracionales, y en especial a los intérpretes que no las aplican al pie de la letra, por supeditar los derechos sociales a las consideraciones políticas o económicas. Según esta postura, consideraciones de ese tipo deberían ser irrelevantes dado que la realización completa de los derechos constitucionales es un imperativo jurídicamente vinculante que debe cumplirse a pesar de las dificultades que ello suponga.¹³ De acuerdo con esta visión, entonces, es la realidad económica la que debe adaptarse al texto constitucional, y no al contrario.

La segunda perspectiva progresista crítica podría denominarse *utopismo desilusionado*. Esta perspectiva también está de acuerdo con el contenido y los objetivos de las constituciones aspiracionales, pero critica su incapacidad para materializarlos una vez son promulgadas. Las constituciones aspiracionales son particularmente problemáticas en el sentido de que, aunque no producen cambios sociales reales, dan la impresión de hacerlo a través de formulaciones generosas de derechos sociales y de permitir la posibilidad de que estos se protejan judicialmente. En ese sentido, el *utopismo desilusionado* estima que las constituciones aspiracionales y sus cláusulas sobre derechos sociales legitiman el *statu quo*.¹⁴

En este debate, nosotros defendemos una visión constructivista del derecho, por lo cual nos identificamos con un quinto punto de vista que podríamos llamar *optimismo moderado*. Pese a que todas las perspectivas mencionadas anteriormente tienen orientaciones políticas distintas y sus



¹³ Para una ilustración de esta postura en Colombia, véase Arango (1997).

¹⁴ Esta es la posición de algunos Critical Legal Studies radicales en los Estados Unidos. Un ejemplo de esta postura teórica puede verse, entre otros, en Kennedy (1999) y Tushnet (1984). Para su ilustración en el caso colombiano véase Mejía y Mápura (2009).

argumentos para criticar las constituciones aspiracionales son diferentes, un aspecto que tienen en común es que comparten la misma postura metodológica: todas poseen una concepción instrumentalista de la relación entre el derecho y el cambio social. Todas estas perspectivas creen que los textos constitucionales son capaces por sí mismos de producir cambios sociales, como si fueran objetos externos a los contextos en los que intervienen, esto es, como si fueran instrumentos o herramientas que pueden *causar* cambios en esos contextos.¹⁵

Estamos convencidos de que el instrumentalismo es una forma errónea de comprender la relación entre el derecho y el cambio social, desde un punto de vista tanto teórico como metodológico. Por un lado, el instrumentalismo se basa en la falsa creencia de que las instituciones jurídicas son externas a sus contextos y pueden actuar en ellos como si fueran entidades causales.¹⁶ Esta creencia ha sido refutada por la sociología jurídica contemporánea, particularmente por la postura constructivista metodológica en lo que tiene que ver con la relación entre el derecho y el cambio social. En contraste con el instrumentalismo, el constructivismo entiende esta relación no de forma causal, sino como una relación de incidencia recíproca. Por ende, el derecho no es concebido como un elemento externo, sino más bien constitutivo del contexto en el que interviene; el derecho determina ese contexto, pero al mismo tiempo es determinado por él.¹⁷

La perspectiva constructivista identifica una postura política progresista que se sitúa en el medio de las visiones demasiado optimistas o demasiado pesimistas.¹⁸ De acuerdo con esta postura intermedia, las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que estas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social. Sin embargo, este mecanismo por sí mismo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser más efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica que existan elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional en general, y al activismo judicial progresista en materia de



¹⁵ Para una crítica al instrumentalismo, véase Sarat (1985).

¹⁶ Durante mucho tiempo, esta creencia fue muy importante en la sociología jurídica. En los sesenta fue apoyada fuertemente por los miembros del Movimiento Law and Development, quienes veían en el derecho un motor fundamental para llevar el desarrollo a los países del sur global. Sin embargo, las políticas inspiradas en esta idea fracasaron rápidamente y el movimiento fue objeto de críticas muy intensas.

¹⁷ Para los orígenes del constructivismo en la teoría de la acción social, véase Berger y Luckmann (1967). Para una aplicación teórica del constructivismo al derecho, véase Bourdieu (2000).

¹⁸ Esta tesis intermedia está inspirada en el trabajo de McCann (1984). Para un uso de esta tesis intermedia en trabajos previos de los autores, véase García Villegas y Uprimny (2002); Saffon (2007) y García Villegas (2004).

derechos sociales en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos.

Desde un punto de vista político, esta tesis constructivista parece más favorable a la transformación social que las posturas críticas progresistas. Según esta tesis, para lograr un cambio social real se requiere un compromiso político serio de diversos actores a favor de la Constitución, que tome en serio los obstáculos políticos y económicos propios del contexto, y que los enfrente estratégicamente con miras a que el texto constitucional sea efectivamente aplicado. Pero las posturas críticas solamente debilitan esta posibilidad, pues no se comprometen con el proyecto transformador, ni toleran las dificultades que con frecuencia tal proyecto trae consigo, sino que lo critican cada vez que se queda corto. Así, las críticas radicales pueden limitar los efectos de las constituciones aspiracionales, ya que pueden contribuir a que su propia crítica se vuelva realidad, funcionando entonces como una profecía autocumplida. De esa manera, paradójicamente las posturas críticas radicales, que se pregonan como las más progresistas, pueden terminar siendo funcionales a las perspectivas conservadoras, al condenar a las constituciones aspiracionales al fracaso, tal y como esas perspectivas desde un comienzo lo habrían deseado.

2. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991: UNA CONSTITUCIÓN ASPIRACIONAL EN UN TERRENO HOSTIL¹⁹

La Constitución colombiana vigente es un buen ejemplo de una Constitución aspiracional que ha alcanzado un grado importante de eficacia y que, sin embargo, enfrenta varios obstáculos que dificultan sus posibilidades de producir cambios sociales. Estos obstáculos tienen que ver con varios factores que caracterizaron el proceso constituyente: la ausencia de una revolución previa o de un partido político triunfante, el subsecuente déficit de voluntad política de desarrollar el proyecto constitucional emancipatorio, la existencia de un fuerte activismo judicial en derechos sociales, los conflictos interinstitucionales y los debates políticos que se han derivado de dicho activismo.

La promulgación de la Constitución de 1991 no fue el resultado de una revolución previa o del triunfo de un nuevo partido político. Fue más bien el producto de un intento consensuado de confrontar una profunda crisis política causada por la corrupción política y la violencia. Así, el objetivo principal de la Asamblea Constituyente de la cual emergió la Constitución fue ampliar la democracia. La composición pluralista de la Asamblea con-



¹⁹ Esta sección se basa principalmente en Saffon (2007) y García Villegas y Uprimny (2002).

trastó con la tradicional dominación bipartidista del sistema político. Varios sectores sociales y políticos que habían sido tradicionalmente excluidos pudieron participar activamente en el proceso de elaboración de la nueva Constitución: miembros de guerrillas desmovilizadas, minorías políticas y religiosas, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y movimientos estudiantiles, entre otros, formaron parte de la constituyente.²⁰

Como resultado, la Constitución de 1991 terminó siendo un texto bastante aspiracional, tanto en sus metas como en sus contenidos. Su intención fue sin duda crear un nuevo modelo de sociedad; sus principales orientaciones ideológicas incluyeron la ampliación de los mecanismos de participación, el logro de la justicia social y la igualdad, y la protección y garantía efectiva de un amplio conjunto de derechos constitucionales. Para poder alcanzar estas metas, la Constitución incorporó una generosa carta de derechos compuesta por derechos civiles y políticos, así como por derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos y del medio ambiente.

