

# LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES<sup>1</sup>

Dr. CAMILO HERNANDO VALENZUELA BERNAL<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2010 - Fecha de aceptación: 1 de julio de 2010

## Resumen

Partiendo de la premisa fundamental de que los derechos sociales, económicos y culturales no son meras proclamas ideológicas, sino principios con fuerza vinculante directa, este artículo explica cómo la especial configuración normativa de estos derechos, sumada a la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una acción idónea y eficaz para su realización, hace compleja su exigibilidad judicial. Incluso aceptando que para la efectiva protección judicial de esta generación de derechos, dada la pluralidad de pretensiones que de ellos derivan, es precisa la concurrencia de varias acciones, se concluye que la sumatoria de los instrumentos procesales existentes no es satisfactoria, y sí problemática.

Finalmente, teniendo en cuenta que es necesaria una reforma amplia y profunda de las instituciones procesales existentes, o mejor aún, la creación de una nueva acción que corrija la situación en que se encuentra actualmente la judicialización de los derechos sociales, que reivindique los principios que los inspiran, a saber: igualdad, solidaridad y progresividad, y que contribuya al mejoramiento de la administración de justicia, se aportan posibles soluciones para su adecuada realización por vía judicial.

**Palabras Claves:** *Derechos sociales, económicos y culturales – Judicialización – Fuerza vinculante – Acciones constitucionales – Acción de Grupo.*

## Abstract

Starting from the fundamental premise that economic, social and cultural rights are not merely ideological proclamations, but directly binding principles, this article explains how the special legal configuration of these rights, tied with the absence of a suitable and effective action in our legal system for its implementation, complicates its enforceability. Even accepting that to ensure effective judicial protection this rights, given the multiplicity of claims which derive from them, it is necessary the combination of several actions, the article concludes that the sum of the existing procedural tools is not satisfactory, and itself problematic.

Finally, taking into account the need for a broad and deep reform of the existing legal procedures, or better yet, the creation of a new action which claims the principles that inspire this rights, such as equality, solidarity and progress, and contributes to improve the administration of justice, to correct

---

<sup>1</sup> Ponencia ganadora del primer lugar en el X Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho Nivel Pregrado en el marco del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal que tuvo lugar en Cali (Colombia) los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2009.

<sup>2</sup> Fueron también integrantes de este Grupo de Investigación los estudiantes: DANIELA CORCHUELO URIBE, MARÍA ANGÉLICA CRUZ CUEVAS, DAVID MAURICIO GUINARD HERNÁNDEZ, LUISA FERNANDA HERRERA SIERRA, ANGÉLICA MARÍA LEÓN MARTÍNEZ, RICARDO OLMOS ZAMUDIO, CARLOS STEVEN TACHA PÉREZ.

the situation in which is currently the judicial prosecution of social rights, the authors provide possible solutions for adequate judicial conduct.

**Key Words:** *Economic, social and cultural rights – Judicial protection – Binding force – Constitutional actions – Class action.*

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de una premisa fundamental: ha existido insuficiencia en los medios de exigibilidad judicial de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (DESC), ya que, si bien, nuestra Constitución Nacional consagró tres generaciones de derechos, solamente previó dos mecanismos procesales para su efectividad: la acción de tutela para los Derechos Fundamentales y la Acción Popular para los intereses colectivos, omitiendo alguna específica para la segunda generación.

Y es que en últimas, toda discusión suscitada en torno a la exigibilidad o no de un derecho, se funda en la existencia de una acción y su relación frente a aquel que se pretende tutelar con la misma. En ese sentido, cualquier decisión política institucionalizada en norma jurídica, debe contar, para no resultar una mera declaración de principios, con medios de efectividad adecuados a la realidad y su especial naturaleza. Es ahí entonces que el Derecho Procesal entra a desempeñar un papel fundamental, en la medida que a través de éste, el individuo, considerado por el ordenamiento como titular de intereses jurídicamente relevantes y por ende tutelables, puede ejercer la facultad de reclamar la satisfacción de aquéllos. De acuerdo con lo anterior, la pretensión, es decir “*la petición concreta que se formula*”<sup>3</sup> se debe entender circunscrita a ciertas y especiales circunstancias definidas por el derecho material que les da sustento. Por ello, el Derecho Procesal no puede abstraerse y establecer una forma general de exigibilidad que cobije a todas y cada una de las posibilidades y matices que se pueden presentar, por el contrario, requiere especificidad, y esta es la razón por la cual se han consagrado varias clases de procesos, concebidos y diseñados con especiales ritualidades y procedimientos, de acuerdo a las diversas connotaciones que guarda en su interior el derecho sustancial.

En ese orden de ideas, es el Derecho Procesal el llamado a convertirse en la efectiva herramienta con que cuentan los ciudadanos para hacer posible el goce de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico. Por ende, para el caso que nos ocupa, no puede permanecer inerte frente a la situación que en nuestra Constitución Nacional, se optó por realizar una distinción de derechos en tres generaciones, lo cual, atendiendo a cuestiones de coherencia y lógica, nos indica que cada uno tiene cualidades especiales, de las cuales los otros carecen y viceversa.

Este escrito pretende demostrar que en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque es posible hacer exigibles judicialmente los DESC, su complejidad hace que el elenco de acciones potencialmente utilizables no sea suficiente para su cabal protección. Por consiguiente, nuestra tesis es que resulta imperativa la creación de un nuevo mecanismo procesal, específico y acorde

---

<sup>3</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Bogotá D.C., Ed. Dupré Editores, 2005, p. 278.

con la especial naturaleza y características de los DESC; o en subsidio de aquel, la adecuación de una de las acciones existentes, que desde ya lo anticipamos, se trata de la Acción de Grupo, pues es la que mayor compatibilidad guarda con la especial configuración que determina estos derechos.

Con este objetivo en mente, es necesario, en primer término, realizar una aproximación al concepto y estructura de los DESC. Para llegar a ese punto, se señalarán diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto al carácter y contenido de los DESC, muchas veces en comparación con los denominados derechos civiles y políticos, aunque, como se verá, estas dos categorías están en el mismo plano, y guardan una univocidad conceptual inescindible en cuanto a su exigibilidad se refiere.

En segunda medida, se realizará un diagnóstico del tratamiento que han recibido estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico a través de las acciones existentes y las posiciones jurisprudenciales frente a la operancia de las mismas. Ello con el fin de identificar y dar cuenta de los defectos y deficiencias que imposibilitan su aplicación eficaz.

En tercer término, conforme a las conclusiones y definiciones a que se pudiere arribar en los puntos precedentes, se llevará a cabo una concreción de nuestra propuesta, en la que se enfatizará en la necesidad de que la labor judicial sea activa, y que la adaptación de los mecanismos procesales existentes o la nueva acción, para la protección de este tipo de derechos, debe conformarse a las actuales exigencias sociales y al desarrollo de la ciencia jurídica, siempre teniendo en cuenta que no se trata de un desplazamiento total de las demás acciones, sino de un complemento y un pilar fundamental sobre el cual deben erigirse los elementos funcionales y positivos estudiados.

## **1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

El entendimiento que se tenga de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) determina el tratamiento que éstos reciban de parte de un ordenamiento jurídico. Es por esto, que lo primero que debemos entrar a estudiar es la estructura y contenido de los mismos, ya que esta es la única manera en que podremos establecer una pretensión concreta y por consiguiente dar claridad sobre cuál es su mecanismo adecuado de exigibilidad.

La disquisición doctrinal circunscrita a éstos ha tendido a relegarlos a un segundo plano en contraposición a los derechos políticos y civiles, por su calidad prestacional y consiguientemente por su dependencia de las posibilidades fácticas del Estado de proveerlos. En este escenario se han planteado precisamente los problemas relativos a su exigibilidad y judicialización.

Diversos argumentos han concurrido a la creación de obstáculos para la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como la imposibilidad de considerarlos verdaderos derechos subjetivos fundamentales; su miramiento como derechos de inferior categoría a los civiles y políticos, atendiendo a criterios como su carácter eminentemente prestacional

(que implica grandes erogaciones presupuestarias); que pertenecen a la llamada “segunda generación”, incluso, llegando a sostenerse que son meras proclamas ideológicas, programáticas, que no vinculan en sentido estricto al Estado. También se ha dicho que existen obstáculos para la justiciabilidad de estos derechos, que tienen que ver con problemas de determinación de la conducta debida, la auto-restricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, la ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales, y la escasa tradición de control judicial en la materia<sup>4</sup>. De esta forma, se ha vislumbrado también una dificultad palmaria para definirlos, debido precisamente a esa indeterminación que se les atribuye.

