

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES*

Jaime Gómez Montañez**

La transformación del Estado Liberal, de Estado Gendarme a garantizador de la dignidad humana, encuentra en el Estado Social de Derecho y en la constitucionalización del Derecho su fundamento, que se expresa en el derecho a la igualdad material, la dignidad humana y el pluralismo de la sociedad que surge como contrapeso frente a la concepción rígida, jerarquizada y de interpretación abstracta o formalista del derecho.

En desarrollo de las nuevas realidades sociales, los derechos sociales fundamentales son un soporte primordial del Estado Social de Derecho, que de un tiempo para acá, pasan a ser inherentes al poder institucional del Estado Liberal, un atributo de la persona individual como ser colectivo y base de su legitimación, a través de reconocerles rango de norma constitucional, a pesar de esto, presentan ambigüedad. En Colombia sólo a partir de La Constitución de 1991, como parte de un nuevo ethos político, en un acto del poder constituyente, se establece en forma explícita la cláusula de Estado Social de Derecho como principio fundamental que guía la acción institucional.

Palabras claves: Estado Social de Derecho, Derechos fundamentales, Derechos sociales fundamentales, Derechos económicos, sociales y culturales.

ABSTRAC:

The transformation of the liberal state from a policed state to one ensuring human dignity, finds its foundations in the social estate law and establishment of the law. This is stated in the right to material equality, human dignity and pluralism of the emerging society that appears as a counterbalance to the rigid notion, hierarchical, and abstract interpretation or formalist of the law.

In the development of the new social realities, the fundamental social rights are essential support for the social estate law, after a while they became inherent to the institutional power of the liberal estate. An attribute of the individual person as a collective human being and the basis of its legitimization in order to recognize them as constitutional, however, they are ambiguous. In Colombia, after the 1991 constitution reform, the social estate law was established as an explicit clause and a fundamental principle guiding the

Key Words: Social State Law, The fundamental rights, The fundamental social rights, Economic, social and cultural rights.

El Estado demo-liberal fue la antítesis del Estado absolutista, tomando de éste elementos que lo soportan, enriquecen y desarrollan. El Estado Social de Derecho se reconstruye y avanza en ampliar el catálogo de derechos que el Estado Liberal de Derecho había construido, los reconoce en solemnes declaraciones y los protege en pro de hacer efectiva la igualdad material o fáctica, como ideal de la más plena auto-realización de los individuos sociales. Se transforma de Estado gendarme, en Estado garantizador de la dignidad humana.

Los derechos sociales (derechos económicos, sociales y culturales, DESC) se articulan en una relación estrecha con el Estado Social, constituyéndose en el paradigma de la acción estatal, que debe actuar proporcionando medios o recursos para hacer efectivo el goce de estos derechos. En su legitimación predomina la asimetría de la relación Estado y ciudadano, se busca coincidir los principios de la democracia política con las exigencias de la democracia económica, esta última, en el entendido de ser garante la dignidad humana. Al mismo tiempo, ligados a la naturaleza del hombre como ser político y social.

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación "Desplazamiento, Desarraigo y Conflicto en Norte de Santander" que desarrolla el Grupo de Investigación IDH adscrito al Centro de Investigaciones de la Universidad Libre seccional Cúcuta

**Docente investigador facultad de Derecho, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

El Estado Social de Derecho tiene su formulación constitucional en el siglo XX, sus raíces datan de mediados del siglo XIX, en los países centrales europeos, ligado al proceso de modernización e industrialización de la sociedad, que a su vez conlleva al nacimiento del proletariado, que pasa de convertirse en “clase en sí, a clase para sí”, tomando conciencia de su papel histórico y político emancipatorio de acuerdo con la ideología marxista. La urbanización e industrialización de la sociedad generó condiciones de miseria a grandes masas de trabajadores, de allí, la gestación de movilizaciones y luchas por los derechos económicos, sociales y culturales, expresadas inicialmente en el derecho al trabajo y a la seguridad social como exigencias que requieren la protección jurídica, como derechos del homo faber, al ser humano en condición de trabajador, (Pérez Luño, 2004: 193).

