

DECISIONES POLÍTICAS Y LA EFICACIA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA
*JUAN GREGORIO ELJACH PACHECO**



POLITIC DECISIONS AND THE EFFECTIVENESS
OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN COLOMBIA

RESUMEN

Las afirmaciones de RAÚL GUSTAVO FERREYRA “El poder político crea el derecho” y “las razones de derecho constitucional”, esto último, entendido a partir de los derechos fundamentales incorporados en las constituciones como un criterio orientador de las decisiones políticas, remiten al estudio de la relación entre política y derecho. Lo anterior, resulta importante pues es necesario el análisis de los derechos fundamentales como guías que orientan las decisiones del poder político en un Estado, ya que a través de la eficacia de los derechos fundamentales se logra la efectividad de las decisiones políticas. A partir de lo anterior, el presente trabajo analiza en primer lugar la relación entre política y derecho, y como el contexto político y social influyó en la incorporación de los derechos fundamentales y de sus garantías dentro de la Constitución Política de 1991. Finalmente, en segundo lugar se pretende mostrar en forma somera la situación real de los derechos fundamentales en Colombia, en especial, las situaciones del derecho fundamental a la salud de los colombianos y la de los derechos fundamentales de la población desplazada.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional; Tutela; Poder Político; Derechos fundamentales; Constitución de 1991.

* Abogado de la Universidad del Cauca (Colombia), con especializaciones en Gestión de Entidades Territoriales, Derecho Público, Derecho Constitucional y Parlamentario, y Derecho Urbano de la Universidad Externado de Colombia, también Magister en Gobierno Municipal de la misma casa. Secretario General del Senado de la República de Colombia. Actualmente estudiante de cursos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, e-mail [cotsenado@hotmail.com].

ABSTRACT

RAÚL GUSTAVO FERREYRA claims that “Political power creates the law” and “the reasons of constitutional law”, the latter understood from the fundamental rights embodied in the constitutions as a guiding criterion for political decisions, refer to the study of the relationship between politics and law. This is important for the analysis of fundamental rights as guides of the decisions of political power in a State, since through the effectiveness of fundamental rights effectiveness is achieved in political decisions. From the above, this paper first analyzes the relationship between politics and law, and as the political and social context influenced the incorporation of fundamental rights and its guarantees in the Constitution of 1991. Finally, second is to show in summary form the actual situation of fundamental rights in Colombia, particularly the situations of the fundamental right to health of the citizens and of fundamental rights of the displaced population.

KEYWORDS: Constitutional Law; Guardianship; Political power; Fundamental rights; Constitution of 1991.

Fecha de presentación: 18 de abril de 2016. Revisión: 3 de mayo de 2016. Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2016.



I. POLÍTICA Y DERECHO

A. La relación recíproca y paralela entre política y derecho

Con posterioridad a la caída de las *polis* griegas, el término política se confunde con lo jurídico, lo ético y lo teológico. La autonomía de la política se logra con NICOLÁS MAQUIAVELO y THOMAS HOBBS. Para el primero, la política es distinta de la moral y de la religión. En la obra *El príncipe*, MAQUIAVELO demuestra que la política se delimita a partir del poder y de los agentes que hacen parte de ella. Es decir, la característica fundamental que diferencia a la política de lo ético y lo religioso es el poder político y la relación que existe entre gobernante y gobernados¹. HOBBS delimitó de manera más prolija el campo de la política, al señalar que existían reglas políticas con base en las cua-

1 LUIS LEANDRO SCHENONI. "El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo", en *Andamios*, vol. iv, n.º 7, 2007, disponible en [<http://portal.uacm.edu.mx/sitios/andamios/num7/articulos2.pdf>], consultado el 25 de marzo de 2016, pp. 212 a 213.

les el soberano gobernaba². De lo anterior, podría pensarse que logró identificar y delimitar el poder creador de estas reglas políticas que luego serían impuestas a los gobernados.

No obstante, luego de demostrarse la autonomía de la política, la definición única del término es compleja, porque es usado en todo tipo de contextos, razón por la cual, GIOVANNI SARTORI resalta que el término *política* sufre una “crisis de identidad”³. Con el objetivo de no recaer en una discusión perteneciente al campo de la ciencia política, para el desarrollo del presente trabajo asumiremos por política la “... actividad dirigida al gobierno de la situación social que denominamos sociedad, por medio del poder político”⁴. Este último, entendido como un centro político caracterizado por cumplir dos funciones básicas: la determinación de las metas sociales y establecer y mantener el orden de la sociedad⁵. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta interesante analizar la afirmación de RAÚL GUSTAVO FERREYRA “El poder político crea el derecho”⁶. Si se entiende al derecho como “... un sistema u ordenamiento jurídico o conjunto de normas jurídicas vigentes en determinado espacio y tiempo...”, la anterior afirmación de FERREYRA implica ver al derecho como a un instrumento que está a disposición del poder político para hacer efectivos determinados objetivos sociales a través del carácter coercitivo del sistema jurídico. En este sentido, los derechos fundamentales positivizados en las constituciones, además de imponer límites al ejercicio de la fuerza estatal⁸, también constituyen criterios orientadores de las decisiones políticas, o lo que FERREYRA denominó como “las razones de derecho constitucional”⁹.