No obstante lo anterior, realizando una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano, creemos que es posible individualizar e identificar en concreto unos caracteres especiales de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, para de esa forma, extraer una definición específica que nos permita delimitarlos claramente de los Derechos de primera y tercera generación.

Así las cosas, los DESC son principios constitucionales con fuerza vinculante directa<sup>5</sup>, que como tales deben garantizarse en la medida de lo posible atendiendo las circunstancias fácticas y jurídicas, a través de procedimientos de ponderación limitada por una cláusula de no regresividad; imponen el deber a un sujeto pasivo (el Estado), de garantizarlos a un sujeto activo pluri-subjetivo, mediante prestaciones individualmente materializadas.

En ese sentido, éstos se concretan en posiciones jurídicas<sup>6</sup>, que en su forma más común presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho social es siempre una conducta de acción o de omisión, que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo<sup>7</sup>.

Las posiciones de derecho social constituyen el correlato de las normas de esta misma naturaleza. Con bastante frecuencia, cuando los operadores jurídicos se refieren a los derechos sociales, en realidad hacen alusión a las posiciones de derecho social, como por ejemplo, cuando un grupo de enfermos de Sida, en amparo, alega tener un derecho social a recibir determinados medicamentos con subsidio estatal<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta S.A., 2002, p. 128.

<sup>5</sup> “La fuerza vinculante como una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción. Este deber de obediencia que se atribuye al destinatario es correlativo a un derecho subjetivo, que radica en cabeza de otro individuo (el titular), quien a su vez tiene la competencia para exigir judicialmente del destinatario el cumplimiento de su deber y de solicitar que se imponga una sanción en caso de que el deber no se cumpla”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*, Bogotá D.C., Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 208.

<sup>6</sup> Sobre las posiciones jurídicas fundamentales, cfr. HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Ed. Fontamara, 1997, pp. 47 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2007.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

En cuanto al contenido de la prestación de estos derechos existen cuatro niveles identificados por Van Hoof en el tipo de obligaciones que se derivan para el Estado, a saber: respeto, protección, garantía y promoción. Dentro de estos niveles existen algunos que son inmediatamente exigibles, mientras que otros responden al principio de progresividad en razón del cual estas obligaciones del Estado no pueden ser reivindicadas inmediatamente. Adicionalmente, como lo ha demostrado la doctrina alemana, en virtud del principio de prohibición de protección deficiente<sup>9</sup>, en primer lugar el Estado debe asegurar las condiciones necesarias de estos derechos en su población, y en segundo, la promoción de mecanismos judiciales efectivos para su exigibilidad. La responsabilidad actual del Estado se configuraría en una responsabilidad por omisión, por no proteger efectivamente el derecho, tal y como lo obligan los tratados internacionales suscritos por éste.

Respecto a la tendencia a considerar los DESC con un carácter sustancialmente distinto, inferior a los derechos civiles y políticos, e incluso, de creer que entre éstos y aquéllos existe cierta contradicción, se dijo que ambos tipos de derechos comparten una unidad conceptual, puesto que ambos son derechos humanos, y en palabras de Cançado Trindade “entre las dos ‘categorías’ de derechos (individuales y sociales o colectivos), no puede haber sino complementación e interacción, y no compartimentación y antinomia”<sup>10</sup>.

Como consecuencia de esta interdependencia, podemos además verificar en la práctica que el ejercicio de los DESC facilita la eficaz realización de los derechos civiles y políticos, y viceversa. Por ejemplo, en atención a esta realidad, la Corte Constitucional colombiana ha utilizado el llamado *criterio de conexidad*, para efectos de proteger en sede de tutela (mecanismo contemplado inicialmente para los derechos fundamentales) algunos DESC (que dependían de una acción legislativa o administrativa para su eficacia), “cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental”<sup>11</sup>. Tocante a este punto, hay que señalar que en el Constitucionalismo colombiano, se había optado en primera medida, atendiendo a un criterio formal, por conferir el carácter de fundamentales, tan sólo a los llamados derechos civiles y políticos, por haber sido consagrados como tales en la Constitución de 1991. Pero con el tiempo, la doctrina constitucional se ha venido contaminando, y el criterio formal ha venido cediendo (ejemplo de ello es el ya comentado criterio de conexidad), y se ha llegado al absurdo de sostener que: “Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”<sup>12</sup>, buscando con ello subsanar las lagunas del ordenamiento en cuanto a los mecanismos de protección

---

<sup>9</sup> Sobre el principio de prohibición de protección deficiente, cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit.

<sup>10</sup> Citado por BAZÁN, Víctor. “En torno de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno, interamericano y universal”, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/5.pdf>, consultada el 26-03-10.

<sup>11</sup> Cfr. Colombia. Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia T-016 de 2007. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

dispuestos por el constituyente primario para la protección de este tipo especial de derechos.

Asimismo, el surgimiento de los DESC va de la mano al apareamiento del Estado Social de Derecho, que le exige no sólo respetar la libertad del individuo, sino propender por la materialización de unas ciertas condiciones de existencia que permitan que los mismos gocen efectivamente de esas libertades, para así lograr su proyecto de vida, que es a lo que en últimas apunta la dignidad humana. En consecuencia, la condición de Estado Social de Derecho impone al Estado, en principio, el deber de proveer una situación mínima de dignidad humana en la sociedad para el ejercicio pleno de los derechos. Se dice que esta es una obligación en principio dado que el deber del Estado y de la sociedad en general no se agota en la mera provisión de mínimos, sino que ellos son reconocidos como el primer estadio necesario para la consecución de los fines constitucionales. En este sentido, es deber imperante para los actores involucrados<sup>13</sup> en la concreción de éstos, ejecutar acciones que permitan el desarrollo gradual y progresivo de los mismos. En ese orden de ideas es que en el marco constitucional, los DESC deben ser interpretados armónicamente a la luz del principio de solidaridad en el que se inspira esta categoría particular de Estado.

En este punto, es importante resaltar, que dado el contexto histórico y sociopolítico en que surgen los DESC, es una finalidad inescindible de su propia naturaleza, la tendencia de éstos a transformar el *statu quo* social imperante. Es decir, no son meros instrumentos que se deban hacer exigibles sobre obligaciones y normas preexistentes, sino que, considerados en su conjunto, tienden a la ampliación de las garantías materiales de existencia, por lo cual, además constituyen un elemento de progresión en el concepto de dignidad humana, dado que llevan a estándares más altos de la misma, en cuanto a las condiciones que son deber proveer por parte del sujeto pasivo. Esto nos lleva a una indefectible conclusión: su capacidad e idoneidad de incidir en la estructura económica y en el manejo de las políticas públicas, sin que exista necesidad de reconocimiento legislativo que lo desarrolle, es decir, guardan eficacia normativa y fuerza vinculante directa, entre otras cosas por mandato del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, que le da el carácter de norma de normas.

De lo anterior se deriva que estos derechos buscan una doble finalidad, tal como lo reconoce BERNAL<sup>14</sup>. Por una parte se constituyen en medios para promover las libertades de primera generación, pues como resulta evidente, un real disfrute del derecho a la vida y a la libertad individual requiere que efectivamente se goce de salud, educación y trabajo. Desde esta perspectiva, los DESC no son vistos como fines en sí mismos, lo que realmente los termina justificando es un fin mayor, la perfecta realización de las dos facultades

---

<sup>13</sup> La efectiva garantía de estos derechos no radicaría exclusivamente en el Estado sino que implica un compromiso de toda la sociedad para propiciar una igualdad real de oportunidades para los individuos cobijados por la Carta Política, manifestación de la culminación del proceso de institucionalización de los derechos humanos en el ámbito nacional.

<sup>14</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1>, consultada el 26-03-10.

morales del individuo reconocidas por RAWLS: ser razonable (tener un sentido de justicia) y ser racional (capacidad de albergar una concepción de bien)<sup>15</sup>. Por otro lado se ha reconocido por la doctrina que estos derechos constituyen un fin en sí mismos, al buscar proveer por lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas. Es en este sentido que los DESC encuentran la justificación de su existencia, y no, como algunos sostienen, en ser meros instrumentos para la realización de los derechos de primera generación.