García Pelayo (1987: 17) menciona que La idea del Estado Social, más concretamente del Estado Social de Derecho, se debe a Hermann Heller, quien a su militancia socialdemócrata unía la de ser uno de los más destacados tratadistas de la teoría política del Estado entre los años veinte y treinta, del siglo XX, con su obra: “Estado de derecho o dictadura”. Es de anotar, que el concepto ya había sido expuesto por Lorenz Von Stein, en 1848. La lucha ideológica de principio del siglo XX lleva a los partidos socialdemócratas ha que formulen la tesis que la sociedad se encuentra ante la disyuntiva -hacer reformas sociales o verse abocado a la revolución socialista de corte marxista-leninista-.

El Estado constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho Democrático, sino su transformación como lo señala Prieto Sachis (1999: 8), con la fórmula de Estado social, La Constitución Política adquiere un nuevo significado en el orden jurídico, político, económico y social, y se legitima ante las nuevas condiciones sociales de una civilización industrial, especialmente en los países capitalistas y neocapitalistas, ávidos de grandes transformaciones que se concretan a partir de los años cuarenta del siglo XX. Para Agustín Gordillo (2001: 185) el viejo statu quo del liberalismo decimonónico pasa a ser sustituido por el nuevo statu quo del Estado Social de Derecho o Estado benefactor.

El Estado benefactor en los países centrales nace de un proceso histórico, sin duda complejo, pero, de manera específica, de la exigencia de refundar la legitimación de manera extensiva (para incluir a las clases trabajadoras) con el fin de permitir la ampliación de la base productiva del capital, (Negri, 2004: 30). Igualmente, ligado a las políticas económicas Keynesianas sobre la base de un Estado interventor, planificador y germen del Welfare State, que actúa conforme a programas políticos, de acuerdo a las tendencias del partido en el gobierno y por lo tanto, variables.

El Estado Social de Derecho tiene entre sus fundamentos el derecho a la igualdad material (igualdad ante la ley o la igualdad en la ley respaldada en el principio de igualdad social), la dignidad humana, el pluralismo de la sociedad y la constitucionalización del Derecho, que surgen como contrapeso frente a la concepción rígida, jerarquizada y de interpretación abstracta o formalista del derecho por parte del Estado liberal. Para Pérez Luño (2004: 193), los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos, las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir las necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de <<procura asistencial>>, ya no como meras exigencias morales, sino como auténticos deberes jurídicos. Se amplía en La Constitución política, además de la formulación de normas políticas, incluyen normas jurídicas con contenido material social.

En Colombia, sólo a partir de La Constitución de 1991, como parte de un nuevo ethos político, en un acto del poder constituyente, se establece en forma explícita la cláusula de Estado Social de

Derecho como principio fundamental, en tal interpretación la Corte Constitucional (1997) ha señalado: “La cláusula del Estado Social de Derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad”.

El Estado liberal en su ideario de libertad e igualdad en la ley se apoya en el principio de la igualdad social, asumiéndolos como garantía para el ejercicio de la libertad, en la doctrina nacional Rodolfo Arango (2005: 155), reconoce que:

“las constituciones modernas presuponen la libertad y la igualdad del individuo. Pero las constituciones de un Estado Social de Derecho toman por hecho que hay factores que pueden poner en peligro tales presupuestos y esta forma de Estado se preocupa por asegurar las circunstancias reales para el ejercicio de la libertad y de la igualdad. Su función esencial consiste, así, en proteger al individuo de los riesgos naturales y sociales a que está expuesto, de forma que éste pueda realizar en la mayor medida posible sus potencialidades”.