Después de la promulgación de la Constitución, muchos de los actores sociales y políticos que fueron los protagonistas principales de la Asamblea Constituyente se dispersaron y debilitaron.²¹ En consecuencia, las instituciones políticas –y en particular el Congreso– no estuvieron conformadas por personas verdaderamente comprometidas con las metas de la Constitución de instaurar en el país un Estado social de derecho y de lograr una sociedad incluyente.

En cierta medida, esta falta de compromiso de los actores políticos con las promesas sociales de la Constitución se explica por el texto constitucional mismo: en la Constitución hay una clara tensión entre las cláusulas económicas neoliberales y las promesas sociales, y muchos actores han terminado favoreciendo las primeras en detrimento de las segundas. En los primeros años de la década de los noventa, el gobierno colombiano inició –con el apoyo de agencias económicas internacionales– la implementación de una estrategia de liberalización económica. De modo que, mientras las cláusulas sociales de la Constitución requerían mayor intervención estatal para redistribuir la riqueza, el gobierno implementaba políticas que apuntaban a reducir la



²⁰ Más del 40% de los delegados en la Asamblea Constituyente no pertenecían ni al Partido Liberal ni al Partido Conservador, los cuales habían dominado la arena política hasta entonces. De los 70 delegados en la Asamblea, 19 eran parte de la Alianza Democrática-Movimiento 19 de Abril (AD-M19), el partido político que se creó tras la desmovilización de la antigua guerrilla M-19 en el marco del proceso de paz; 2 eran miembros de la Unión Patriótica, un partido de izquierda que fue drásticamente exterminado por la violencia paramilitar; 2 representaban a los niños y a los estudiantes; 2 eran miembros de pueblos indígenas, y otros 2 representaban sectores cristianos no católicos (Buenahora, 1992).

²¹ Este fue el caso de los partidos políticos AD-M19 y Movimiento de Salvación Nacional, los cuales jugaron un papel fundamental en la Asamblea Constituyente, pero unos años después desaparecieron del campo político.

intervención del Estado de forma tal que fueran las fuerzas del mercado las que asignaran los recursos.

Con el paso del tiempo, esto creó una tensión entre la Constitución normativa o aspiracional (compuesta por el texto, los valores y los derechos establecidos en la Carta) y la Constitución real (que consistía en las relaciones entre las fuerzas políticas),²² la cual se tradujo en un conflicto interinstitucional entre los actores políticos y la Corte Constitucional.

Así, poco a poco, el debilitamiento progresivo de las fuerzas políticas comprometidas con la Constitución de 1991 y las estrategias neoliberales del gobierno propiciaron el espacio para que la Corte Constitucional se presentara a sí misma como una de las pocas instituciones dispuestas a defender las cláusulas sociales y el contenido progresista de la Constitución.²³ En esa batalla semiaislada que ha librado la Corte, ha tenido que enfrentarse a varias instituciones estatales que consideran que su activismo progresista es una violación del principio de separación de poderes y un obstáculo para el desarrollo económico.²⁴ Estas instituciones se han opuesto al activismo al menos de tres maneras: privilegiando las políticas neoliberales por encima de las políticas sociales, siendo reacias a obedecer las sentencias de la Corte e, incluso, llegando a proponer reformas legales para recortar los poderes de la Corte.²⁵

Hasta cierto punto, este conflicto interinstitucional se ha reproducido en el debate político y académico sobre la Constitución y el rol del juez constitucional. Las diferentes perspectivas que hay en este debate coinciden parcialmente con las cinco que expusimos en la sección anterior de este artículo.

3. EVALUACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA: UN ESTUDIO EMPÍRICO

En esta sección, presentamos los resultados de una investigación empírica que realizamos con el propósito de evaluar la eficacia del activismo de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales. En particular, intentamos ilustrar que la eficacia de este activismo ha sido importante, pero también restringida. Comenzamos por describir brevemente el alcance y la

²² Gómez (1995).

²³ Otras instituciones que también han jugado este rol al menos en algunos momentos han sido los jueces decidiendo acciones de tutela, y algunos órganos de control como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

²⁴ Este es el caso de algunos miembros de instituciones estatales encargadas del desarrollo de políticas económicas y financieras, como el Banco de República y el Ministerio de Hacienda.

²⁵ Uprimny (2006).

metodología utilizada para efectuar la investigación empírica (3.1), y luego analizamos sus principales resultados (3.2).

3.1. Alcance y metodología de investigación

El objetivo principal de la investigación empírica consistió en averiguar la manera como la Corte decide casos individuales relacionados con derechos sociales, para así poder evaluar la eficacia de sus decisiones. Por eso la investigación se concentró en decisiones de tutela y no en sentencias que decidieran la constitucionalidad de leyes. Así mismo, y pese a que todos los jueces del país resuelven acciones de tutela, nos concentramos en las sentencias que decide la Corte Constitucional en virtud de su poder de revisión.

Delimitamos la investigación a las sentencias de tutela debido a que probablemente este ha sido el campo en el que el activismo de la Corte Constitucional relacionado con derechos sociales ha recibido las más duras críticas.²⁶ También excluimos del análisis las sentencias de tutela de otros jueces constitucionales, ya que la Corte juega un papel clave en el funcionamiento de la acción de tutela. Esto se debe no solamente a que la Corte es la última instancia de decisión en casos de tutela,²⁷ sino a que sus precedentes determinan en buena parte la forma en la que todos los demás jueces constitucionales interpretan y aplican la carta de derechos de la Constitución.²⁸

Los resultados empíricos que describimos y analizamos se derivan de una muestra aleatoria de todas las sentencias de tutela proferidas por la Corte entre 1992 y 2006.²⁹



²⁶ Esto en parte se explica por el hecho de que, como veremos, los derechos sociales generalmente no son concebidos como derechos directamente aplicables que puedan ser amparados por jueces de tutela. Sin embargo, durante mucho tiempo la Corte desarrolló la *doctrina de la conexidad*, en virtud de la cual un derecho social puede protegerse directamente cuando, en el caso concreto, el omitir su protección supondría la violación de un derecho fundamental. Más recientemente, la Corte ha desarrollado una doctrina según la cual algunos derechos sociales son fundamentales y directamente aplicables, tal como el derecho a la salud. Estas doctrinas han sido criticadas, entre otras cosas, porque implican una carga económica no preestablecida para el Estado.

²⁷ Técnicamente, no obstante, la Corte no es una instancia más, es un ente de revisión con unas funciones muy específicas consagradas en el Decreto 2591 de 1991.

²⁸ Si bien Colombia es un país de tradición jurídica continental, la Corte Constitucional ha desarrollado una rigurosa doctrina sobre el carácter vinculante de su precedente, no solamente para sí misma, sino también para todos los jueces que deciden asuntos constitucionales, incluyendo las otras dos altas cortes –Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado–. Estas dos cortes han sido las que más resistencia han opuesto a la obligatoriedad del precedente de la Corte Constitucional, lo cual ha producido lo que se conoce como un “choque de trenes” entre las altas cortes. Para un análisis de la doctrina sobre el precedente constitucional, véase López (2006). Para una discusión sobre el tema del “choque de trenes”, véase García Villegas y Uprimny (2006).