También el derecho internacional<sup>16</sup> ha vinculado una serie de obligaciones a los Estados en busca de hacer que estos derechos se vuelvan una realidad en las naciones firmantes. Así las cosas, desde el ámbito mundial, los DESC, además de representar la adopción de una moral política universal, implican la generación de una obligación de parte de los Estados entre sí a favor de los individuos que se encuentran bajo su soberanía.

En síntesis, se observa que la teleología de los DESC no se limita a un ámbito de legitimación política o de justicia moral. Su reconocimiento a nivel constitucional como derechos reforzados por los tratados que integran el bloque de constitucionalidad implica necesariamente que estos derechos tienen una naturaleza jurídica autónoma determinada por su finalidad, su naturaleza y el contenido de su prestación. Ello se refleja claramente en su compleja determinación conceptual, en su estructura, especialmente en lo referido a su sujeto activo, y su contenido, pues no son diáfanos las obligaciones que de ellos emanan, ya que requieren, en ciertos casos, desarrollo gradual. En esta medida los DESC resultan escindibles de los derechos de primera y tercera generación.

En primer lugar, son diferentes a los derechos civiles y políticos, ya que su parte activa no se compone por un titular entendido como personal, sino por un conjunto plurisubjetivo, es decir, no se agotan en la estimación propia de un sujeto individualmente considerado, pero tampoco se extiende a un interés común indivisible (lo cual guarda más relación comparativa frente a los derechos de tercera generación). La característica principal de la mentada plurisubjetividad, radica en el hecho que si bien, todos los sujetos que la componen poseen un derecho económico, social y cultural, cada uno de ellos es identificable como titular de un derecho subjetivo igual al de los demás miembros. Por consiguiente, es pertinente afirmar que los DESC y aquellos derechos denominados de primera generación guardan idéntica fuerza vinculante al cimentarse en los mismos elementos, pero son sustancialmente diferentes en la configuración particular de los mismos. Lo cual repercutirá fundamentalmente en la diferencia de sus medios de exigibilidad.

Conforme a ello, no es posible hacer una diferenciación tan tajante frente a los derechos de tercera generación desde el punto de vista de su estructura, ya que en consonancia con el concepto de posición jurídica fundamental<sup>17</sup> acá sostenido, confluirían en todos los elementos, infiriendo así que su escisión se debe plasmar desde el punto de vista del contenido. En ese orden de ideas, los

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado mediante la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, el cual entró en vigor desde el 3 de enero de 1976 y fue ratificado por Colombia.

<sup>17</sup> Cfr. HOHFELD, W. N. Ob. cit.

DESC exigen por parte del sujeto activo de la relación, una serie de prestaciones y posicionamiento de condiciones materiales para hacerlos efectivos; por su parte, los derechos de tercera generación o intereses colectivos se configuran más a partir de situaciones de vigilancia y control por un ente encargado de velar por la salvaguarda de un interés jurídica y materialmente indivisible, llevando así, a que su protección genera un cierto bienestar para todos en general, pero no beneficia de manera directa a nadie en particular. En contraposición, la protección de los DESC tiene como consecuencia necesaria un reflejo en las condiciones de vida propias de cada miembro de dicha pluri-subjetividad, siendo que sus efectos, en últimas, se radican en cabeza de un conjunto plural de individuos entendidos como un todo, pero concretado en prestaciones individualmente materializadas. Además, los DESC guardan una especial nota respecto a todo el ordenamiento jurídico y es que, según instrumentos internacionales acogidos por nuestro país, se debe realizar un desarrollo progresivo de los mismos, siendo aún más fuerte la carga argumentativa en su limitación frente a otros principios del mismo.

## **2. ESTUDIO DEL TRATAMIENTO DE LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA**

Teniendo en cuenta la obligación de naturaleza compleja en sus prestaciones (entiéndase prestación como objeto de la obligación): respetar, proteger, garantizar y promover, así debe entenderse que la misma naturaleza compleja de los DESC requiere para su exigibilidad una serie de mecanismos complejos que deben ser integrados por desarrollos legislativos, generación de políticas públicas, mecanismos de participación ciudadana y acciones judiciales que busquen propender por su efectividad en distintos ámbitos. Bajo esta consideración, sin lugar a dudas la efectividad de los DESC pendería de la cooperación armónica de las ramas del poder público y la participación ciudadana así como de la cooperación internacional. En este orden de ideas, creemos que resultaría insuficiente la vía judicial para lograr la efectividad de los DESC, y en esa medida, debe entenderse ésta necesariamente como un instrumento residual y subsidiario a las medidas que un sujeto pasivo, léase Estado, aquí en cabeza de la Administración y el Legislador, deba proveer en primera instancia. Los jueces están llamados a ser veedores del cumplimiento de estas obligaciones a través de las denuncias particulares de incumplimiento de las obligaciones del Estado.

La Carta Política de 1991 consagró un elenco de acciones de rango constitucional que tienen por objeto proteger de forma superior, expedita y directa ciertos derechos que por su especial relevancia y alcance merecen tal vía procedimental especializada. En esa medida se consagra la acción de tutela para *“la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*<sup>18</sup>. La acción de cumplimiento *“para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”*<sup>19</sup>. La acción popular para *“la protección de los derechos e*

---

<sup>18</sup> Colombia. Constitución Política de 1991. Art. 86.

<sup>19</sup> *Ibíd.* Art. 87.

*intereses colectivos*". La acción de grupo como mecanismo para el reconocimiento de "los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares"<sup>20</sup>. Entre otros, como el *Hábeas Corpus*.

De acuerdo con lo anterior, la acción que ha de ejercerse debe estar determinada por la obligación que va a exigirse a cargo del sujeto pasivo. Así pues, si lo que se trata de frenar es una medida regresiva en el orden legislativo resulta oportuna la acción de inconstitucionalidad<sup>21</sup>; si la medida regresiva o la ausencia de progresividad se encuentra en las políticas públicas generadas por la Administración, resulta procedente una acción popular, o una acción de nulidad, como mecanismos jurídicos eficientes para controlar e impulsar el desarrollo de medidas a favor de estos derechos en consonancia con la Constitución y las obligaciones internacionales. También podría hacerse exigible un DESC, con las acciones de cumplimiento, art. 87 CN, que buscan que se aplique efectivamente una ley o acto administrativo, incluso, cuando implique erogaciones presupuestarias, siempre y cuando estén aprobadas por la autoridad competente. Sin embargo, a todas luces, podría ser la acción de grupo la que contiene algunos elementos a partir de los cuales se podría dar efectividad en condiciones de igualdad sustancial a los DESC, acción que lamentablemente se vino a configurar en nuestro ordenamiento jurídico de manera restringida, limitándola a una función eminentemente indemnizatoria.

Como se advertía en la primera parte, por la amplitud del contenido de los DESC y la necesidad de una coordinación entre las ramas del poder y el ordenamiento jurídico para lograr su efectiva y amplia materialización, nuestro objetivo se centra en analizar la eficacia de las acciones con las que contamos en la actualidad frente a la protección de estos derechos para lo cual desarrollaremos una aproximación a la jurisprudencia en sede de estas acciones con el fin de proveer un diagnóstico del tratamiento dado a los derechos y concluir cuáles son las necesidades concretas para alcanzar su eficaz protección.

## **2.1. La Acción de Tutela ¿medio idóneo de protección de los derechos sociales económicos y culturales?**

La Acción de Tutela fue creada con la Constitución de 1991 y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991 con el objetivo de darle una protección especial a los Derechos Constitucionales Fundamentales<sup>22</sup> e ideada con la finalidad de evitar abusos de las autoridades y darle un mecanismo de defensa al nuevo catálogo de derechos plasmados en la Carta.

Como se ha expresado, la jurisprudencia ha ampliado el campo de la Acción de Tutela haciéndola también viable para la judicialización de los DESC, en

---

<sup>20</sup> *Ibíd.* Art. 88.

<sup>21</sup> La **acción de constitucionalidad**, consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, es otra de las alternativas para lograr la exigibilidad de los DESC, dado que permite someter a examen normas que desarrollan el contenido de estos derechos, y así la Corte Constitucional puede establecer, por ejemplo, si se respeta el núcleo esencial de los derechos, si se respeta el principio de progresividad, los derechos adquiridos con arreglo a la ley, los postulados Constitucionales, los Tratados Internacionales, entre otros aspectos.