En Colombia, algunos de los valores reconocidos, como: la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad de las personas que integran la sociedad, y el principio de la prelación del interés general, fundamentan el Estado Social, la democracia y el Estado de Derecho, donde se le reconoce a la norma constitucional su carácter normativo (artículo 4 de la C.P.), más allá del programático. Tal apreciación hace parte de una unidad reguladora que comprende valores, principios y derechos fundamentales. En la formulación de Alexy (1997: 112), los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas, que postulan derechos *prima facie*, derechos que no se aplican de manera inmediata, que requieren un juicio judicial de ponderación con otros derechos y con otros principios para casos concretos.

En el Estado Social de Derecho, la libertad está lejos de ser ejercida contra el Estado, por el contrario debe ser ejercida por él, pues, el principio establece la obligación de crear supuestos sociales, que determinan a sus órganos públicos la necesidad de implementar políticas y acciones afirmativas que propendan por la igualdad material y fáctica de todas las personas (artículo 13 C. P.), que se traduce en mandato de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos de prestación o derechos fundamentales subjetivos.

Según Alexy, los derechos fundamentales son expresión de garantía procesal. Además de ser concebidos como un sistema de valores, en nuestro entorno, la Corte Constitucional colombiana (2001) señala que “las normas que reconozcan valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento”. Nuestra constitución tiene como característica portar un sistema de valores.

Derechos fundamentales:

La vigencia de los derechos fundamentales son el soporte del Estado Social de Derecho, los cuales de un tiempo para acá, pasan a ser inherentes al poder institucional del Estado, un atributo de la persona individual como ser colectivo y base de legitimación del poder estatal, a través de reconocerles rango de norma constitucional, o en otros ordenamientos, un reconocimiento especial. A pesar de esto presentan ambigüedad en su definición y delimitación.

El término, derechos fundamentales tiene como antecedente que “aparece en Francia 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del

Hombre y el Ciudadano, de 1789”(Pérez Luño 2004:29); “En Alemania, la Asamblea nacional de Frankfurt, proclamó el 27 de diciembre de 1848 una serie de “derechos” bajo el epígrafe: “Los derechos fundamentales del pueblo alemán” (Schmitt, 1966:185); La Constitución de Weimar (Alemania), de 1919, titula su segunda parte “Derechos y deberes fundamentales”; y culmina este proceso con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949. Hoy este término lo encontramos con gran predominio constitucional, como declaración solemne de derechos, en especial, en las constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial que pasan a representar ejemplos paradigmáticos del Estado social en la organización política, y de allí, pasa al continente americano.

Las constituciones políticas nacionales reconocen en los derechos fundamentales una serie de principios y valores, como derechos o carta de derechos con que cuentan las personas que habitan en un Estado. Para Pérez Luño (2004: 46), “Los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada”. Reconoce que los términos, derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados como sinónimos, pero desde el uso lingüístico-jurídico, el término derechos humanos aparece como un concepto de contorno más amplio e impreciso y los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto.

En referencia que hace Pérez Luño (2004) de Peces-Barba, éste sostiene la tesis: que los derechos fundamentales sólo alcanzan su plenitud cuando: 1) una norma jurídica positiva (norma con rango constitucional o de ley ordinaria) los reconoce; 2) de tal norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos, y 3) los titulares pueden contar para su protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado. Por lo tanto, el reconocimiento positivo y el mecanismo de garantía procesal de protección los convierte en derecho objetivo, como conjunto de normas jurídicas y, al mismo tiempo, estas normas otorgan a la persona el derecho subjetivo procesal para hacerlo efectivo.

De tiempo atrás, el jurista alemán Carl Schmitt (1966:188) reconoce como únicos derechos fundamentales los que protegen esferas de libertad de las que resultan derechos y precisamente derechos de defensa o de libertad, pues, “no todo derecho fundamental se encuentra garantizado en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional, y a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental”. Los derechos fundamentales en sentido propio, para este autor, tan sólo son los derechos de libertad de la persona humana individual, y divide los derechos fundamentales en absolutos o relativos. Los absolutos no requieren que se garanticen con arreglo a la ley, solo la injerencia legal aparece como excepción limitada, en cambio, para los relativos sólo son garantizados dentro de los límites o con arreglo a la ley.