2 GIOVANNI SARTORI. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 210.

3 Ver cita en *ibíd.*, p. 216.

4 CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT *et ál.* *Manual de ciencia política*, 2.ª ed., MIQUEL CAMINAL BADÍA (ed.), Madrid, Tecnos, 1999, p. 44.

5 *Ídem.*

6 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría”, *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76, 2009, Madrid, artículo disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>], consultado el 24 de marzo de 2016, p. 215.

7 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 33.

8 *Ibíd.*, pp. 55 y 56.

9 *Ibíd.*, p. 59.

Reconocemos que la política y el derecho son distintos, sin embargo ambos tienen una relación recíproca. La relación entre derecho y política fue estudiada principalmente por NORBERTO BOBBIO, quien analizó sobre todo la interacción entre norma y poder político¹⁰. Afirmó que existe una relación de reciprocidad que impide que el derecho se superponga a la política o viceversa. Con el objetivo de analizar esta relación, BOBBIO propone una metodología a partir de la cual muestra cómo los criterios valorativos propios del derecho y del poder político se relacionan entre sí. En el derecho los criterios de valoración son la validez, la justicia y la eficacia, mientras que en el poder político los criterios de valoración son la legitimidad, la legalidad y la efectividad¹¹.

A partir de lo anterior, en BOBBIO la relación entre derecho y poder político funciona de forma paralela y recíproca. En este sentido, consideró que el poder político se encuentra ubicado paralelo a la norma, de tal forma que los criterios de valoración interactúan en forma de zig zag de arriba hacia abajo o viceversa¹². En otras palabras, desde el punto de vista de la norma y de forma descendente, la justicia del derecho –es decir los valores sociales hacia los que se orienta el derecho¹³– fundan la legitimidad del poder o el derecho de detentar el poder. Si el poder es legítimo, se produce un derecho que es válido o que existe dentro del ordenamiento jurídico¹⁴, si el derecho es válido, funda la legalidad del poder o un poder conforme a la ley. Recíprocamente, desde el punto de vista del poder político de forma ascendente, la legalidad del poder supone que el derecho es válido, lo cual a la vez supone que el poder sea legítimo y la legitimidad del

10 NORBERTO BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (ed.), Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, p. 308.

11 MARIO MONTOYA BRAND. "Derecho y política en el pensamiento de Norberto Bobbio: una aproximación", en *Estudios Políticos*, n. 26, enero-junio de 2005, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, disponible en [<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/1407/1452>], consultado el 27 de marzo de 2016, pp. 91 y 97.

12 BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 311.

13 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013, pp. 24 y 25.

14 *Ibíd.*, p. 21.

poder implica la justicia del derecho¹⁵. A partir de lo anterior, el lector puede observar con claridad la interacción entre el derecho y la política, para de esta manera comprender con mayor claridad la afirmación de que “El poder político crea el derecho”, pues es necesario un poder político legítimo para la producción de un derecho válido al interior del Estado.

En cuanto a la efectividad del poder político y la eficacia del derecho, BOBBIO considera que el

poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces¹⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el poder político es el que se encarga de determinar los objetivos generales dentro de una sociedad y de ordenarla e integrarla, resulta evidente que las decisiones de este poder político estén encaminadas al logro de los objetivos sociales y del bienestar general. Luego, la eficacia de los derechos fundamentales dentro de una sociedad permitiría evaluar hasta qué punto las decisiones del poder político son efectivas para alcanzar los objetivos sociales y generar un bienestar dentro de la sociedad.

Planteado así el asunto, es importante resaltar dos puntos que se derivan de la afirmación “El poder político crea el derecho”. El primero, consistente en que es necesario un poder político legítimo para la producción de un derecho válido. El segundo, que una vez creado el derecho válido debe estudiarse con detenimiento la eficacia del mismo, pues, como el lector pudo observar, en BOBBIO la carencia de eficacia de la norma conlleva a la falta de efectividad de la política o viceversa. Esto último es importante, porque si los derechos fundamentales no son eficaces dentro de una sociedad, de seguro las decisiones políticas que éstos orientan no son efectivas, ya que no estarían logrando el cumplimiento de los objetivos sociales. Como consecuencia de lo an-

15 BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 311.

16 *Ibíd.*, p. 314.

terior, es importante recordar el papel de los derechos fundamentales dentro del derecho constitucional colombiano como criterios orientadores de las decisiones del poder político.