<sup>22</sup> Entiéndase derechos de primera generación: Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2591 de 1991. Art. 2.

vista de la notable desprotección que la realidad nacional denota; razones como la considerable inequidad, la carencia en el cubrimiento de necesidades básicas entre otras, llevaron a la Corte Constitucional a realizar un loable trabajo para la protección de estos derechos, viéndose en la extrema necesidad de formar distintas tesis, con el fin de darle protección a los mismos.

La primera, esbozada desde los comienzos de la labor de esta corporación, fue la llamada tesis de la *conexidad*, plasmada en la Sentencia T-571 de 1992, que extiende la protección por vía de Tutela de DESC toda vez que por conexidad impliquen la vulneración de un Derecho Fundamental; dijo la Corte Constitucional que cuando el desamparo de un Derecho Social conlleve la inmediata vulneración de un Derecho Fundamental, el primero adquiere la calidad de Derecho Fundamental por conexidad y de esta manera se hace exigible ante el Juez Constitucional mediante la Acción de Tutela.

Recientemente la Corte Constitucional ha cambiado su criterio para la protección de los DESC, así en la Sentencia T-526 de 2006, afirmó que el Derecho Social se convertía en Derecho Fundamental cuando el sujeto que lo exigía era de aquellos considerados de especial protección, es decir, un sujeto que se encuentra en una situación de inferioridad manifiesta; hasta llegar a la tesis actual, la fundamentalización de todos los derechos, en tal sentido se manifestó la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, en reiteración jurisprudencial, al aseverar que todos los derechos son fundamentales en la medida en que son un presupuesto indispensable de la Dignidad Humana<sup>23</sup>.

Frente a esto, de la simple lectura del artículo 86 de la Carta Política es clara la contradicción de la Acción de Tutela y la naturaleza de los DESC, ya que circunscribe la misma a reclamaciones personales de protección de los propios *“derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”*.

Varias consideraciones son pertinentes al respecto. En primer lugar, la procedencia se restringe a la protección de derechos fundamentales, de ahí la regla resulta perentoria y excluyente de todos aquellos que no puedan considerarse tales; si llegáramos, en gracia de discusión a aceptar que dicha afirmación no constituye una prescripción absoluta y que vía interpretación puede hacerse extensiva a las otras generaciones de derechos, específicamente a los DESC, la exigencia de estar posicionado el sujeto en circunstancias de vulneración y amenaza de derechos fundamentales para tener legitimación por activa, pugna con la naturaleza progresiva de los DESC, ya que si la tutela sólo se limita a superar dicho estado de cosas, como lo indican los incisos segundo y tercero del precitado artículo<sup>24</sup>, se agotaría en la protección de mínimos, en contravía de las disposiciones internacionales sobre

---

<sup>23</sup> Algo distinto es el aspecto del derecho que se quiera hacer exigir, pues derechos tan complejos como los DESC tienen distintas facetas, una de ellas es la prestacional, otra la de abstención, así las cosas, cuando se encuentre vulnerando el concepto básico de dignidad humana *“la posibilidad de escoger un plan de vida”* se debe dar protección a estos derechos, tesis que comenzó a ser esbozada en el año 1998 con la Sentencia T-801 proferida por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana.

<sup>24</sup> El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dice que los efectos se remitirán a una orden al accionado para que actúe o se abstenga de hacerlo, lo que implica el devolver las cosas al estado en que debieran encontrarse sin la amenaza o vulneración, referencia expresa a un statu quo inmutable no progresivo.

deberes de los Estados en la materia<sup>25</sup>. En ese mismo punto, es también restrictiva la tutela frente al derecho de acción, ya que si el único accionante legítimo es el titular de los derechos afectados, los efectos únicamente podrían radicarse en su cabeza, ya que no asiste interés a algún otro individuo en su situación, cuestión que es contraria al principio de solidaridad que es en últimas en fundamento iusfilosófico de los DESC.

Ahora bien, al tenor de esto, es claro que sería inconstitucional exigir individualmente la efectividad de un DESC, en contravía de los principios de solidaridad e igualdad que se encuentran dispuestos como pilares fundamentales de nuestra Carta Política, mediante mecanismos que diseñó el constituyente primario para proteger una categoría de derechos bien diversa. Otrora entonces, como ahora, enfrentamos una laguna jurídica en nuestro ordenamiento, que ha venido a ser llenada por las interpretaciones extensivas hechas por la Corte Constitucional, en perjuicio de los derechos que sí tiene el deber de proteger mediante la acción de tutela, tales como son los derivados del artículo 13 de nuestra Carta. Un noble deseo de justicia se termina convirtiendo en un instrumento de desigualdad e ineficiencias (que en términos de CALABRESI implica una injusticia material)<sup>26</sup>.

De esta forma, deslegitima la acción de tutela como una acción plausible frente a los DESC, la vulneración a los principios de progresividad, igualdad y economía procesal.

Respecto de la progresividad, reiteramos, la problemática radica en que la tutela, en la mayoría de los casos, se limita al reconocimiento de los mínimos que necesita la persona accionante, pero no permite una exigencia de aquélla, es decir, un avance. La Corte Constitucional, en su encomiable labor ha intentado darle solución a este problema, pero por la estructura misma de la tutela le es excesivamente difícil; en algunas ocasiones ha realizado cantidad de exhortaciones al ejecutivo con miras a la expedición de planes que permitan el goce de estos derechos, con lo que se ve limitada a dar pautas a seguir, y esperar a que el ejecutivo voluntariamente los realice. Además, la necesidad de encontrarse en una situación de vulneración manifiesta de Derechos Fundamentales para que proceda la acción (legitimación por activa), puesto que la Corte Constitucional ha manifestado, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, que la Acción de Tutela sólo procede cuando se encuentren vulnerados o amenazados los Derechos Fundamentales, lo que no permite la exigencia de los Derechos en situaciones “normales”, en este orden de ideas, las personas deben esperar a sufrir un daño excesivo, o estar amenazados para poder exigir sus derechos<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 26.

<sup>26</sup> La protección de los derechos debe responder a tres criterios esenciales: justicia, eficiencia e igualdad. Como CALABRESI lo manifiesta claramente, en un mundo de recursos limitados y necesidades ilimitadas una administración ineficiente de los recursos es un acto de injusticia: CALABRESI, Guido. “First party, third party and product liability systems: Can Economic Analysis of Law tell us anything about them?” en: *Iowa Law Review*. Vol. 69, p. 834.

<sup>27</sup> Así se evidencia en la Sentencia T-171 de 2008 proferida por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, donde no se concede el amparo del derecho a la salud de un niño, dado que no se encontraba en una situación que amenazara sus Derechos Fundamentales a la vida e integridad personal (se ve cómo, después del trabajo que ha realizado la jurisdicción constitucional, se sigue apelando al criterio de la conexidad).

El problema referente a la desigualdad ha tenido un particular tratamiento por la Corte Constitucional, puesto que en la mayoría de los casos se ha entendido que la tutela sólo puede dar soluciones concretas a casos específicos, como aquellos en los que el Alto Tribunal accede a las pretensiones del demandante, y la orden impartida se refiere sólo a las partes, sin dar cobertura a las personas que se encuentran en la misma situación, lo que conlleva a una violación del principio *iustfundamental* de igualdad. Para intentar solucionar este inconveniente, la corporación ha expedido distintas clases de fallos de tutela, en los cuales se modulan los efectos de la sentencia con el fin de ampliar los efectos de la decisión (moduladores como el estado de cosas inconstitucional y el criterio *inter comunis* ejemplo de ello), pero que sólo proceden cuando se encuentra una situación muy grave de vulneración, no sólo al DESC que en cuestión se intenta proteger, sino también a las libertades individuales de las personas presentes<sup>28</sup>.

Como último problema se ha presentado el de la congestión judicial, el cual abordaremos valiéndonos del siguiente ejemplo: La Corte Constitucional en su labor, ha debido abrir la puerta y permitir nuevos mecanismos de uso de la tutela, como por ejemplo quitándole el carácter de acción subsidiaria, lo que se evidencia en la T-760 de 2008, donde la Corte Constitucional: 1) Acepta que la tutela sea usada aun existiendo un procedimiento ante la Superintendencia de Salud para la solución de problemas; 2) Permite que la tutela sea usada para reclamar un plan que no existe, o en su defecto, no satisface los intereses de los asociados, argumentando que éstos tienen, como mínimo, derecho a un plan que les garantice la efectiva protección de sus derechos, y que al no existir este plan, o no cumplir con los requerimientos, procede la acción de tutela. Así las cosas, la tutela ha perdido su carácter subsidiario y se ha abierto la puerta para la presentación de un número inconmensurable de acciones, todas con miras a salvaguardar los derechos económicos y sociales. Sólo basta imaginar que la tutela ya en los últimos tiempos ha adquirido el importante porcentaje de aproximadamente el 10% de los procesos que lleva un juez, para pensar en lo que puede desatar este tipo de soluciones, bien intencionadas pero erróneas, que ha dado la Corte Constitucional a este problema.