Los derechos fundamentales nacen como “derechos de defensa”, y crecen posteriormente a “derechos de participación” en el Estado democrático, más tarde, aparecen los “derechos de prestación” en el Estado Social de Derecho. En este sentido tienen reconocimiento de derechos subjetivos, al contener una posición fundamental del individuo frente a un Estado y la sociedad. Como dirá Borowski (2003: 98) “Los derechos fundamentales son, en su más pura esencia, derechos subjetivos del individuo frente al Estado”.

La ambigüedad e indeterminación de los derechos fundamentales adquieren un norte en el trabajo de Juan Carlos Gavara (1994: 123), quien realiza un análisis de las diferentes teorías de los derechos fundamentales en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, su objetivo principal

es averiguar el contenido y alcance esencial de los derechos fundamentales como límites al legislador.

Señala, que la doctrina alemana ha utilizado frecuentemente criterios extracontextuales, cuyos principales modelos han sido: **a)** modelo interpretativo: supone la aplicación de una teoría general de los derechos fundamentales a una determinada Constitución y que Ernst Wolfgang Böckenförde distingue cinco concepciones: liberal, institucional, valorativa, funcional-democrática y social; **b)** modelo objetivo-valorativo: el cual considera que los derechos fundamentales son un sistema de valores en donde el Estado alemán encuentra su unidad y la integración popular y R. Smend, parte de la utilización de criterios normativos y no normativos (filosóficos, sociológicos) para la interpretación de los derechos fundamentales; **c)** modelo institucional: considera a los derechos fundamentales como instituciones; **d)** modelo normativo: como el resultado de la fusión entre la norma y la realidad a la que se aplica, y supone analizar los derechos fundamentales a partir de su aplicación; y **e)** modelo argumentativo: R. Alexy, tiene como base el análisis de las normas que establecen derechos fundamentales teniendo en cuenta su carácter de regla y principio.

Gavara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán señala que hacia mitad de los años cincuenta se inició el desarrollo de una teoría del doble carácter de los derechos fundamentales –contenido subjetivo y contenido objetivo– como decisiones de valor o principios objetivos. Böckenförde los argumenta en dos fases: **a)** los derechos humanos son planteados como orden o sistema de valores con pretensión de validez en todos los ámbitos del derecho. La ley Fundamental de Bonn no establece un orden neutral de valores, sino que establece un orden de valores objetivos que tienen validez en todos los ámbitos del derecho y que configura y determina el objetivo en el contenido material de todo ordenamiento jurídico (derecho penal, civil, administrativo), un efecto de irradiación; y **b)** los derechos fundamentales individuales son interpretados como principios que establecen valores objetivos.

En nuestro ordenamiento jurídico para comprender la definición y alcance de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional (1992) estableció que se deben tener dos criterios para definir los derechos fundamentales: un criterio principal: i) si el derecho es “esencial” de la persona humana y, ii) si el constituyente lo reconoció expresamente como fundamental (art. 41); y otro, como criterio auxiliar: i) los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93), ii) los enunciados en el artículo 85 que son de aplicación inmediata, iii) la ubicación y denominación del derecho y, iv) la existencia de una súper garantía en su reforma (art. 377 C.P). De allí, la adopción de una interpretación sistemática acompañada de razonabilidad y proporcionalidad. La ponderación de los intereses dependerá de las circunstancias del caso concreto bajo la lupa del principio de proporcionalidad.