B. Los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991

El derecho constitucional contiene un conjunto de normas que establecen la organización social, económica, judicial, territorial y política de un Estado. En este sentido, FERREYRA considera que el derecho constitucional, el sistema jurídico constitucional o el derecho objetivo está compuesto por reglas que deben cumplir las tareas para las cuales han sido creadas, "... formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico"¹⁷. En Colombia, la evolución del derecho constitucional ha sido reflejo del intento de solucionar las distintas problemáticas sociales, entre ellas, quizás la más importante, la lucha contra la violencia.

La reforma constitucional de 1991 estuvo precedida por fuertes sucesos de violencia que se intensificaron entre los años 1988 y 1990. La violencia –proveniente principalmente del narcotráfico– afectó a la población civil, terminó con la vida de grandes líderes políticos e incluso afectó la estabilidad de las instituciones estatales. Como consecuencia de lo anterior, surgieron cambios políticos que condujeron a que el Gobierno de la época expidiera el Decreto Legislativo 927 de 3 de mayo de 1990¹⁸ mediante el cual se autorizaba el escrutinio de votos para la creación de una Asamblea Nacional Constituyente. Los 70 miembros de la constituyente fueron elegidos mediante voto popular, lo que permitió que la Constitución Política de 1991 fuera redactada de forma participativa, tomando en consideración la opinión de los delegatarios pertenecientes a distintos partidos políticos y movimientos sociales¹⁹.

17 FERREYRA. "Rasgos básicos del derecho constitucional...", cit., p. 227.

18 *Diario Oficial*, n.º 39.335, de 4 de mayo de 1990, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>].

19 FERREYRA. "Rasgos básicos del derecho constitucional...", cit., pp. 43 a 49.

Este enfoque participativo de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente influyó en la incorporación de un nuevo catálogo de derechos con énfasis en el plano social. La constituyente integró a la Constitución de 1991 los derechos relacionados con "... los niños, los jóvenes, las mujeres, los ancianos, los minusválidos y, en general, un gran énfasis en la seguridad social"²⁰ que buscaban la realización de una sociedad en paz, más justa y equitativa. En el nuevo catálogo de derechos, se establecieron como derechos fundamentales la vida, personalidad jurídica, honra, intimidad, no ser sometido a torturas, no ser degradado, libertad de conciencia, expresión, locomoción, trabajo, reunión, asociación, debido proceso, defensa, elegir, ser elegido, acceso a documentos públicos e igualdad²¹ entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede pensarse que los derechos fundamentales establecidos en el capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución Política de 1991 en efecto constituyen líneas de acción que dirigen las decisiones del poder político y que luego serán aplicadas a través del derecho. Sin embargo, antes de la creación de la Constitución de 1991, el derecho constitucional colombiano excluía los mecanismos judiciales para la protección de los derechos constitucionales, luego, las personas debían acudir a las acciones establecidas en los códigos para hacer efectivos sus derechos²². La incorporación al texto constitucional de los mecanismos judiciales para que las personas hagan efectivos sus derechos ante las entidades públicas y privadas o ante particulares es uno de los mayores aportes a la Constitución colombiana.

De acuerdo al parágrafo 1.º del artículo 86 de la Constitución Política

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus de-

20 DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho constitucional colombiano*, 10.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 81.

21 TULIO CHINCHILLA HERRERA. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 140.

22 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMIREZ. *Derecho constitucional colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 42.

rechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados...En este sentido, puede concluirse que los únicos derechos que son objeto de protección mediante la acción de tutela son los expresamente incorporados en el capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución Política de 1991, bajo el título de derechos fundamentales o derechos de primera generación. Sin embargo, esta tesis restrictiva de los derechos fundamentales fue abandonada por la Corte Constitucional argumentando varias razones: que de los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente se hacía evidente que la acción de tutela podía ser utilizada para la protección de otros derechos cuando el caso lo ameritara, que el título de los capítulos de la Constitución carecían de fuerza vinculante, que además de los derechos fundamentales del capítulo 1 de la Constitución también se consideraban como derechos fundamentales los derechos de los niños y por último, que el constituyente no había distribuido con coherencia los derechos en los capítulos 1, de los derechos fundamentales; 2, de los derechos sociales, económicos y culturales; y 3, de los derechos colectivos y del ambiente²³.