²⁹ La muestra está compuesta por información obtenida en dos etapas distintas de investigación empírica. La primera etapa se realizó en 1998 y se publicó en el 2001 (García Villegas, 2001) y abarcó las sentencias expedidas por la Corte entre 1992 y 1997. En esa ocasión, se usó una muestra de 334 sentencias seleccionadas aleatoriamente. La segunda etapa se realizó en el 2007 y abarcó las sentencias expedidas por la

3.2. La protección judicial de derechos sociales por parte de la Corte Constitucional

Con el propósito de evaluar la dimensión del activismo de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, a continuación analizamos la información de nuestro estudio empírico mostrando: el porcentaje de sentencias de la Corte que deciden sobre derechos sociales (3.2.1); el porcentaje de los diferentes tipos de sentencias sobre derechos sociales, basado en la naturaleza de estos derechos (3.2.2), y la variación anual del activismo de la Corte en el tema de derechos sociales (3.2.3).

3.2.1. Cantidad de sentencias favorables a los derechos sociales

El primer paso para evaluar el activismo de la Corte Constitucional en derechos sociales consiste en determinar cuántas de sus sentencias nominalmente se ocupan del tema de los derechos sociales, para luego determinar cuántas de esas sentencias conceden la protección solicitada del derecho o los derechos invocados y cuántas la niegan.

El criterio que empleamos para determinar si una sentencia se ocupa o no de derechos sociales es la propia clasificación del texto constitucional de los diferentes tipos de derechos. La Constitución de 1991 distingue entre dos grupos de derechos cuyos titulares son los individuos: (1) los derechos civiles y políticos –llamados también derechos fundamentales–, que en principio incluyen aquellos derechos que son directamente aplicables, tales como los derechos a la vida, al debido proceso y a la integridad personal (título I, capítulo I de la Constitución). (2) Los derechos sociales económicos y culturales, que incluyen derechos como la salud, la educación y la vivienda (título I, capítulo II de la Constitución).³⁰

Esta es una primera forma de evaluar el activismo judicial de la Corte, suponiendo que las sentencias que protegen derechos sociales son, en princi-

Corte entre 1998 y 2006; esta vez se utilizó una muestra de 309 sentencias seleccionadas aleatoriamente. Dado que el período de tiempo que ambas muestras cubrían no era igual de extenso y dado que las dos muestras no tenían el mismo tamaño y, por ende, tampoco tenían el mismo grado de representatividad, utilizamos una fórmula matemática para poder otorgar un valor ponderado a la información de cada una de las dos etapas. La fórmula utilizada fue la siguiente: $P = X(6/15) + Y(9/15)$, en la que P es el resultado ponderado de los dos períodos; X es el total de sentencias del primer período y Y es el total de sentencias del segundo período; en cada paréntesis se encuentra una operación en la que se divide el total de años considerado en cada período (6 y 9 respectivamente) por el total de años incluidos en la investigación (15 en total). Sin embargo, no siempre presentamos los datos ponderados; solamente lo haremos cuando haya diferencias interesantes y sustanciales entre los dos períodos que valga la pena resaltar.

³⁰ La Constitución incluye un tercer grupo de derechos, los derechos colectivos y del medio ambiente (título I, capítulo III de la Constitución), pero cuyos titulares no son los individuos, sino los grupos, por lo cual su protección no puede ser invocada a través de la acción de tutela. Por eso, esta investigación no versa sobre ese tercer tipo de derechos.

pio, más progresistas que aquellas que protegen derechos civiles o políticos, en la medida en que los derechos sociales pueden implicar erogaciones de parte del Estado que pueden tener efectos redistributivos importantes. Sin embargo, como veremos más adelante, esta suposición es imprecisa, pues los derechos sociales no siempre implican erogaciones de esa naturaleza (además de que en muchos casos los derechos civiles y políticos sí lo hacen). Por ello, en la sección posterior esta medida es complementada por otras más precisas.

Las siguientes dos tablas muestran, respectivamente, la distinción en términos de porcentajes de las sentencias de la Corte Constitucional según el tipo de derecho del que se ocupan, y el porcentaje de sentencias en las que la Corte concede o niega el amparo de un derecho social:

Tabla 1. Porcentaje ponderado de sentencias sobre derechos sociales (1992-2006)

| Casos | % del total |
|------------------------------|-------------|
| Derechos civiles y políticos | 44% |
| Derechos sociales | 55% |
| Total | 100% |

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Porcentaje de sentencias sobre derechos sociales concedidas y negadas

| Casos | % del total de casos sobre derechos sociales |
|------------|--|
| Concedidas | 66% |
| Negadas | 34% |

Fuente: elaboración propia.

Como lo muestran las tablas anteriores, más de la mitad de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2006 se ocupan de derechos sociales (55%). De igual forma, en el 66% de los casos relativos a derechos sociales se ha concedido la protección solicitada. Además, el número de sentencias sobre derechos sociales ha aumentado en un 10% en los últimos diez años, pero el porcentaje de casos concedidos y negados no ha variado.

Estas estadísticas son bastante sugestivas, pues durante mucho tiempo la Corte aplicó un precedente según el cual, por regla general, solamente los derechos civiles y políticos son de aplicación inmediata y pueden ser

protegidos judicialmente a través de la acción de tutela.³¹ En ese sentido, la protección frecuente de derechos sociales a través de la acción de tutela por parte de la Corte puede ser evaluada como una muestra importante de su activismo judicial, incluso con respecto a su propio precedente sobre la materia. La Corte ha protegido los derechos sociales de forma sistemática, aun cuando, según su propio precedente, dicha protección procedía solo de manera excepcional, esto es, cuando la violación del derecho social ponía en peligro otro derecho de carácter fundamental –esta regla se conoce como la doctrina de la conexidad y, como veremos en la sección 3.2.3, se aplicó en relación con todos los derechos sociales hasta el año 2008, cuando la Corte sentó un nuevo precedente en cuanto el derecho a la salud, según el cual este tiene un carácter fundamental y es de aplicación inmediata, sin que deba probarse su conexidad con otros derechos fundamentales–.³²

No obstante, como veremos a continuación, si se analiza con un mayor nivel de detalle el *tipo* de protección que la Corte otorga en los casos de derechos sociales, su evaluación como excesivamente activista debería matizarse.

3.2.2. Diferentes tipos de sentencias sobre derechos sociales

Un análisis detallado de las sentencias de la Corte revela que las sentencias de tutela relacionadas con derechos sociales, aparte de referirse a un derecho clasificado como social por el texto constitucional, no tienen mucho en común entre sí. Estas tutelas varían en cuanto a su objeto y a sus efectos de una manera muy relevante para evaluar su nivel de activismo, pues no en todos los casos implican órdenes judiciales de erogaciones económicas no previstas por normas anteriores, que es la principal razón por la cual las sentencias de tutela en materia de derechos sociales son criticadas como excesivamente activistas.