Es claro entonces que la acción de tutela con el diseño que le dio el constituyente y el legislador, no es el medio más idóneo para la protección de los derechos sociales, si tenemos clara la naturaleza jurídica de éstos; pues aunque hacen parte del bloque indivisible de los Derechos Humanos, tienen ciertas particularidades que los diferencian tanto de los derechos

---

<sup>28</sup> El inmenso problema presentado con los grupos desplazados, la mala o incompleta prestación del servicio público de la salud y el hacinamiento existente en las cárceles colombianas ha sido materia de declaración de estado de cosas inconstitucional. El criterio *inter comunis* se utilizó en la Sentencia SU-1025 de 2001 proferida por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, referido a la protección de todas las personas que se encontraran en la misma situación en la que se encontraba el accionante, esto con miras a evitar la vulneración de la igualdad. Esta clase de sentencias sólo las hemos visto en los casos de los pensionados de una empresa determinada, puesto que son personas que se encuentran dentro de un grupo identificado. Pero, ¿qué sucede con los grupos indeterminados, como los afectados por una prestación deficiente del servicio de salud en distintos lugares del país? A esto no se le ha dado respuesta, la Corte no ha encontrado la manera de hacerles extensibles los alcances del fallo, lo que ha generado una innumerable avalancha de tutelas reclamando el Derecho a la Igualdad, y las mismas prerrogativas dadas al primer accionante. Como consecuencia de esta vicisitud se presentan tutelas como la T-760 de 2008, que es la consecuencia lógica de un problema al que no se le encuentra solución, una sentencia donde la Corte Constitucional, intentando materializar una justicia social, se ve obligada a establecer unos estándares mínimos de calidad, cayendo en el primer error expuesto.

fundamentales como de los derechos colectivos. Por lo tanto resulta no sólo forzado sino además perjudicial, extender la acción judicial que el constituyente otorgó para la defensa de los Derechos Fundamentales y también hacerla viable como mecanismo judicial para exigir los DESC.

## **2.2. Tratamiento en sede de acción popular.**

### **2.2.1. Generalidades de la acción popular**

La acción popular se encuentra definida en el Art. 88 de la Constitución como aquella consagrada para *“la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza”*. Obedeciendo el mandato constitucional de desarrollar dichas acciones, el Congreso de la República aprobó la Ley 472 de 1998, por la cual se regula el Art. 88 de la Constitución en relación al ejercicio de las acciones populares y de grupo. Dicha ley define las acciones populares como *“los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”*<sup>29</sup> y precisa como objeto de la acción popular la obtención de medidas tendientes a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

En desarrollo de la regulación de la acción popular, la Ley 472 en su art. 4 enumera una lista de derechos e intereses colectivos, entre los cuales se encuentra el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad públicas, la libre competencia económica y el goce del espacio público, entre otros. Valga anotar que el inventario enunciado por la Ley no es taxativo, ya que dentro de los derechos e intereses colectivos también se encuentran aquellos definidos como tales por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por el país<sup>30</sup>.

Amén de precisar la intrínseca esencia de la acción popular, su verdadera finalidad y la teleología de sus efectos, nos servimos de citar la definición de “acciones populares” que propone el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* aprobado en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Caracas en octubre de 2004, que indica que las “acciones populares” son aquellas que tutelan *“intereses o derechos difusos, así entendidos los supra individuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base”*<sup>31</sup>.

### **2.2.2. Tratamiento de los DESC en sede de acción popular.**

Respecto del tratamiento de algunos derechos sociales, económicos y culturales a través de la acción popular, encontramos diferentes posturas en la

---

<sup>29</sup> Colombia. Ley 472 1998. Congreso de la República. Art. 1.

<sup>30</sup> Así lo dejó claro el Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, en Sentencia de 15 de julio de 2004, Rad. 1834.

<sup>31</sup> BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *Los procesos declarativos*, cuarta edición, Bogotá D.C. Ed. Temis, p. 183.

jurisprudencia del Consejo de Estado, posturas que dependen del punto de vista que asuma la corporación respecto de la relación entre los derechos colectivos y los intereses individuales. En un primer sentido denegando las pretensiones de los actores cuando aquello que se demanda no logra ser identificado como un interés colectivo, requisito fundamental de procedencia de la acción popular. En ocasiones con estricto apego a lo previsto en el art. 4 de la L. 472 descartando cualquier interés que no esté prescrito o no llene los requisitos del mencionado artículo<sup>32</sup>. En otras ocasiones aclarando que una cosa es el interés colectivo previsto en la mencionada ley y otra cosa distinta es la vulneración sucesiva de derechos individuales de varias personas, es decir dejando claro que lo colectivo es completamente incompatible con lo subjetivo o individual, al afirmar que al analizar el art. 4 de la Ley 472 *“no se encuentra la posibilidad de que un número plural o conjunto de personas puedan hacer efectivos derechos personales y subjetivos, porque un derecho colectivo se toma como un todo respecto de los miembros del conjunto de personas que promueven las acciones que nos ocupan, y en tal medida dichos derechos deben intrínsecamente poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad. Así las cosas, es necesario aclarar que los derechos e intereses colectivos son aquellos que rodean, uniformemente, a un grupo de personas que conforman una comunidad organizada, y que se convierten en sujetos activos de la acción popular, en el evento que sus derechos colectivamente considerados se encuentran conculcados. Por tratarse de derechos e intereses que incumben a la sociedad en general, no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones con efectos inter partes (...)”* (Sub-línea fuera de texto)<sup>33</sup>.

Mas en otras oportunidades la jurisprudencia ha llegado a la protección de DESC (como el derecho a la salud) identificando el interés colectivo que se busca proteger, en el entendido que en muchas ocasiones la vulneración de intereses colectivos puede resultar en la violación de otros derechos, como los DESC. Se ha razonado de esta manera en materia de intereses colectivos del

---

<sup>32</sup> Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado Colombiano, Sección Cuarta, Sentencia de 18 de diciembre de 2001. En esta sentencia el Consejo de Estado precisó: *“Se citan por los actores como derechos vulnerados o amenazados: - Los derechos al acceso a servicios públicos, a la salud, de asociación y a la seguridad social. - Los derechos de las comunidades y grupos indígenas asentados en el Cabildo de Puracé a obtener licencia de exploración y explotación de los depósitos mineros de su territorio. - El derecho al trabajo y a recibir oportunamente las mesadas pensionales. - El derecho a entablar acciones laborales y contencioso administrativas; y - Los derechos de los niños a la supervivencia. Derechos que observa la Sección, no pertenecen a la categoría de los reconocidos como “Colectivos” susceptibles de ser protegidos mediante el mecanismo de la acción popular. En efecto, los derechos cuya protección invocan por esta vía los demandantes no están contemplados dentro de los enlistados en el artículo 4 de la Ley 472, enunciación que si bien no es taxativa como lo indica el inciso final de la disposición que incluye también “los definidos como tales en la Constitución, en las leyes ordinarias y los Tratados de Derechos Internacionales celebrados por Colombia”, es claro que no tienen el rango de colectivos. Una cosa es que los derechos de los trabajadores y otros, gocen de especial protección del Estado y otra distinta, que sean derechos colectivos, aspecto que precisa el apoderado de los accionantes al indicar que colectivamente se afectaron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la educación de los hijos de los demandantes, etc. Comparte la Sala las conclusiones del Tribunal, y estima que no es el camino de la acción popular la vía procesal adecuada para la protección pedida, por cuanto lo que se plantea es una controversia en la que lo pretendido es el amparo a intereses y derechos particulares acumulados, pero que solamente pertenecen a cada uno de los accionantes, y no los colectivos que atañen a toda la comunidad como lo exige la Ley 472 de 1998”, y Sentencia 19 de mayo de 2005 de la misma Corporación.*

<sup>33</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de marzo de 2000.

ambiente sano, la salubridad pública, la efectiva prestación de los servicios públicos, el derecho a la seguridad y prevención de desastres, entre otros<sup>34</sup>. De hecho el Consejo de Estado ha llegado a reconocer aspectos tan fundamentales del derecho a la salud por vía de acción popular como es su carácter progresivo y universal<sup>35</sup>.