Como el texto constitucional colombiano se abstiene de definir el término derecho fundamental, le correspondió a la Corte Constitucional hacerlo por vía jurisprudencial. De acuerdo a TULIO CHINCHILLA HERRERA durante los años 1992 a 1993 la Corte Constitucional desarrolló criterios materiales, formales y técnicos para definir qué es un derecho fundamental y determinar cuáles debían ser objeto de protección judicial mediante la acción de tutela. A partir de los criterios axiológicos o materiales, los derechos fundamentales son aquellos que tienen una sustentación axiológica por ser inherentes a los humanos o por derivar de forma inmediata de valores y principios éticos²⁴, como es caso del derecho a la vida establecido en el artículo 11.

De acuerdo al criterio formal, los derechos fundamentales son aquellos que están incorporados en el capítulo 1 y en el artículo 44, es decir, los derechos de los niños. Empero, para la Corte este criterio no es absoluto ya que los derechos fundamentales establecidos en el capítulo 1 tienen una conexión relativa o de grados con valores morales y el titular de los derechos, así como los sujetos obligados, son

23 CHINCHILLA HERRERA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, cit., p. 146.

24 *Ibíd.*, pp. 150 y 151.

etéreos. Este es el caso –por ejemplo– del derecho a la paz establecido en el artículo 22 de la Constitución²⁵.

Los criterios auxiliares, complementarios o técnicos son la eficacia directa y el contenido esencial. El primero hace referencia a que los derechos fundamentales son el resultado de la aplicación directa de la Constitución, por lo cual no es necesario que el legislador entre a fijar el sentido en que debe entenderse el derecho. El segundo implica que los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial dado por los postulados en que se fundan, la doctrina y la Constitución. Precisamente, este núcleo esencial evita que las decisiones parlamentarias limiten los derechos en aras de garantizar bienes colectivos²⁶.

Con todo y lo anterior, la Corte Constitucional utiliza criterios adicionales de refuerzo para reafirmar y adquirir certeza que un derecho tiene el carácter de fundamental. Dentro de estos criterios adicionales de refuerzo existen dos argumentos. El primero consiste en que los derechos deben estar señalados en tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíban su limitación durante los estados de excepción, lo cual, les da un carácter prevalente en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la Corte utiliza la protección a los derechos fundamentales frente a las decisiones del poder constituyente delegatario establecida en el artículo 377 de la Constitución²⁷. A causa de ello, las reformas constitucionales sobre el título II capítulo 1 deben ser sometidas a referendo para su aprobación final.

Para concluir, la Corte Constitucional utiliza el criterio de conexión mediante el cual verifica la fundamentalidad del derecho en cada caso concreto. En este sentido, el juez verifica en un caso determinado si algún derecho perteneciente a los derechos de carácter social, económico y cultural o a los colectivos y del ambiente se convierte en un derecho fundamental por su íntima conexión fáctica con uno de los derechos fundamentales establecidos en el título II capítulo 1 de la Constitución²⁸. Esta conexión fáctica debe ser probada con suficiencia

25 *Ibíd.*, p. 152.

26 *Ibíd.*, pp.150 a 154.

27 *Ibíd.*, p. 156.

28 *Ídem.*

con el objetivo de demostrar que la falta de protección a un derecho no fundamental produce de forma directa el quebrantamiento de un derecho fundamental. Cabe señalar que CHINCHILLA HERRERA, a partir de su análisis jurisprudencial, hace notar que en determinados casos la Corte Constitucional vuelve laxo el requisito probatorio, en este sentido la Corte utiliza como prueba hechos notorios o situaciones sociales generalizadas para suponer la vulneración a un derecho fundamental. Así, pues, coloca como ejemplo la Sentencia T-585 de 27 de julio de 2006²⁹ en la cual la Corte presume la conexidad del derecho a la vivienda digna con los derechos a la vida, integridad personal y mínimo vital de las personas desplazadas³⁰.

De todo esto resulta, que los derechos fundamentales y la acción de tutela destinada a su protección constituyen características fundamentales de la Constitución Política colombiana. El hecho que la Corte Constitucional evite circunscribir los derechos fundamentales a los establecidos en el título II capítulo 1 de la Carta Política y utilice los criterios axiológicos o materiales, el criterio formal, los criterios auxiliares, complementarios o técnicos (la eficacia directa y el contenido esencial), los criterios adicionales de refuerzo y el criterio de conexidad para determinar en cada caso si un derecho de segunda o tercera generación puede ser catalogado como un derecho fundamental, resalta dos elementos importantes. El primero, consistente en que debido a la difícil realidad colombiana, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales; y en segundo lugar, que la eficacia de los derechos –en especial los derechos fundamentales– es necesaria para la efectividad de las decisiones del poder político, las cuales buscan el logro de una sociedad en paz, justa y equitativa en Colombia