Para comenzar, podemos clasificar las sentencias de la Corte sobre derechos sociales en dos categorías:

a) Sentencias sobre derechos sociales prestacionales: estas incluyen aquellos casos que tienen que ver con un derecho clasificado como social, económico o cultural por la Constitución de 1991 (título II, capítulo II), y



³¹ Véanse, entre otras, las sentencias T-633 del 2002, T-1239 del 2001, T-150 del 2000, C-112 de 1998, T-395 de 1998, T-271 de 1995. Esta regla se deriva de la distinción que hace el texto constitucional entre derechos fundamentales o directamente aplicables y derechos sociales. Véase la Sentencia T-395 de 1998.

³² Véase la Sentencia T-760 del 2008. Este nuevo precedente es posterior a las sentencias comprendidas en la muestra recogida para esta investigación, por lo cual el precedente más relevante para analizar nuestro material empírico continúa siendo la doctrina de la conexidad, aun cuando el nuevo precedente sobre el carácter fundamental del derecho a la salud puede ser considerado como el resultado y a la vez como una nueva etapa de consolidación del activismo judicial de la Corte en esa materia, tal y como lo argumentamos en la sección 3.2.3.

que además implican una decisión económica acerca de si un servicio o un subsidio debe o no ser concedido a un individuo o a un grupo de personas. Por lo general el suministro de tal servicio o subsidio corresponde al Estado, pero ello no siempre es así. Algunos ejemplos de este tipo de casos son el pago de una pensión de jubilación, la construcción de una casa, la aprobación de un terreno para una escuela pública, entre otros.

b) Sentencias sobre derechos sociales en general: estas incluyen los casos que tienen que ver con un derecho clasificado como social, económico o cultural por la Constitución de 1991 (título II, capítulo II), pero que no implican una decisión económica como la especificada en a).

La siguiente tabla expone el número de casos y porcentajes de sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado de uno u otro tipo de derechos sociales, así como el número y el porcentaje de sentencias –según el tipo de derecho– en las cuales la Corte ha concedido o negado la protección del derecho en cuestión:

Tabla 3. Distribución de sentencias sobre derechos sociales (1992-2006)

| Tipo de sentencia sobre derechos sociales | % del total de sentencias sobre derechos sociales | % de sentencias concedidas | % de sentencias negadas |
|---|---|----------------------------|-------------------------|
| Derechos sociales prestacionales | 76% | 71% | 28% |
| Derechos sociales en general | 24% | 50% | 50% |
| Total | 100% (55% del total de tutelas) | N/A | N/A |

Fuente: elaboración propia.

La tabla anterior muestra que en el período estudiado el porcentaje de sentencias que concedieron la protección de derechos sociales prestacionales fue bastante mayor que el porcentaje de las sentencias que la negaron, representando las primeras un 71%.

De nuevo, esto parece revelar un importante grado de activismo judicial en derechos sociales, dado que la protección judicial de derechos sociales prestacionales implica la intervención de un juez en decisiones económicas; específicamente, la expedición de una orden –dirigida en la mayoría de las ocasiones al Estado– de que se pague o se provea un servicio. Sin embargo, esta apreciación debe ser matizada una vez más, dado que es posible hacer una segunda clasificación de las sentencias de la Corte sobre derechos sociales, en función del tipo de derechos sociales *prestacionales* sobre los que versan:

- a) Sentencias sobre derechos sociales que implican un pago de lo debido:** estas incluyen aquellos casos que demandan una intervención por parte del juez en una decisión económica sobre si un servicio o un subsidio debe otorgarse o no, pero que puede ser decidida estableciendo si el Estado ya le debe al peticionario lo que solicita en el caso. Estos casos contienen todas aquellas situaciones en las que el peticionario claramente tiene derecho a recibir un pago o un servicio preestablecido en una relación contractual o administrativa.
- b) Sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto:** en contraste con el anterior tipo de sentencias, este tipo de fallos solamente incluye aquellos casos en los que la decisión económica que ordena el juez no resulta de verificar una obligación preexistente, sino de lo que el juez considere necesario para que esa obligación se cumpla, lo cual a menudo implica una erogación económica no preestablecida.

Esta última clasificación permite afinar la evaluación del activismo judicial de la Corte Constitucional, pues sugiere que solo en el caso de sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto podría hablarse de un verdadero activismo de parte de la Corte. En todos los demás casos, las órdenes de la Corte no implican una erogación económica (derechos sociales en general), o si lo hacen se trata de una erogación ya prevista por una norma o contrato (derechos sociales prestacionales de pago de lo debido), de forma tal que la decisión del juez constitucional no puede considerarse como fuente de la obligación.

La siguiente tabla muestra el número de casos y porcentajes de sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales prestacionales, según el tipo de prestación que implican:

Tabla 4. Distribución ponderada de sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales prestacionales

| Sentencias en derechos sociales prestacionales | % del total de casos |
|--|---|
| Pago de lo debido | 63% |
| Derechos sociales prestacionales en sentido estricto | 37% |
| Total | 100% (76% de tutelas sobre derechos sociales) |

Fuente: elaboración propia.

Esta tabla muestra que, si bien las sentencias de tutela de la Corte Constitucional sobre derechos sociales prestacionales representan una proporción bastante significativa del total de sentencias de tutela, más del 60% de dicha proporción constituye un pago de lo debido al peticionario en virtud de una relación preexistente.

Como se mencionó arriba, estrictamente hablando, las sentencias sobre derechos sociales prestacionales que constituyen un pago de lo debido no pueden ser consideradas como verdadero activismo judicial en derechos sociales. En efecto, en estos casos la acción de tutela funciona como un remedio judicial contra la ineficacia de la administración. Esto es así ya que la orden judicial de que se pague una cantidad de dinero o de que se provea un servicio es simplemente una orden de que se cumpla con una obligación que ya existía previamente. En ese sentido, las sentencias de tutela de este tipo se parecen a una acción de cumplimiento,³³ a través de la cual el beneficiario de un servicio o un subsidio exige el pago de lo que se le ha reconocido de antemano. Además, en estos casos el juez de tutela no realiza su función natural de adjudicación, sino que más bien ejecuta una función rutinaria dirigida a cobrar pagos debidos por el Estado como resultado de sus deudas.

En contraste, las sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto sí pueden considerarse como activismo judicial en derechos sociales, pues en esos casos el problema jurídico que el juez enfrenta consiste en decidir si debe reconocer o no un derecho cuya protección implica la provisión de un servicio o la entrega de un subsidio, a pesar de que dicha provisión no esté claramente estipulada como una obligación legal. Así las cosas, solamente habría activismo judicial cuando el juez responde afirmativamente ante la disyuntiva o cuando, excepcionalmente, al responder negativamente admite la posibilidad de una respuesta afirmativa.

En ese sentido, si excluimos las sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales relacionadas con el pago de lo debido, podremos tener una idea más precisa de la dimensión real del activismo judicial en derechos sociales. Es solamente en los casos de derechos sociales prestacionales en sentido estricto cuando la Corte realmente interviene en asuntos económicos al aplicar directamente la Constitución –sin ninguna intermediación legal–, enfrentándose así a los órganos políticos del Estado.

Como lo ilustra la siguiente tabla, estos fallos realmente activistas son más bien raros y poco frecuentes si se les compara con el total de sentencias de la Corte Constitucional que conforman el universo de la muestra creada



³³ La acción de cumplimiento es un mecanismo legal propio del sistema jurídico colombiano destinado a garantizar que las autoridades públicas cumplan con las normas legales. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 87.

para esta investigación. La tabla 5 identifica la distribución porcentual de sentencias en las que la Corte concede o niega la protección de un derecho social prestacional en sentido estricto, comparado con todos los porcentajes de otros tipos de protecciones judiciales en derechos sociales.