Al momento de pronunciarse sobre la procedencia de la Acción Popular, como mecanismo idóneo para reivindicar el derecho a la educación, el Consejo de Estado ha dicho enfáticamente que a pesar de no ser mencionado como derecho colectivo por la ley, por tratarse de la prestación de un servicio público, se encuadra perfectamente en el artículo 4º literal j) de la Ley 472 de 1998, que relaciona como derecho colectivo “El Acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”.

Por lo tanto, un análisis de la jurisprudencia de esta corporación, permite concluir que según las circunstancias de cada caso concreto, el derecho en mención tiene una doble naturaleza: la de derecho fundamental y la de derecho colectivo. Así lo ha dicho en diversas ocasiones esta Alta Corte, al advertir confusión de esas dos calidades en un mismo caso<sup>36</sup>. El hecho que en un proceso los demandantes puedan exigir a título personal la protección de ese derecho, no le quita el carácter de interés colectivo.

### **2.2.3. Conclusión**

Tras este análisis se puede ultimar que las diversas y en ocasiones opuestas posiciones jurisprudenciales respecto de los DESC en sede de acción popular depende: en primer lugar de la presentación que el actor haya hecho del caso, en la medida en que la mayoría de las veces la exigencia de la manifestación del interés colectivo vulnerado resulta requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción popular, sin dar lugar a interpretaciones de las situaciones fácticas por parte del sustanciador de las cuales derivaría la evidente relación de la vulneración subjetiva del derecho con el interés colectivo demandado; en segundo lugar, de la labor que en ocasiones tanto el actor como el juez hacen a fin de identificar en el derecho colectivo vulnerado las violaciones a los derechos sociales, económicos y culturales, que bien sea colectiva o individualmente precisadas, se presentan en las circunstancias fácticas y ameritan la protección por parte del administrador de justicia.

Empero, lo más destacable frente a su improcedencia, es que esta acción resulta inocua frente al objeto de protección de los DESC, en la medida que no es apta para constituir situaciones jurídicas individualizadas frente a cada miembro de la comunidad beneficiado con una sentencia favorable, ya que el objeto que protege es un interés colectivo que como tal es indivisible, es decir su protección, si bien favorece a todos en general, no genera una prestación concreta particular, contraviniendo el carácter plurisubjetivo del titular de un

---

<sup>34</sup> Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado Colombiano, Sección Segunda, Sentencia del 3 de abril de 2003. Consejo de Estado Colombiano, Sección Primera, Sentencia del 20 de septiembre de 2002. Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, Sentencia del 16 de mayo de 2007.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de marzo 2006, rad. No. 11001-03-15-000-2005-01342-00(C); Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de julio de 2006, rad. No.: 15001-23-31-000-2003-00504-01(AP), y Sentencia del 25 de marzo de 2004, rad. No. 25000-23-25-000-2002-02922-01(AP-02922).

DESC. Además las órdenes a impartir serán diversas pues los DESC son de carácter eminentemente prestacional, mientras que los intereses colectivos se agotan en situaciones de vigilancia y control de determinada situación jurídica, llevándonos a descartarla como una solución idónea para la judicialización de los DESC.

### **2.3. Acción de cumplimiento y los DESC**

En la Constitución de 1991 además de las acciones de tutela y la popular, se estatuyó la de cumplimiento, como un medio al que pueden acudir los ciudadanos para hacer, como su nombre lo indica, efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo. Esta acción fue desarrollada por medio de la Ley 393 de 1997.

La consagración de la acción de cumplimiento por parte del Constituyente dentro del catálogo de mecanismos para la protección y aplicación de los derechos, pretendió dotar a la ciudadanía de un mecanismo por medio del cual se lograra hacer “frente a las omisiones de las autoridades públicas, y de los particulares que ejerzan funciones públicas, en el ejercicio de toda actividad jurídica o material, legalmente debida, y cuya ejecución sea posible realizar”<sup>37</sup>.

La acción de cumplimiento es entonces una excelente herramienta para los ciudadanos de países como Colombia, en los que es usual que se expidan diversas normas a las cuales nunca se les da un efectivo cumplimiento, generando que la normatividad del país sea totalmente ineficaz pues nunca llega más allá del papel. La finalidad de esta acción es hacer cumplir las leyes y los actos administrativos; procede cuando se incumplen obligaciones consagradas en normas de esta naturaleza; se demanda ante los Tribunales Contencioso Administrativos indicando qué norma se ha violado; la pueden presentar personas naturales, personas jurídicas, el Defensor, el Procurador, el Personero, las ONG's, es decir cualquier autoridad; previamente hay que constituir en renuencia mediante petición para que se cumpla con la ley o el acto administrativo, si en los 10 días siguientes no cumple se inicia esta acción, la cual se puede dirigir ante autoridades o particulares, y el fallo debe ordenar que se cumpla con lo omitido.

Los DESC, no son la excepción, pues el Estado con el objetivo de cumplir con sus compromisos internacionales y de ajustar su ordenamiento jurídico a la progresividad, expide normas con las que pretende hacer efectivos algunos de estos Derechos denominados de Segunda Generación, pero en la mayoría de los casos esta regulación no queda más que en buenas intenciones, por eso la eventualidad de usar la acción de cumplimiento para lograr la efectividad de ésta, se nos presenta en principio como una buena posibilidad para lograr una real exigibilidad de estos derechos.

Empero, como lo expresó el doctrinante Ramiro Bejarano<sup>38</sup>, cuando el artículo 9 de la Ley 393 de 1997 expresa que esta acción será improcedente cuando se pretenda el cumplimiento de normas o actos administrativos que

---

<sup>37</sup> RAMELLI ARTEGA, Alejandro. “La Acción de Cumplimiento: Un Instrumento Jurídico al Servicio del Estado Social de Derecho en Colombia”. Bogotá, *Revista Derecho del Estado*, No. 8, junio de 2000, p.100.

<sup>38</sup> BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *Procesos declarativos*. Editorial Temis, Tercera edición, 2005, p. 225.

establezcan gastos, se le dio un “golpe mortal a la eficiencia y finalidad de la acción de cumplimiento”; siendo este el mayor obstáculo a la hora de impulsar o potencializar esta acción como forma de protección judicial de los DESC, pues como quedó expresado en la primera parte de este análisis, los DESC por su propia naturaleza jurídica son derechos que requieren unas prestaciones, lo cual en la mayoría de los casos se traduce en disponibilidades presupuestales.

Aunque es necesario resaltar otro beneficio que tiene esta acción de cumplimiento, y es la rapidez en su desarrollo, pues “*el trámite para darle respuesta a la Acción de Cumplimiento es de aproximadamente un mes. El funcionario responsable de fallar la Acción podrá pedir más información de la petición y por último cuenta con veinte días para dar un fallo definitivo*”<sup>39</sup>.

Entonces es claro que en determinados Derechos económicos, sociales y culturales las acciones de cumplimiento pueden ser una estrategia de exigibilidad, como es “... el caso de la EDUCACIÓN y del presupuesto de la Universidad Pública, la Universidad Nacional ante la congelación y la pretensión de reducir sus recursos elevó acción de cumplimiento que permitió que se aplicará la Ley 30 de 1992, que establece que para las Universidades Públicas el presupuesto se mantiene y se ajusta de acuerdo al Índice de Inflación o IPC, el fallo del Consejo de Estado ordenó los desembolsos conforme a la ley sin que se afectará (sic) el funcionamiento de la Universidad. Estos ejemplos nos ponen de presente la potencialidad de esta acción y hay muchos temas que se pueden abordar mediante esta acción la propuesta es precisar algunos casos para aplicar esta acción, por ejemplo en las ejecuciones de presupuestos sociales de los planes de desarrollo local y nacional, en los proyectos productivos para los desplazados (Ley 387)<sup>40</sup>, o en los proyectos productivos para mitigar impactos de megaproyectos (licencias ambientales), incluso para hacer cumplir muchas de las recomendaciones de la ONU y la OEA en materia de derechos humanos tanto civiles como económicos, sociales y culturales”<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Asociación Campesina de Antioquia. “Los derechos humanos”, en: [http://www.acantioquia.org/documentos/publicaciones/los\\_ddhh.doc](http://www.acantioquia.org/documentos/publicaciones/los_ddhh.doc), consultada el 26-03-10.