II. LA REALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En Colombia los derechos fundamentales gozan de protección a través de dos acciones constitucionales, la ya mencionada acción de tutela

29 M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>].

30 CHINCHILLA HERRERA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, cit., p. 158.

establecida en el artículo 86 y la acción de *habeas corpus* incorporada en el artículo 30 de la Constitución Política. Esta última, de acuerdo a la Corte Constitucional, es un derecho fundamental y una acción constitucional que protege la libertad de locomoción de las personas ante eventuales capturas o detenciones arbitrarias e ilegales por parte de entidades públicas o privadas³¹. Ahora bien, teniendo en cuenta que la acción de tutela a diferencia de la acción de *habeas corpus* ampara un grupo mayor de derechos fundamentales, y que la Constitución establece un trámite preferente y sumario para su sustanciación, resulta lógico que sea la principal acción constitucional utilizada por los colombianos para hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

A pesar de que por disposición constitucional la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir que debe ser usada cuando el afectado no tenga otro mecanismo judicial efectivo o como mecanismo transitorio para evitar la vulneración irremediable a un derecho fundamental, es con frecuencia utilizada por la población colombiana. Así por ejemplo, señala la Defensoría del Pueblo que para 2014 se interpusieron 498.240 tutelas, la cifra más alta desde 1992³². De igual forma, según estadísticas de la Corte Constitucional, desde 1992 a 2015 la acción de tutela ha sido –en comparación con las acciones de inconstitucionalidad– el principal mecanismo constitucional que ha sido objeto de conocimiento por la Corte³³. Lo anterior, indica en primer lugar que las personas conocen la efectividad de la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales, y en segundo lugar, la constante utilización de la acción de tutela pone al descubierto una realidad preocupante que es la reiterada vulneración a los derechos fundamentales.

31 Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-187-06.htm>].

32 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, disponible en [<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>], p. 68.

33 Las estadísticas fueron consultadas el 3 de abril de 2016 en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>].

Los principales derechos fundamentales cuya protección se invoca mediante la acción de tutela son 1. El derecho de petición; 2. Salud; 3. Derechos económicos, sociales y culturales; 4. Vida digna y dignidad humana; 5. Seguridad social; 6. Debido proceso y defensa; 7. Vida; 8. Igualdad; 9. Trabajo; 10. Libertad de enseñanza, educación e investigación; 11. Intimidad, buen nombre y honra; 12. Integridad física; 13. Personalidad jurídica; 14. Protección al menor y a la mujer embarazada; 15. Derechos colectivos y del ambiente; 16. Libertad individual; 17. Libertad de asociación; 18. Libre desarrollo de la personalidad; 19. Derechos políticos; 20. Libertad de expresión e información; 21. Libertad de locomoción; 22. Reparación e indemnización; 23. Libertad de culto; 24. Libertad de escoger profesión u oficio; y 25. Libertad de conciencia³⁴.

De lo anterior, consideramos que el derecho fundamental a la salud y los derechos fundamentales de la población desplazada –en especial el derecho a la vida digna y dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y a la educación– constituyen dos casos paradigmáticos que demuestran la falta de efectividad de las decisiones del poder político para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. Como consecuencia de lo anterior, analizaremos la realidad de cada uno de estos derechos fundamentales en Colombia.

A. El derecho fundamental a la salud

El derecho fundamental a la salud adquirió su carácter fundamental a partir de la Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008 de la Corte Constitucional³⁵ y de la Ley 1751 de 16 de febrero de 2015³⁶. Esta última regula la accesibilidad, disponibilidad, calidad y protección del mencionado derecho. Antes de la mencionadas ley y sentencia, la Corte Constitucional consideraba el derecho a la salud como un de-

34 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, cit., p. 72.

35 M. P.: MANUEL JOSÉ Cepeda Espinosa, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>].

36 *Diario Oficial*, n.º 49.427, de 16 de febrero de 2015, disponible en [https://www.minsa-lud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf].

recho social frente al cual el Estado estaba en la obligación de protegerlo en el nivel más alto posible, según su capacidad institucional y recursos económicos³⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, en un primer momento la Corte Constitucional protegía el derecho a la salud si se encontraba en conexidad con los derechos fundamentales del capítulo 1, artículos 11 a 41 de la Constitución. Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-859 de 25 de septiembre de 2003³⁸ abandona de manera progresiva el criterio de conexidad para tutelar el derecho a la salud y empezó a considerarlo como un derecho fundamental autónomo³⁹.

A partir de la evolución jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 ya citada, consolida el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoce que otorgar el carácter de fundamental al derecho a la salud coincide con la evolución favorable de la protección internacional sobre el mencionado derecho fundamental. Sin embargo, a pesar de este gran avance internacional, dentro del derecho constitucional colombiano la eficacia, es decir, el cumplimiento del derecho fundamental a la salud es poco.