Tabla 5. Porcentajes ponderados de protección de derechos sociales concedidos y negados

| Sentencias por tipos de derechos sociales | | | % del tipo de derechos sociales (DSPeSE o DS en general) | % de derechos sociales | % del total de sentencias de tutela |
|---|------------|--|--|------------------------|-------------------------------------|
| Derechos sociales prestacionales | Concedidas | Derechos sociales prestacionales en sentido estricto | 27% | 19% | 11% |
| | | Pago de lo debido | 44% | 34% | 20% |
| | Negadas | | 27% | 22% | 12% |
| Derechos sociales en general | Concedidas | | 50% | 12% | 7% |
| | Negadas | | 49% | 11% | 6% |
| Total | | | | 100% | 56% |

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con la tabla anterior, las sentencias de la Corte en las que se concede la protección de un derecho social prestacional en sentido estricto solamente representan el 11% del total de sentencias de la muestra para el período 1992-2006. Entre 1997 y 2007, este porcentaje aumentó del 9 al 11%.

Aunque este 11% no representa una revolución social o un cambio profundo, lo cierto es que esas decisiones han transformado la vida de cientos de miles de ciudadanos que han logrado que la Corte Constitucional proteja sus derechos. Estos fallos también son importantes en la medida en que crean un precedente judicial que marca una pauta sobre cómo resolver casos similares en el futuro.

La siguiente tabla ilustra los diferentes temas que han tratado las sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto en el período 1998-2006.

Tabla 6. Protección de derechos sociales prestacionales concedidos por la Corte Constitucional (1998-2006)

| Tipo de derecho social amparado | |
|--|------------------------------------|
| Pago de lo debido (49%) | |
| Derechos sociales prestacionales en sentido estricto (51%) | Salud (32%) |
| | Seguridad social (pensiones) (14%) |
| | Salud de niños (3%) |
| | Educación de niños (1%) |
| | Otros (1%) |
| Total (100%) | |

Fuente: elaboración propia.

Esta tabla muestra que las tutelas relacionadas con el derecho a la salud son más de la mitad del total de las tutelas relacionadas con derechos sociales prestacionales en sentido estricto. Como veremos en la siguiente sección, el tema de la salud ha marcado la evolución de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, de un lado, porque ha incrementado sustantivamente la cantidad anual de tutelas sobre derechos sociales, y, de otro, porque ha señalado una nueva fase de consolidación del precedente de la Corte en el tema.

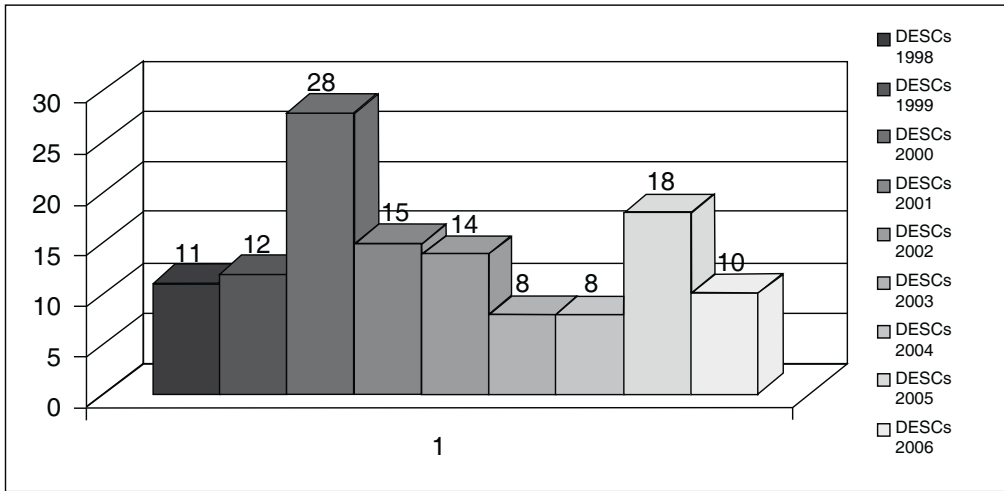
3.2.3. Evolución del activismo de la Corte sobre derechos sociales

Desde 1998 las acciones de tutela relacionadas con derechos sociales han crecido exponencialmente. Al parecer, este crecimiento ha estado muy asociado al inmenso incremento que han tenido las tutelas sobre derechos a la salud. Mientras que en 1995 se interpusieron tres mil acciones de tutela relacionadas con el derecho a la salud, en 1999 el número aumentó a aproximadamente cuarenta mil tutelas.³⁴ Al final de la década, las tutelas sobre salud rondaban el 30% del total de las tutelas presentadas en todo el país –esto es, de *todas* las tutelas y no sólo de aquellas sobre derechos sociales–.³⁵ Ello ha tenido como consecuencia un gran crecimiento de las tutelas sobre derechos sociales en general, las cuales llegaron a su pico máximo en el 2000. La siguiente gráfica ilustra esta evolución en el tiempo:



³⁴ Colombia, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura (1999).

³⁵ *Ibíd.*

Figura 1. Protección de derechos sociales (1998-2006)

Fuente: elaboración propia.

El aumento de las tutelas sobre derechos sociales ha sido impulsado de manera importante por el gran incremento de las tutelas sobre derecho a la salud. Tal aumento vino acompañado de un enorme gasto público en salud, que pasó de dos millones de dólares en 1998 a casi siete millones en 1999.³⁶ Por esta razón, varios analistas económicos y actores políticos criticaron las sentencias sobre derechos sociales de la Corte Constitucional. Estas críticas generaron conflictos interinstitucionales, pues los actores políticos se resistían a cumplir con las órdenes de la Corte.

Una prueba de esta resistencia es que, si bien el poder ejecutivo venía cumpliendo las órdenes relacionadas con casos individuales de tutela hasta 1998 (en una suerte de primer período), dicho poder se opuso a promover reformas y cambios estructurales en la política pública de salud, lo cual era justamente lo que había que hacer para prevenir el aumento de sentencias en el tema. Esta necesidad estaba ya implícita en las sentencias de la Corte en salud, las cuales eran muy frecuentes y recurrentes. Otra prueba de esta resistencia es el hecho de que durante esta fase el propio gobierno apoyó públicamente propuestas de reforma para recortar las competencias de la Corte en asuntos económicos.

Estas críticas a las sentencias sobre derechos sociales de la Corte también propiciaron conflictos intrainstitucionales, pues no todos los magistrados de la Corte estaban dispuestos a apoyar un precedente que suponía tantas consecuencias problemáticas para la institución. Como resultado, en esta primera

³⁶ Uprimny (2006).

fase, el precedente de la Corte en derechos sociales en general, y en salud en particular, no era completamente unívoco ni estaba consolidado, por lo cual eran frecuentes los salvamentos de voto.³⁷

Tal situación cambió radicalmente entre los años 1998 y 2006 (una segunda fase). De hecho, el precedente de la Corte en derechos sociales en general, y en salud en particular, se consolidó tanto dentro de la Corte que es raro encontrar para este período una sentencia en este tema con un salvamento de voto.³⁸ Además, la Corte estaba tan convencida de su precedente en salud que continuó seleccionando tutelas relacionadas con temas que ya había discutido y sobre las cuales había sentado doctrina y siguió insistiendo en la necesidad de aplicarla uniformemente. Esto explica por qué entre 1998 y 2006, 35 de 37 sentencias de la Corte sobre derechos sociales no fueron *originarias*.