Los derechos sociales

Los derechos sociales adquirieron categoría constitucional, y en la doctrina prevalece discusiones abstractas sobre su estructura y, de allí, parte la gran incertidumbre por la vaguedad que genera el tema, en especial, también por los intereses ideológicos que defiende cada una de las posturas, esto hace que se mantenga un profundo debate acerca de la naturaleza jurídica de los DESC, ¿cuál es su núcleo duro? (en el término anglosajón), o su “contenido esencial” (Gavara). Un gran disenso ambienta la polémica, que tiene como fundamento último, su exigibilidad y las garantías que debe propender el Estado.

La igualdad material es parte fundante de los derechos sociales, pero encuentra en su construcción hipotética (debilidad teórica jurídica y política), a pesar de ser reconocidos como

referente primordial del Estado Social de Derecho. El Estado adquiere obligaciones de prestación positiva, contrastando con los derechos de libertad a los cuales se les ha dado una formulación categórica y base fundante del Estado de derecho como abstenciones de éste. Acercarnos a la igualdad material no podría ayudar el comentario de Hermann Petzold (2010:215)

“el principio de la igualdad en la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones, fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan como finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de igualdad social”

En estos debates frente a la ambigüedad de las normas, expresa Alexy (1997: 22), “una normación, por más vaga que sea, si cuenta con un amplio consenso con respecto a la materia que regula, no provoca mayores discusiones. Pero, si a la vaguedad se suma un profundo disenso acerca de los objetivos de la regulación, entonces está ya abonado el terreno para una amplia polémica”, caso que se predica de los derechos sociales.

Una parte de la doctrina garantista encuentra que estos hacen parte de la categoría de derechos “prima facie”, cuya realización normativa exige un proceso de institucionalización para que los convierta en derechos finales” (Hierro, 1999: 33). También en Colombia, Arango (2005:167) frente a los derechos sociales admite que “cuando una persona (individual o colectiva) se encuentra en una situación de necesidad y el Estado tiene posibilidad fáctica de resolverlo o mitigarlo, pero omite hacerlo, y tal omisión amenaza con ocasionar un daño a la persona” estamos ante un derecho prima facie.

Rodolfo Arango, no les da a los derechos prima facie el carácter de definitivo, y supone que para garantizarlos se debe construir un modelo que permita evaluar las razones en favor y en contra. Comparte que los derechos de libertad son formulados de manera categórica y que los derechos sociales fundamentales son presentados como hipotéticos. Junto con Alexy establece la necesidad de presentar un modelo de ponderación en el que la carga de la argumentación privilegia la igualdad jurídica.

En el escenario internacional como vías indirectas para la tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano Krsticevic (2004: 174), propone que a fin de ordenar las estrategias posibles, sugiere tres: “una primera vía para la protección de estos derechos consiste en la interpretación comprensiva de un derecho civil y político; una segunda vía propone atacar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los derechos; y finalmente, una tercera vía consiste en identificar actos, prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un derecho social”. Toma como base las normas de naturaleza obligatoria que hay en el sistema para los Estados.

La polémica trasciende al campo doctrinal, y sin mayores matices presento dos: i) las corrientes soportadas por la ideología neoliberal, del Estado mínimo, ligadas a la teoría económica de mercado, de no injerencia estatal en la realización de una justicia distributiva, con raíces en el constitucionalismo americano o liberal, para Nozick (Fernández, 1991) “el Estado mínimo restringe su contenido a organizar la policía y el ejército, así como los tribunales de justicia, dentro de los límites que sean imprescindibles para la garantía de los derechos individuales” y sostiene que no es incumbencia del Estado el realizar la justicia distributiva.

Y, **ii**) las corrientes que propugnan por el garantismo de los derechos sociales, con raíces en el constitucionalismo europeo continental del Estado Social de Derecho, comprendida ésta, como una teoría jurídica que designa su validez y efectividad, a partir, de considerar que los derechos sociales pueden ser concebidos como normas a través de las cuales el Estado asume una función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales, en cuya intervención el Estado satisface algunas exigencias de las personas, al considerarlos y darles la categoría de derechos sociales fundamentales, soportada en el derecho público.