De acuerdo al informe “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014” elaborado por la Defensoría del Pueblo⁴⁰, de las 498.240 tutelas interpuestas a nivel nacional, 118.281 trataban sobre vulneración al derecho fundamental a la salud. De igual forma, el 83.2% de las mismas favorecieron a los accionantes y el 16.8% restante fueron negadas por hecho superado o por muerte del accionante⁴¹. Esta situación que a primera vista parecería favorecedora, lo que traduce es una realidad preocupante. En primer lugar, se infiere que el

37 Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97.htm>].

38 M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-859-03.htm>].

39 Sentencia T-045 de 11 de febrero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-045-15.htm>].

40 Disponible en [<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>].

41 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, cit., p. 85.

número de acciones de tutela se ha incrementado tanto, que ha entorpecido la actividad judicial ocasionando que las personas se mueran en espera de la protección constitucional de su derecho fundamental a la salud. En segundo lugar, el cumplimiento de lo ordenado en dichas acciones de tutela, es decir, el respeto al derecho fundamental a la salud, en muchas ocasiones no es acatado por las Entidades Promotoras de Salud –EPS– públicas y privadas que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS–. Esto último, según la Defensoría del Pueblo, lleva a que los usuarios deban interponer desacatos por el no cumplimiento de los fallos de primera instancia⁴².

Consideramos que en Colombia la falta de eficacia del derecho fundamental a la salud, es decir, el hecho que las EPS no cumplan los fallos de tutela, obedece a profundos problemas del SGSSS. Este último fue establecido mediante la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁴³, la cual se originó en un contexto ideológico y político en el que se pretendía la eficacia real de los derechos sociales. Sin embargo, como el Estado no pudo garantizar la calidad de todos los derechos, recurrió a medidas que reducían las responsabilidades estatales. En el caso del derecho a la salud, la Ley 100 permitió que los particulares prestaran los servicios de salud con el objeto de garantizar la universalidad del derecho de tal forma que los servicios de salud fuesen prestados a toda la población, en especial a la más pobre⁴⁴.

Como consecuencia de lo anterior, el SGSSS es financiado por particulares y por el Estado, situación que ha llevado a problemas que impiden el cumplimiento eficaz del derecho a la salud. La Procuraduría General de la Nación señaló durante 2008, el aumento de tutelas y las constantes reformas a la Ley 100 de 1993 indican que no se han superado las problemáticas que propiciaron su diseño, a saber, cobertura,

42 *Ibíd.*, p. 95.

43 *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>].

44 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá, mayo de 2008, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/eventos/eventos2008/INFORME_SOBRE_SALUD.pdf], pp. 48 a 50.

financiación, asignación de recursos, entre otras⁴⁵. Luego, pensamos que la política pública de salud establecida en la Ley 100 es inefectiva con lo que se genera paralelamente la ineficacia del derecho fundamental a la salud.

B. Los derechos fundamentales de la población desplazada

Por el contexto social y económico en que se encuentra la población desplazada por la violencia en Colombia, los derechos fundamentales que por lo general les son tutelados se concentran en el derecho a la vida digna y a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo, a la educación y a la salud. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004⁴⁶ llamó la atención sobre la política pública de atención a la población desplazada. Resaltó varias problemáticas de esta política pública, las cuales –a criterio de la Corte– obstaculizaban el cumplimiento de los derechos fundamentales de la población desplazada.

Para la Corte Constitucional, uno de los problemas fundamentales que afectan la efectividad de la política pública para la atención de la población desplazada es la escases de financiación. Al respecto expresó que

El Gobierno central ha destinado recursos financieros inferiores a las necesidades de la política y muchas de las entidades territoriales no han destinado recursos propios para atender los distintos programas [...] Es por ello que el nivel de ejecución de las políticas es insuficiente frente a las necesidades de la población desplazada y que los índices de cobertura de sus distintos componentes son tan bajos⁴⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se generó una reiterada vulneración de los derechos fundamentales de la población desplazada, ocasionando que la acción de tutela se convirtiera en un requisito tá-

45 *Ibíd.*, p. 107.

46 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>].

47 *Ídem.*

cito establecido por las entidades del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada –SNAIPD– para acceder al cumplimiento de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la Corte Constitucional decidió declarar por primera vez el estado de cosas inconstitucional frente a la problemática de la población desplazada. Lo anterior, porque consideró que existía una vulneración masiva de los derechos fundamentales, que el elevado número de tutelas interpuestas por personas desplazadas corroboran dicha situación, que las entidades estatales han omitido cumplir sus obligaciones frente a la población desplazada a pesar de que la Corte ya había ordenado el cumplimiento de ciertas medidas, de igual forma, señaló que la vulneración de los derechos fundamentales no era atribuible a una entidad sino a varias del orden central y descentralizado y por último, que dichas vulneraciones eran producidas por fallas estructurales en la política pública de atención a la población desplazada.