Pero la segunda fase de la evolución de las sentencias de la Corte no solamente se caracteriza por los cambios dentro de la Corte, también es posible afirmar que entre 1998 y 2006 la relación entre la Corte y los órganos políticos a cargo de desarrollar la política pública en materia de derechos social se tornó menos conflictiva y más complementaria. En efecto, en ese período las instituciones estatales encargadas de la regulación de la salud pública han aplicado el precedente de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud, y así han incorporado la posibilidad de que un Comité –adscrito a la institución médica– decida si un paciente debe recibir o no un medicamento que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos por la Corte. Además, en el 2007 el Congreso aprobó la Ley 1122 del 2007, que intentó generar incentivos positivos y negativos para que las entidades médicas cumplieran con el precedente de la Corte en el tema de salud, sin necesidad de que se presentara una acción de tutela en su contra.

En el 2008, la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-760, tal vez el fallo más importante en materia de salud en Colombia. La Corte acumuló veintidós expedientes de tutela con el objetivo de tener una muestra comprehensiva de los tipos de problemas recurrentes que habían llevado a los ciudadanos a acudir a la tutela para proteger su derecho a la salud. A partir de ese diagnóstico, el tribunal, además de declarar el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, expidió órdenes concretas –dirigidas a resolver cada uno de los casos de tutela–, así como órdenes generales o com-



³⁷ Agradecemos a Aquiles Arrieta por esta idea.

³⁸ *Ibíd.*

plejas –dirigidas a diferentes entidades del Estado– que pretendían resolver fallas estructurales en la política pública de salud (Justicia Global, 2011).³⁹

La declaratoria del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo inició una tercera etapa en la evolución de la protección constitucional de los derechos sociales. Gracias a esta declaración, aun cuando su vida (u otro derecho fundamental) no corra peligro, una persona puede presentar una acción de tutela para que se proteja su derecho a la salud.⁴⁰ De esa forma, la Corte cambió su consolidado precedente sobre la necesidad de probar una relación de conexidad entre un derecho social y un derecho fundamental para que el primero sea protegido.⁴¹ Al hacerlo, volvió mucho más fáciles las condiciones de procedibilidad de las tutelas en materia de salud. Aunque en principio la nueva sentencia solo se refiere al derecho a la salud, este paso sienta un precedente para que a futuro la Corte pueda decir lo mismo de otros derechos sociales importantes tales como el derecho a la seguridad social. Así mismo, dado que el derecho a la salud es uno de los derechos cuya protección más se solicita a través de la tutela y que es el derecho social prestacional de carácter estricto más protegido por la Corte, la sentencia ya está teniendo y tendrá un gran impacto en materia del activismo judicial sobre derechos sociales en general.

En efecto, la sentencia tuvo consecuencias directas en el número de tutelas que se presentaron para proteger el derecho a la salud. Durante los años 2006, 2007 y 2008, el número de tutelas llegó a su pico más alto (37,56%; 37,81% y 41,5%, respectivamente, del total de tutelas presentadas en el país), pero en el 2009 cayó a niveles que solo se habían visto en el 2001 (27,11% del total) (Defensoría del Pueblo, 2010).

A pesar de que la reacción inicial del gobierno a la sentencia y a sus autos de seguimiento planteó dificultades prácticas para la ejecución de las órdenes, con el paso del tiempo el gobierno desarrolló estrategias concretas para su cumplimiento. Dos proyectos de reforma a la salud dan muestra de ello.



³⁹ La declaratoria de estado de cosas inconstitucional que hizo la Corte en el tema de desplazamiento forzado (Sentencia T-025 del 2004) le ha valido fuertes críticas de constitucionalistas conservadores y de economistas desconfiados que consideran que la Corte no solamente ha intervenido más de la cuenta en la política pública sobre desplazamiento, sino que incluso llegó al punto de rediseñarla y reformularla. Quizá consciente de ello, en la Sentencia T-760 la Corte no declaró la figura de estado de cosas inconstitucional, pese a que el caso cumplía con todos los requisitos para que así se hiciera. Aun así, la Corte ha venido haciendo un seguimiento detallado al cumplimiento de las órdenes de la Sentencia T-760, tal y como lo hecho con la Sentencia T-025.

⁴⁰ En virtud de esta declaración, ya no puede exigirse que el derecho a la salud se encuentre en conexidad con otros derechos fundamentales para que sea amparado por un juez constitucional (ver *supra* nota 25). Según la Corte, la salud es ahora un derecho fundamental autónomo.

⁴¹ La Corte justificó su cambio de precedente aplicando la doctrina de que los derechos fundamentales deben ser identificados a través de criterios materiales y no textualistas, y de que la Corte debe garantizar la aplicación progresiva de los derechos sociales (Parra Vera, 2009).

En primer lugar, a finales del 2009 el gobierno declaró la emergencia social y económica con el objetivo –tal como lo mencionan los considerandos de los decretos correspondientes– de dar cumplimiento a las indicaciones de la Corte Constitucional. Aunque el tribunal terminó declarando inconstitucional la emergencia social, el intento del gobierno es una muestra de su voluntad de acatamiento a la jurisprudencia constitucional en materia de salud.

Durante el segundo semestre del 2010, algunos congresistas con el apoyo del gobierno, y el mismo gobierno, presentaron dos proyectos de ley (de ley ordinaria y de ley estatutaria respectivamente) que pretendieron resolver algunas de las fallas estructurales identificadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 del 2008. La ley ordinaria ya fue aprobada (Ley 1438 del 2011) y la ley estatutaria –que principalmente busca trasladar las decisiones en salud de las manos de los jueces a las de médicos expertos– se encuentra actualmente en trámite.

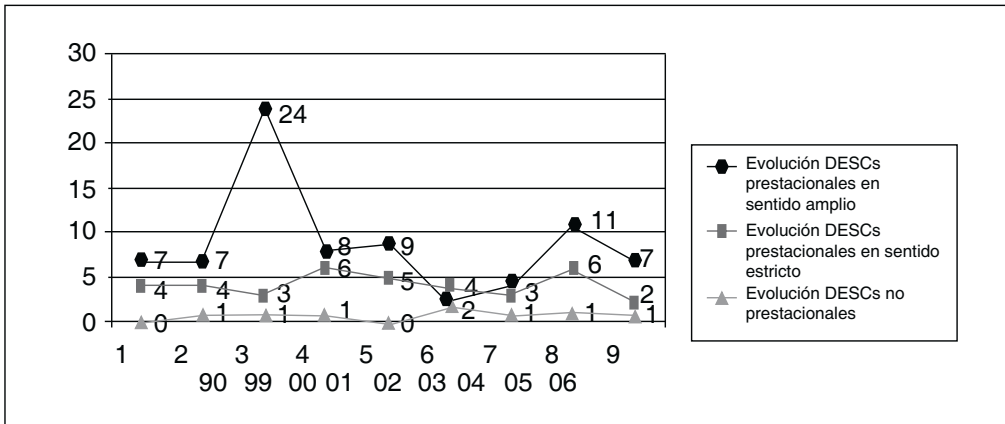
Así pues, en esta nueva etapa de la protección constitucional de los derechos sociales, y en particular del derecho a la salud, el activismo judicial de la Corte parece haberse consolidado, y ello parece estar produciendo cambios estructurales importantes. En efecto, tal activismo ha llevado a transformaciones importantes de la política pública en salud destinadas a que esta se corresponda con los mandatos de la Corte. Y tales cambios han tenido como resultado una disminución del activismo de la Corte en la materia, dado que las tutelas ya no son tan necesarias para que el derecho a la salud sea protegido.