Este conflicto en la sociedad democrática liberal tiene su fundamento en un sistema de valores, donde la libertad es más importante que la igualdad. Se acepta, por los primeros (neoliberales) que la sola garantía de la libertad jurídica es suficiente para garantizar la libertad real. Prevalciendo el derecho de libertad formal como baluarte de maximizar la libertad, y sólo, se acepta cierta igualdad mínima como garante del ejercicio de la libertad, desconociendo el derecho de igualdad material, sólo admite, que el derecho de libertad pueda llegar a ser limitado en aras del mismo.

La construcción de una dogmática jurídica de los DESC encuentra problemas u obstáculos en el pacto de derechos económicos y sociales (ONU, 1966), pues este no obliga de manera explícita a los Estados partes a proveer recursos judiciales para hacer efectiva su exigibilidad, y solo, los considera de desarrollo progresivo. Pasan a ser derechos reflejos o intereses legítimos exigibles indirectamente de acuerdo a las circunstancias históricas del Estado, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del sistema interamericano. Por el contrario, el instrumento internacional Pacto de derechos civiles y políticos (ONU, 1966) establece de forma expresa la obligación para los Estados de un cumplimiento inmediato, como derechos exigibles por sí mismos o de aplicación inmediata, podría afirmarse, que los derechos sociales constituyen la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo XX para el Estado liberal, pero que requieren desarrollo.

En este devenir doctrinario es bueno mencionar el trabajo nacional de Rodolfo Arango que se traza como objetivo el de “clarificar el concepto de derechos sociales fundamentales” como derechos subjetivos auténticos, y de allí, su exigibilidad judicial, buscando ofrecer las bases conceptuales necesarias para la realización de dichos derechos, bien en su desarrollo normativo o en su aplicación práctica.

Clasifica a los derechos sociales fundamentales, desde tres tesis: **i**) tesis maximalista: que asume que estos deben ser garantizados a cualquiera, en cualquier circunstancia y están ligados a la alimentación, la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y la seguridad social. **ii**) tesis minimalista: que parte que estos derechos deben ser reconocidos en cierto grado, un mínimo jurídico constitucional, trae como ejemplo el mínimo vital. Y, **iii**) tesis intermedia: -la cual comparte-, que sólo algunos derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos. Para Arango, la titularidad de los derechos sociales fundamentales sólo caben individuos, mientras que para los colectivos pueden ser titulares de derechos culturales.

En esta perspectiva de justiciabilidad y de garantía para su efectividad, encuentra en la jurisprudencia nacional, en especial, en la Corte Constitucional (Martínez Caballero) un soporte, cuando ha manifestado reiteradamente que:

“Los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad

humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren una mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. Los derechos humanos son pues una unidad compleja”

Éste concepto va en contraposición con la adopción tradicional de la doctrinaria y la jurisprudencia de considerarlos como derechos programáticos e inexigibles.

En Colombia no existe un mecanismo directo de protección de los derechos sociales, y sólo éstos son tenidos en cuenta para su protección por el Juez constitucional, por vía de la tesis de la conexidad (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-571 de 1992), cuando estos tengan como argumento un derecho fundamental, por circunstancias de vulneración o amenaza en casos concretos (prima facie) y sólo únicamente cuando están referidos a derechos fundamentales, podemos acudir al juez para impetrar la acción.

Sostenibilidad fiscal

Un tema de máxima sensibilidad en la garantía de los derechos sociales tiene que ver con el acto legislativo de la sostenibilidad social, próximo a culminar su desarrollo en el Congreso y que mantiene el tufillo de convertirse en una reacción a la Carta de derechos consagrado en nuestro ordenamiento constitucional, ya que, con la vigencia de La Constitución del 91 y del papel garantista de los derechos por parte de la Corte Constitucional se han arriado las denuncias e inconformidad sobre sus fallos, al considerar que sus decisiones son activismo judicial y que presentan una supuesta extralimitación de sus funciones. Esto llevó al ejecutivo a presentar una enmienda constitucional mediante el proyecto legislativo 016 de 2010, sobre el “Derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho”, radicado el 21 de julio de 2010.