Luego de que la Corte declarara el estado de cosas inconstitucional, ordenó a las distintas entidades nacionales, departamentales y municipales adoptar las medidas necesarias para superar los obstáculos que hacen ineficaces los derechos fundamentales de las personas en condición de desplazamiento. En este sentido, le ordenó – por ejemplo– al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada determinar las medidas para superar la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional. De igual forma, solicitó a las entidades territoriales adoptar medidas que garanticen su mayor compromiso en la obtención de recursos y la atención a personas en condición de desplazamiento. También, ordenó al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director de Planeación Nacional contribuir en la obtención de los recursos para que las metas de la política pública de atención a personas desplazadas se alcancen. Finalmente, le solicitó a la Ministra de Relaciones Exteriores definir la estrategia de promoción internacional de la política de atención a la población desplazada con el objetivo de conseguir recursos.

Dentro de los cinco años siguientes a la expedición de la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional dictó varios autos sobre el seguimiento a las órdenes dadas en la mencionada sentencia a las distintas entidades nacionales, territoriales y a altos funcionarios para la

superación del estado de cosas inconstitucional. En el Auto n.º 008 de 26 de enero de 2009⁴⁸, la Corte señala que

A pesar del esfuerzo presupuestal realizado por el Gobierno, así como el avance en varios de los componentes de atención a la población desplazada, existe acuerdo, tanto entre el Gobierno nacional como por parte de los órganos de control, los organismos internacionales y la Comisión de Seguimiento, en que aún no están dadas las condiciones para declarar superado el estado de cosas inconstitucional [...] que a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado.

Mediante el mencionado auto, la Corte le indicó al Gobierno que para declarar superado el estado de cosas inconstitucional debía demostrar soluciones respecto a: el goce efectivo de los derechos de un alto porcentaje de la población desplazada y sobre las condiciones que permitan mantener y progresar en el goce efectivo de los derechos fundamentales, probar que las políticas públicas en efecto conducen a la eficacia de los derechos de la población desplazada, indicar que la población desplazada y las organizaciones civiles que defienden sus derechos pueden participar en la formulación de decisiones estatales que los afecten y mostrar que las entidades territoriales contribuyen en la superación del estado de cosas inconstitucional.

Es importante reconocer que como consecuencia de lo anterior y de los reiterados autos de seguimiento proferidos por la Corte, se han dado grandes avances para el logro de la eficacia de los derechos fundamentales de la población desplazada. Por ejemplo, la Ley 1448 de 10 de junio de 2011⁴⁹ o la Ley de víctimas y restitución de tierras, de 10 de junio de 2011, que mediante el artículo 159 creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas –SNARIV– el cual reemplazo al Sistema Nacional de Atención Integral a Población

48 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm>].

49 *Diario Oficial*, n.º 48.096, de 10 de junio de 2011, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>].

Desplazada –SNAIPD–⁵⁰. El artículo 161 de la Ley 1448 de 2011 señala los objetivos del SNARIV, los cuales responden a los lineamientos dados por la Corte Constitucional en los autos de seguimiento. En este sentido, se establecieron como objetivos del SNARIV los siguientes: que las entidades públicas y privadas que conforman el sistema participen en la formulación e implantación de la política pública de atención y reparación de la población víctima, adoptar las medidas que faciliten el acceso de las víctimas a los derechos a la verdad, justicia y reparación, acatar medidas que conduzcan al restablecimiento de los derechos de las víctimas y brindar las condiciones para llevar una vida digna, garantizar la coordinación entre las instituciones y la programación de los recursos para llevar a cabo la política pública sobre la población víctima del conflicto, apoyar la implementación de una plataforma de información que permita realizar un seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las entidades que conforman el sistema y apoyar los esfuerzos de las organizaciones civiles que abogan por los derechos de las víctimas, entre otros objetivos.

En el Auto n.º 099 de 21 de mayo de 2013⁵¹ sobre el seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y la superación del estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional insistió en algunas falencias de la política pública de atención a la población desplazada que impiden declarar la superación del estado de cosas inconstitucional. La Corte Constitucional consideró que estas falencias se encuentran sobre todo en la falta de entrega efectiva, continúa y completa de la ayuda humanitaria en las etapas de urgencia, emergencia y transición. Según la Corte, estas falencias son generadas por la falta de voluntad política de las entidades territoriales, la escasez de recursos, la entrega inoportuna y de baja calidad de las ayudas, dificultades para acceder a la oferta de ayudas del Estado, entre otras.