Además, han pasado ya varios años desde que el gobierno atacó abiertamente a la Corte y sus competencias, y desde que defendió reformas legislativas para recortar estas últimas. Aunque esto podría tener una explicación distinta –como el hecho de que entre el 2007 y 2009 la mayoría de los entonces magistrados terminaban su período y, por ende, el gobierno tenía la posibilidad de terner a algunos de sus reemplazos–, lo cierto es que esto en parte muestra que la relación entre la Corte y el gobierno ha dejado de ser tan conflictiva como lo era entonces.

Lo anterior no quiere decir que todas las tensiones entre la Corte y los actores políticos hayan desaparecido. Pero sí revela que, debido a la consolidación del precedente de la Corte en derechos sociales, las resistencias del gobierno a su aplicación se han reducido, o al menos se han vuelto más sutiles. Por lo tanto, esto también ha hecho que el trabajo de la Corte en casos sobre derechos sociales se haya convertido en una actividad más bien rutinaria y poco activista. Esto es apenas natural, pues el activismo es un primer paso para alcanzar cambios en el sistema normativo, los cuales, una vez son alcanzados, reducen la necesidad de que los jueces sean activistas.

Sin embargo, es esencial tener en cuenta que este activismo no fue tan importante como lo sugieren los críticos de la Corte. En el período 1998-2006, las sentencias sobre derechos sociales han tenido que ver principalmente con casos sobre derechos sociales prestacionales, pero para casos de pago de lo debido. En esos casos, la protección del derecho ya está previamente autorizada por una disposición legal. La siguiente gráfica resume el balance:

Figura 2. Sentencias sobre derechos sociales (1998-2006)



Fuente: elaboración propia.

También es vital aclarar que el activismo de la Corte en derechos sociales –esto es, en casos de derechos sociales prestacionales en sentido estricto– no ha sido igual de intenso para todos los derechos sociales. La Corte ha sido particularmente insistente en la necesidad de proteger el derecho a la salud bajo ciertas circunstancias –incluso cuando el amparo no ha sido reconocido previamente por una norma legal–, pero ha proferido escasas sentencias relacionadas con el derecho a la vivienda o el derecho a la alimentación.

El hecho de haber llegado a una fase de decantación de su precedente en materia de derechos sociales no supone que la Corte pueda ahora quedarse inactiva o pasar a otros temas. Para que sus decisiones puedan producir algún grado de cambio social, es crucial que la Corte extienda su precedente activista a otros derechos sociales igual de importantes que el derecho a la salud.

CONCLUSIONES: CONSTITUCIONES ASPIRACIONALES, DERECHOS SOCIALES Y CAMBIO SOCIAL

En la primera sección de este artículo, intentamos mostrar por qué las constituciones aspiracionales y el activismo judicial en derechos sociales que estas permiten son herramientas importantes aunque insuficientes para

producir transformacionales sociales estructurales. Para lograr una plena eficacia, estas herramientas legales deben ser apoyadas por un constitucionalismo militante, que se comprometa con su materialización y que sea capaz de hacer realidad las promesas de la Constitución.

En la segunda sección, mostramos que este era el caso en contextos, como el colombiano, en los que las constituciones aspiracionales no son producto de una revolución victoriosa y en los que además los actores políticos no las defienden tras su promulgación. En esas situaciones, no importa qué tan activistas puedan ser las cortes constitucionales, pues sus posibilidades de producir cambios sociales siempre estarán muy limitadas. En esa medida, tanto las críticas conservadoras que las acusan de ser demasiado activistas como las críticas progresistas que las acusan de serlo demasiado poco parecen desatinadas.

En la tercera sección, analizamos las sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales mediante una investigación empírica destinada a evaluar la dimensión real del activismo judicial de la Corte en materia de derechos sociales. Expusimos que esta dimensión es mucho menos importante de lo que parece, ya que una gran porción de fallos sobre derechos sociales terminan ordenando el pago de lo debido; estos casos, sumados a aquellos en los que se protegen derechos sociales en general (24%), dejan poco espacio para un verdadero activismo judicial, es decir, para casos que amparen derechos sociales prestacionales en sentido estricto. No obstante, también argumentamos que se trata de un activismo con efectos fundamentales no solo por los casos que efectivamente protegen derechos sociales prestacionales en sentido estricto, sino también por los cambios que esos casos han producido tanto en el precedente constitucional como en la actitud de los poderes políticos en relación con las decisiones de la Corte.

En esta última sección, quisiéramos concluir señalando que el activismo judicial progresista en derechos sociales se entiende mejor cuando se analiza desde una perspectiva constructivista e intermedia, según la cual este tipo de activismo es un elemento necesario para alcanzar transformaciones sociales que, sin embargo, es insuficiente para lograrlas por sí solo.

Un optimismo moderado, basado en una concepción constructivista del derecho constitucional, nos permite entender que, sin importar qué tan aspiracional sea una Constitución o qué tan activista sean los jueces encargados de aplicarla, ellos no pueden producir cambios sociales como si fueran elementos externos capaces de causar transformaciones en los contextos en los que pertenecen. No obstante, esto también nos permite ver que hay una relación de reciprocidad mutua entre el derecho y su contexto, con base en la cual las promesas del derecho pueden ser utilizadas por los movimientos

sociales y políticos como parte de una lucha más amplia para alcanzar transformaciones sociales.

En el caso de la Corte Constitucional, las sentencias sobre derechos sociales son insuficientes para promover cambios sociales por varias razones. Por un lado, la mayoría de esas sentencias realmente no constituye un activismo judicial capaz de aplicar directamente los derechos sociales ni de producir cambios en el ámbito específico de cada derecho. Estos fallos son más bien remedios judiciales destinados a proteger derechos sociales ya reconocidos que los agentes públicos rechazan o se niegan a aplicar pese a su obligación de hacerlo. Además, estas sentencias solamente son capaces de proteger a aquellas personas que hasta cierto punto ya están protegidas, por lo cual pueden dejar sin protección a los grupos más excluidos y marginalizados. En consecuencia, estos grupos no emplean la acción de tutela como un mecanismo para reclamar la protección de sus derechos, lo cual ayuda a explicar el hecho de que la mayoría de las sentencias de tutela no tiene que ver con sus casos. Si estas sentencias no ayudan a los más necesitados atendiendo sus casos, es muy difícil sostener que pueden ayudar a producir un cambio social trascendental. Por el contrario, estos fallos pueden ser interpretados como medios para proteger a las clases medias y así preservar el *statu quo*.