<sup>40</sup> “(...) pretender sostener la función puramente promocional del sistema, para justificar la omisión en el cumplimiento de las funciones que garanticen, por lo menos, un mínimo de condiciones de vida digna, para quien ostenta la calidad de desplazado, no puede ser de recibo frente a los principios enunciados anteriormente y particularmente a la conducta disciplinada en el inciso 1° del artículo 15 de la Ley 387 de 1997. Visto el contenido normativo cuyo cumplimiento se solicita, se tiene que el artículo 17, otorga un derecho al desplazado de tener acceso directo a cualquiera de los programas enunciados en la norma, derecho que reitera la disposición del artículo 32, lo cual supone, una autoridad pública obligada al cumplimiento de dichas disposiciones legales. La Sala precisa que, la acción de cumplimiento resulta procedente en el caso concreto, por la circunstancia de que el dispositivo legal contenido en el artículo 17, disciplina una conducta –débito prestacional– a cargo de las autoridades públicas o privadas que integran el sistema nacional de salud, conducta que supone desde luego, la ejecución de todas las medidas –acciones específicas y concretas–, tendientes a materializar los fines últimos para los cuales fue creado dicho sistema, para la atención integral de la población desplazada por la violencia. No puede caerse en el equivoco de asimilar los fines puramente promocionales que permitan, desde luego, paulatinamente y de acuerdo con una realidad presupuestal, generar las condiciones de sostenibilidad económica, que no se obtienen de un día para otro y que están sujetas a multitud de factores, con la protección humanitaria de emergencia a que arriba se hizo alusión o, con el acceso a que tiene derecho el desplazado a los programas creados por ley”. Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero de 1999. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Rad. No. ACU-573.

<sup>41</sup> Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”. “EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DESC EN COLOMBIA MEDIANTE ACCIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES”, en: <http://www.colectivodeabogados.org/spip.php?article64>, consultada el 26-03-10.

En suma, es posible que las acciones de cumplimiento nos puedan dar una luz en la protección de los DESC, pero lo que nos trunca esta posibilidad es que para el efectivo reconocimiento de los DESC, aunque sea en sus mínimos, siempre será necesario que las normas o actos administrativos que los reconocen y garantizan, dispongan de algún presupuesto y requieran erogaciones, en su generalidad, importantes.

#### **2.4. La acción de grupo y su operancia frente a los DESC**

Las acciones de grupo se encuentran definidas por la Ley 472 de 1998 como aquellas interpuestas por un número plural de personas, como mínimo 20, que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para el conjunto de accionantes. Este mecanismo procesal se encuentra estructurado para la reparación e indemnización de perjuicios, y se ejerce tanto en casos de lesión de derechos colectivos como de derechos individuales.

Si bien la acción de grupo se ha mostrado como un mecanismo eficaz para lograr la reparación masiva de daños ocasionados a derechos individuales y colectivos, no es menos cierto que en el diseño legislativo, de dicho instrumento, se encuentren múltiples falencias, algunas de las cuales, con acierto, ha logrado modular la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. De ahí que resulta fundamental, para lo aquí pretendido, examinar algunas de las situaciones problemáticas que rodean a las acciones de grupo.

El tema del número de accionantes no ha sido ajeno a diversas discusiones, críticas y cambios. Así, en principio, primó con apoyo en el texto legal, una postura completamente rígida al respecto, es decir donde era ineludible presentar una demanda en la cual se identificaran plenamente los 20 miembros que como mínimo deben conformar el grupo afectado. No obstante, la Corte Constitucional en sus providencias C-898 de 2005 y C-116 de 2008, ha modulado, también con buen tino el tema al permitir que sea una sola la persona que incoe la acción, sin que sea necesario que individualice los restantes integrantes del grupo, sino que basta que señale criterios suficientes para la determinación de aquel.

Así mismo, otro tema de vital importancia es el relativo al efecto ultra partes que tiene la sentencia, campo en el que también existió algún grado de problemática en torno a la interpretación de la Ley 472 de 1998, en especial a lo dispuesto en el artículo 55 del cual se deducía que las personas que pretendían integrarse al grupo después de la publicación de la sentencia, sólo lo podían hacer si su derecho no había prescrito o no había caducado y ante el silencio del legislador se podría sacar la misma conclusión frente a los que pretendan allegarse al proceso antes de la apertura a pruebas. Esta situación, sin duda vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución al hacer una diferenciación indiscriminada y el derecho al acceso a la administración de justicia recogido en el artículo 229 de la misma, esto por las consecuencias que traía la norma. Situación que se superó, en principio, gracias a la postura crítica asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado que optó por inaplicar dicha exigencia legal por su abierta inconstitucionalidad, posición que finalmente y de manera definitiva ha sido

recogida por la Corte Constitucional en su reciente jurisprudencia, Sentencia C-241 de 2009, en la que se declaró la inexequibilidad de dicho requisito.

Por último se pretende resaltar el tema relacionado con el objeto de protección de estos mecanismos procesales, pues aunque fue concebido para la salvaguarda de todo tipo de derechos subjetivos, la pretensión que se aduce en la demanda siempre debe estar dirigida a obtener una indemnización de perjuicios ya que es una acción esencialmente resarcitoria. Esto limita significativamente la protección que ameritan los derechos sociales, económicos y culturales, pues como se expresó anteriormente, estos derechos cuentan con una estructura compleja. Este punto amerita un comentario acerca de lo dicho por el Consejo de Estado en varias ocasiones frente a los derechos laborales: *“las pretensiones que versan sobre los mismos no persiguen una indemnización por los eventuales perjuicios sufridos, sino, más bien, el pago de las acreencias que tales derechos pueden originar”*<sup>42</sup>. Es así como el Consejo de Estado ha estimado improcedente la acción de grupo en estos casos, por cuanto, el reconocimiento de derechos laborales, como lo es el pago de la prestación de horas extras, no tiene naturaleza indemnizatoria sino retributiva.

Y es que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998, la acción de grupo tiene por objeto exclusivo la reparación de perjuicios causados por un daño común a un número plural de personas, así no se encuentre restringida su procedencia a la protección de una categoría específica de derechos<sup>43</sup>. Este punto es muy importante ya que a pesar de que se ha constatado que la estructura de la acción implica grandes ventajas procesales frente a la acción de tutela y a la popular, en su tratamiento por la jurisprudencia ha sido limitada en sus alcances frente a la protección de derechos sociales que requieren por su compleja estructura un tratamiento que trascienda el simple reconocimiento de una indemnización.

Puede advertirse, entonces, según se aprecia en los ejemplos estudiados, que gran parte de los problemas de la acción de grupo han girado en torno al concepto de grupo, su alcance y modalidades de integración, lo cual es natural teniendo en cuenta que este es el primer mecanismo procesal que rompe el concepto clásico de parte que ha manejado nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si se rescatan como elementos positivos de la acción de grupo su masividad, la finalidad indemnizatoria (con ciertos matices como se estudiará luego) y el efecto ultra partes de la sentencia, estas situaciones, arriba expuestas, deben ser atendidas con especial cuidado si lo que se pretende a futuro es crear un instrumento para la protección de los DESC que incluya los elementos procesales provechosos que encontramos dentro de esta acción.

### **3. PROPUESTA PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DESC.**

Hemos observado que los instrumentos procesales que ofrece el ordenamiento jurídico y que se consideran útiles para la judicialización de los DESC, no son suficientes para la plena realización de estos derechos. De allí que surjan una serie de propuestas para dar solución a la problemática

---

<sup>42</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto 04753(AG) del 27 de mayo de 2005. C.P.: Alir Eduardo Hernández Enríquez. Rad. no.: 76001-23-31-000-2003-04753-01(AG).

<sup>43</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-1062 de 2000 y C-215 de 1999. Consejo de Estado. Providencia AG-021 de 2001.

planteada, teniendo como punto de referencia el estudio de la acción de grupo, al ser ésta la que más se aproxima a las necesidades existentes. En efecto, debe resaltarse que el diseño del nuevo mecanismo procesal que se propondrá o la adecuación del existente, más que un proceso de construcción, debe constituir una verdadera deconstrucción, es decir, la edificación de las propuestas sobre la base de las ventajas de la acción de grupo de la cual, han de tomarse entre otras, su desarrollo de la economía procesal, su alto grado de eficacia y el respeto que en esta se da por principios como la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros.