50 Ver en [http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/ley_victimas/ley_victimas_completa_web.pdf], p. 74.

51 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/014.%20Auto%20099%20de%2021-05-2013%20seguimiento%20acciones%20del%20Gobierno%20sobre%20ayuda%20humanitaria.pdf>].

Las anteriores situaciones constituyen retos que el SNARIV y las políticas públicas dirigidas a la población desplazada no han podido superar, causando el cumplimiento de 12 años de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional sobre la situación de la población desplazada en Colombia.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho constituye un instrumento más que tiene a disposición la política para el cumplimiento de determinadas metas sociales. Así pues, en Colombia, la relación de reciprocidad entre la efectividad de las decisiones del poder político y la eficacia del derecho propuesta por BOBBIO es un hecho notorio. En este sentido, la creación de la Constitución Política de Colombia de 1991 tenía como objetivos primordiales la construcción de una sociedad en paz, más justa y equitativa. Estos objetivos primordiales o metas sociales se traducen dentro de la Constitución en los fines del Estado establecidos en el artículo 2.º de la Carta Política. Luego, si estas son las metas sociales, se puede deducir que las decisiones políticas del poder político están orientadas a la realización de dichos objetivos sociales. En un Estado social de derecho como el colombiano, es indispensable la eficacia de los derechos fundamentales para el logro de las metas sociales y así considerar la efectividad de las decisiones adoptadas por el poder político para el logro de dichas metas.

Ahora bien, el constante aumento de las acciones de tutela demuestra que la vulneración a los derechos fundamentales es un hecho recurrente dentro del Estado colombiano. Esta situación ha llevado a que la Corte Constitucional haya ampliado el catálogo de derechos fundamentales establecido en la Constitución y a demostrar que muchas políticas públicas propuestas por el poder político carecen de efectividad por cuanto obstaculizan la eficacia de los derechos fundamentales. Resulta preocupante que los derechos fundamentales, las líneas de acción del poder político y del derecho que este poder imponga, sean en Colombia ineficaces, más aún cuando nuestro país se prepara para dejar atrás la violencia y a hacer frente a los retos que trae consigo el postconflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PRAT, CESÁREO R. et ál. *Manual de ciencia política*, 2.ª ed., MIQUEL CAMINAL BADIA (ed.), Madrid, Tecnos, 1999.
- BOBBIO, NORBERTO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (ed.), Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013.
- CHINCHILLA HERRERA, TULIO. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "LA TUTELA Y LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL 2014", disponible en [<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>].
- FERRYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- FERRYRA, RAÚL GUSTAVO. "Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría", *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76, 2009, Madrid, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>].
- MONTOYA BRAND, MARIO. "Derecho y política en el pensamiento de Norberto Bobbio: una aproximación", en *Estudios Políticos*, n.º 26, enero-junio de 2005, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, disponible en [<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/1407/1452>].
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá, mayo de 2008, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/eventos/eventos2008/INFORME_SOBRE_SALUD.pdf].
- QUINCHE RAMIREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho constitucional colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- SARTORI, GIOVANNI. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- SCHENONI, LUIS LEANDRO. "El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo", en *Andamios*, vol. IV, n.º 7, 2007, disponible en [<http://portal.uacm.edu.mx/sitios/andamios/num7/articulos2.pdf>], consultado el 25 de marzo de 2016.
- YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho constitucional colombiano*, 10.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de Colombia de 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

Auto n.º 008 de 26 de enero de 2009, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm>].

Auto n.º 099 de 21 de mayo de 2013, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/014.%20Auto%20099%20de%2021-05-2013%20seguimiento%20acciones%20del%20Gobierno%20sobre%20ayuda%20humanitaria.pdf>].

Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97.htm>].

Sentencia T-859 de 25 de septiembre de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-859-03.htm>].

Sentencia T- 025 de 22 de enero de 2004, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>].

Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-187-06.htm>].

Sentencia T-585 de 27 de julio de 2006, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>].

Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>].

Sentencia T-045 de 11 de febrero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-045-15.htm>].

Decreto Legislativo 927 de 3 de mayo de 1990, *Diario Oficial*, n.º 39.335, de 4 de mayo de 1990, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>].

Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>].

Ley de víctimas y restitución de tierras, de 10 de junio de 2011, ver en [http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/ley_victimas/ley_victimas_completa_web.pdf].

Ley 1148 de 10 de junio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.096, de 10 de junio de 2011, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>].

Ley 1751 de 16 de febrero de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.427, de 16 de febrero de 2015, disponible en [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf].