Por otro lado, las sentencias de la Corte sobre derechos sociales que pueden ser catalogadas como verdaderamente activistas son más bien pocas. Por ello, si bien sus efectos son importantes, son muy limitados en aras de producir transformaciones sociales efectivas. Ello es así no solamente por la baja cantidad de casos sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto que se deciden, sino también porque, por su naturaleza, son casos individuales, lo cual necesariamente limita sus efectos a nivel macro.

Aunque los casos individuales constituyen un precedente para futuros casos similares, unos y otros siguen siendo casos individuales, y, por lo tanto, sus efectos no implican transformaciones estructurales. Además, el activismo de la Corte en derechos sociales está limitado también porque, como lo argumentamos en la segunda sección, en general se trata de una batalla más bien aislada que enfrenta resistencias importantes. En primer lugar, en muchos casos no existe suficiente voluntad política para materializar los fallos de la Corte. En segundo lugar, como aún persiste –aunque con menos intensidad– el riesgo de que el Congreso pueda recortar los poderes de la Corte, esta puede optar por un activismo mucho más prudente y tímido. Sin embargo, es notable que la Corte no lo haya hecho hasta ahora, y que, por el contrario, haya ampliado y consolidado cada vez más su precedente sobre derechos sociales.

Por las razones anteriores, el activismo de la Corte en derechos sociales puede ser interpretado como un mecanismo estabilizador pero también

desestabilizador. En efecto, el activismo no solamente cumple la función de insistir en la necesidad de la aplicación directa de los derechos sociales y, en consecuencia, del cambio social. También puede cumplir una función legitimadora que apuntaría a atenuar la tensión que existe entre el discurso aspiracional de la Constitución, por un lado, y una realidad llena de limitaciones y dificultades institucionales que impiden su materialización, por el otro.

Esta función también consistiría en la delimitación de un espacio de lo que es posible en el derecho constitucional, que no estaría comprometido ni con la protección ineludible de los derechos sociales ni con la estructura social e institucional dominante. De esta manera, la Corte permitiría la retórica de la solidaridad para mantener la esperanza de la ciudadanía en el cambio social, y al mismo tiempo admitiría lidiar con las restricciones derivadas del contexto. Según esta visión, el derecho constitucional supondría procesos de negociación y conciliación de intereses opuestos, permitiendo así renovación y estabilidad para alcanzar acuerdos. La Corte permitiría entonces que una Constitución demasiado generosa tenga impacto en una sociedad demasiado injusta.

Esta interpretación también es importante porque no cierra las puertas a una lucha social y política más amplia para aprovechar el contenido emancipatorio de los derechos sociales. Las constituciones aspiracionales y las interpretaciones progresistas de su contenido son un arma de doble filo: pueden funcionar como una estrategia contra la decepción y la desesperación, pero también pueden ser tomadas en serio y utilizarse como una herramienta para producir cambios sociales. De hecho, este optimismo moderado y constitutivo es la única forma de pensar en serio la emancipación social.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arango, Rodolfo, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, 1997, 8.
2. Baldassarre, Antonio, "Los derechos sociales", *Revista Derecho del Estado*, 1998, 5.
3. Berger, Peter L. & Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, 1967.
4. Bockenforde, Ernest W., "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, 1993.
5. Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Uniandes, 2000.
6. Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente*, Tercer Mundo, Bogotá, 1992.
7. Calabresi, Guido, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, Yale University Press, 1970.

8. Carrasquilla, Albero, "Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico", *Derecho Público*, 2001, 12.
9. Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Alfaomega-Cambio, 2001.
10. Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, pp. 1-44.
11. Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law and economics*, Adisson-Wesley, 1989.
12. Corte Constitucional & Consejo Superior de la Judicatura, *Estadísticas sobre la tutela*, 1999.
13. De Sousa Santos, Boaventura, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en De Sousa Santos, Boaventura & x García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 2001, 85.
14. Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud, 2009*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2010.
15. De-Kok, Adrian-C.-M., "Will Lack of Commitment to Fundamental Social Rights Persist in Europe after 1992?", *International Journal of Sociology and Social Policy*, 1990, 10, (1), pp. 81-84.
16. García, Mauricio & Uprimny, Rodrigo, "Tribunal Constitucional e emancipaçã social na Colombia", in De Sousa Santos, Boaventura (ed.), *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, 2002, pp. 298-339.
17. García Villegas, Mauricio, "No sólo de mercado vive la democracia", *Revista de Economía Institucional*, 2004, 6, (10).
18. García Villegas, Mauricio, "Law as Hope. Constitutions, Courts and Social Change in Latin America", *Florida Law Journal*, Gainesville, 2004, XVI, (1).
19. García Villegas, Mauricio, "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", in De Sousa Santos, Boaventura & García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 2001, 455.
20. García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, Fontamara, México, 2010.
21. García, Mauricio & Uprimny, Rodrigo, "La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?", en García, Mauricio; Uprimny, Rodrigo & Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?*, Norma, Bogotá, 2006.
22. Hoffe, Otfried, "Social Rights as Opposed to the Minimal State: A Philosophical Exploration", *Labour and Society*, 1983, 8, (2).
23. Kalmanovitz, Salomón, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", *Economía Colombiana*, 1999, 276.

24. Kennedy, Duncan, "Libertad y restricción", en López, Diego Eduardo (ed.), *Decisión judicial. el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Juan Manuel Pombo & Diego Eduardo López Medina trans., Siglo del Hombre Editores, 1999, 1986.
25. López, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, 2006.
26. Mejía Quintana, Óscar & Mápura Ramírez, Lina, "Alienación, ideología y cosificación. Una mirada desde las teorías críticas de la jurisprudencia colombiana", *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, 2009, (24), pp. 131-154.
27. McCann, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, 1994.
28. North, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*, Fondo de Cultura Económico, 1993.
29. Parra Vera, Óscar, *La protección judicial de las dimensiones prestacionales del derecho a la salud: tipos de norma, estándares y formas de activismo judicial*, tesis para obtener el título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.
30. Posner, Richard, *The economic analysis of law*, Little, Brown and Co, 1992.
31. Rodríguez, César & Uprimny, Rodrigo, "¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia", en Rodríguez, César; García, Mauricio & Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, 2006.
32. Saffon, María Paula, "Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court", *Seattle Journal for Social Justice*, 2007, 5, (2).
33. Sarat, Austin, "Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition", *9 Legal Studies Forum*, 1985, 9, (1), pp. 23-31.
34. Sunstein, Cass, "The Negative constitution: Transition in Latin America", in Stotzky, I. P. (ed.), *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*, Westview Press, 1993.
35. Tushnet, "An Essay on Rights: A Political History", *Yale Law Journal*, 1984, 100, p. 1515.
36. Teitel, Ruti, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", *The Yale Law Journal*, 1997, 106, (7), pp. 209-280.
37. Uprimny, Rodrigo, "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", in Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, 2006, 127.
38. Zagrebelski, Gustav, *Il diritto mite*, 1992.

Sentencias

1. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- del 2008.
2. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-590 del 2005.
3. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-633 del 2002.
4. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-595 del 2002.
5. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1239 del 2001.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 2000.
7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-150 del 2000.
8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1998.
9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 1998.
10. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 1998.
11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 1998.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 1995.
13. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 1993.

Normas

1. Constitución Política de Colombia.
2. Colombia, Decreto 2591, noviembre 19 de 1991.
3. Colombia, Decreto 2067, septiembre 4 de 1991.

Entrevistas

1. Arrieta, Aquiles, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.