Eleva a rango constitucional el derecho a la estabilidad macroeconómica, por su alcance y contenido, este proyecto puede producir cambios significativos en el concepto Estado Social de Derecho y en la garantía efectiva de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) por parte de los jueces. El gobierno en el texto no presenta una definición, según Novoa (2010: 44), la sostenibilidad fiscal se entiende como una situación en la cual se asegura que el gasto presente no erosione la capacidad de seguir gastando en el futuro. Con ello el acto legislativo adopta una reforma constitucional a la justicia y al sistema de protección judicial de los DESC.

Se subordina la garantía de los derechos sociales a las metas macroeconómicas, limita el alcance de quien hasta ahora ha sido su único garante, la Corte Constitucional, y de la tutela como mecanismo directo de la ciudadanía para su exigibilidad, Sandoval (2010:53), prevalece como derecho la sostenibilidad fiscal sobre los derechos sociales y solo el legislativo puede establecer las prioridades.

Bibliografía

- **ALEXY, Robert.** (1997). Teoría de los derechos Fundamentales. Primera reimpresión Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- **ARANGO, Rodolfo.** (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales. Universidad Nacional de Colombia, Legis editores S.A. primera edición, Bogotá.

- **ARANGO, Rodolfo** “El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos”. Foro, 2010, (72), Bogotá, D.C. Colombia.
- ARANGO, Rodolfo “La política fiscal del gobierno Santos frente al Estado social y democrático de derecho”. Foro, 2010, (72), Bogotá, D.C. Colombia.
- **BOROWSKI, Martín.** (2003) Derechos Fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- **FERNÁNDEZ, Eusebio.** (1991). Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Editorial Debate, S.A. segunda reimpresión, Madrid.
- Colombia, Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-111 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. 1287 de 2001
- Corte Constitucional. MP. Alejandro Martínez Caballero. Mayo 8 de 1992
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T-571 de 1992 “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta categoría en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos de forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”.
- **GARCÍA PELAYO, Manuel.** (1987). Las transformaciones del Estado contemporáneo. Primera reimpresión, segunda edición. Alianza editorial, S.A., Madrid.
- **GAVARA DE CARA, Juan Carlos.** (1994). Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Centro de estudios constitucionales, Madrid.
- **GORDILLO, Agustín A.** (2001). Soberanes Fernández, José Luís, Diego Valdés, “et al” Tendencias actuales del derecho. Segunda edición. Universidad Autónoma de México y Fondo de Cultura Económico. México D. F.
- **HIERRO, Liborio.** (1999). El núcleo duro de los derechos humanos. JM Bosch editor. Navarra, España.
- Justiciabilidad de los derechos sociales. (2004). CEJIL. San José de Costa Rica. Krsticevic, Viviana. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.
- **NEGRI, Toni.** (2004). ¿Para qué sirve el Estado? Prologo a la obra “El Leviatán derrotado” de Víctor Manuel Moncayo. Grupo editorial Norma S.A., Bogotá.
- **PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.** (2004). Los Derechos Fundamentales. Octava edición. Editorial Tecnos, Madrid.
- **PETZOLD PERNÍA, Hermann.** (2010). La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. Anuario de Filosofía jurídica y social. Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela).
- **PRIETO SANCHÍS, Luís.** (1999). Constitucionalismo y Positivismo. Biblioteca de Ética. Filosofía, Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, S.A. (1999) Segunda edición, México.
- Revisión constitucional del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- **SCHMITT, Carl.** (1966). Teoría de La Constitución. Editora nacional, México.