### **3.1. Adecuación de la Acción de Grupo.**

#### **3.1.1. Antecedentes históricos de la acción de grupo.**

Para poder descifrar los alcances de la acción de grupo es necesario remitirnos a su origen y a su construcción en nuestro ordenamiento jurídico. Como es sabido, el constituyente de 1991 no sólo introdujo un nuevo catálogo de derechos de la tercera generación, sino que además señaló los mecanismos para hacerlos efectivos. Estas instrucciones ordenadas en la Carta permiten el nacimiento de las acciones populares y de grupo, instrumentos procesales que para los efectos del trabajo es necesario distinguir plenamente. En la Asamblea Nacional Constituyente, la labor realizada por la comisión primera, encargada de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico permitía hacer claramente dicha distinción. Las primeras se encuentran dirigidas a proteger intereses colectivos, en cambio las segundas tienen la finalidad de obtener indemnización de perjuicios individuales inferidos por una misma causa a todos los integrantes de un grupo de personas<sup>44</sup>.

Esa diferenciación adquiere importancia a efectos de determinar los derechos o intereses amparados por la acción de grupo y esto a fin de indagar si es posible a la luz de nuestro ordenamiento disponer de ella como mecanismo idóneo de protección de los derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, se hace inexorable dejar claro desde un principio que los objetivos propuestos no buscan transpolar la acción de grupo a la protección de los DESC o hacerla el mecanismo especial que tanto necesita nuestra sociedad por las razones ya expuestas. Esos propósitos son la base de un estudio crítico de la acción de grupo que permite explorar sus elementos más característicos, benéficos y convenientes desde el punto de vista procesal para luego incluirlos en una nueva acción.

Fijado el proyecto del estudio de la acción de grupo, es importante recorrer su nacimiento en el common law, puesto que esto nos permite observar con mayor claridad las razones jurídicas y sociales que llevaron a los ordenamientos a reconocerla como un ingrediente más del universo procesal. En el derecho anglosajón<sup>45</sup>, nace en el Medioevo en Inglaterra en donde se

---

<sup>44</sup> VÁSQUEZ MÓNICA, BARRIOS LORENA, IBÁÑEZ MARIA CAROLINA *et al.* "Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivos", *Revista de derecho*, No. 26, Barranquilla, 2006.

<sup>45</sup> Siguiendo lo propuesto por Yeazell, para comprender la estructura actual de las *classactions* norteamericanas, es necesario tener en cuenta el contexto social en el que se desarrolló la representación moderna de los litigios. De allí entonces, es natural ver que la reforma a la regla 23 (1966), buscó dar o reconocer a las cortes federales un rol esencial en la transformación social en general y, particularmente, frente a la discriminación racial. Por lo tanto, con el propósito de satisfacer este objetivo, se buscó que la norma permitiese que las *classaction* fueran independientes de la existencia de organizaciones sociales,

empezaron a agrupar ciudadanos que se quejaban ante el gobierno por perjuicios sufridos por la colectividad<sup>46</sup>. Este no es tan solo un hecho histórico con trascendencia social es también determinante en la comprensión de la acción de grupo como ingrediente jurídico ya que se hace evidente el hecho que desde un principio fue ideada para proteger intereses sociales sin limitar su campo de acción a un solo sujeto. Sin embargo dicha forma de concebir la finalidad de la acción fue sufriendo metamorfosis, cambiando así sus fines y objetivos, esto por la fuerza con la cual fueron apareciendo muchos más mecanismos protectores de derechos individuales. Y fue así como en Estados Unidos, mediante la Equit Rule 48, se permitió que varios individuos se agruparan en los casos en los cuales el número fuera de tal magnitud que les era imposible reclamar separadamente la reparación de sus perjuicios<sup>47</sup>.

La semejanza que más nos interesa entre nuestra acción de grupo y la contemplada en Estados Unidos, para alcanzar el objetivo propuesto consiste en que su campo de acción no se encuentra limitado a una sola categoría de derechos. Por esta razón nos es dable afirmar que contamos en nuestro ordenamiento con las *classactions* diseñadas para la protección de los derechos colectivos y con las *damages classactions* que buscan la protección de derechos individuales, no necesariamente derivados de derechos colectivos<sup>48</sup>. Es así como en nuestro ordenamiento no se exige que los perjuicios causados a los integrantes del grupo accionante se deriven de la violación de derechos colectivos.

La introducción de este mecanismo judicial, le abre a nuestra comunidad una puerta que cierra muchas veces la tutela o la acción popular, ya que su efectividad no está limitada o no depende de una evaluación exhaustiva del contenido de los derechos que buscan ser amparados, por el contrario, deja entrar a su campo de acción y protección a todo tipo de intereses y derechos. Los legitimados no están a la espera, como en la tutela, de una sentencia con efecto inter partes que sólo declare la existencia del derecho y su necesidad de amparo; por medio de la acción de grupo obtiene una providencia que no sólo repara su situación si no que desde un punto de vista social y macro influye significativamente en la construcción de políticas públicas. Esta construcción no se hace a través del estudio de una vulneración específica, y de la búsqueda rigurosa y estricta de mínimos vulnerados.

---

para así poder proteger intereses de grupos difusos tales como las comunidades raciales discriminadas. Los llamados tipos o categorías de acciones colectivas que están previstas en esta regla 23 –*types of classactions*– constituyen más precisamente situaciones fácticas o hipótesis de cabimiento. La subdivisión b (1) es una versión de producción en masa de la *Rule 19* sobre partes necesarias. En esta subdivisión, se contempla una situación donde una corte rutinariamente requeriría la unión de varias partes conforme a dicha regla, pero se dificulta su cumplimiento debido a la gran cantidad de individuos involucrados. En consecuencia la regla 23 b (1) permitiría que dichas personas se unieran como una clase. La subdivisión b (2), limita su aplicación a situaciones en las cuales se busca principalmente injuntivas o declarativas justificando el tratamiento de clase sobre la base de que el alivio con respecto a la clase como un todo resulta apropiado. La categoría residual que se encuentra consagrada en el 23 b (3), será procedente solamente si el caso no logra adaptarse a las hipótesis fácticas de los numerales 1 o 2, y que después de haberse analizado diversos factores se llegue a la conclusión de que la acción de clase es superior a otros métodos para la justa y eficiente adjudicación de la controversia. Así, esta categoría de la acción de clase está dirigida al remedio legal más común que es el reconocimiento de daños –*damage classaction*: YEAZELL, Stephen, *From Medieval Group Litigation To The Modern Class Action*, New Haven, Ed. Yale University Press, 1987, pp. 238-247.

<sup>46</sup> VÁSQUEZ MÓNICA, BARRIOS LORENA, IBÁÑEZ MARÍA CAROLINA *et al.* Ob. cit.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Ídem.

### **3.1.2. Elementos positivos de la acción de grupo frente a las problemáticas planteadas.**

A pesar de las deficiencias legislativas que presenta la acción de grupo, resulta evidente que esta figura procesal contiene elementos estructurales que generan grandes ventajas al momento de judicializar los DESC. Por una parte, al permitir que se presenten varias personas que han sufrido un daño como consecuencia de la violación de un DESC, provoca que exista una mayor correspondencia con el concepto enunciado, que contempla un sujeto activo plurisubjetivo. Ello no consiste en una mera concordancia teórica conceptual sino que trasciende en una correspondencia Constitucional con los principios de solidaridad e igualdad. A diferencia de lo que ocurre con la protección a través de tutela, que contradice directamente el carácter social de los derechos generando decisiones aisladas, contradictorias e ineficientes en términos de políticas públicas, la acción de grupo permite cobijar una clase, un sujeto activo plurisubjetivo, que al ver violentados sus derechos tiene la posibilidad de convertirse en legitimado activo de una acción de grupo.

El que este sujeto activo plurisubjetivo presente una acción de esta naturaleza o que se vea protegido por ella sin siquiera tener necesidad de instaurar directamente la acción (dado que podría hacerlo una ONG, organización social, etc.), unido a la posibilidad que los sujetos afectados que no hubieren sido parte del proceso se acojan posteriormente a la sentencia, permite que un mayor número de personas vean favorecidos efectivamente sus derechos económicos, sociales y culturales. Ello se traduce en grandes ventajas en términos de economía judicial dado que en lugar de veinte sentencias de tutela se tendría una sola sentencia de acción de grupo que se aplicaría a los sujetos de vulneración de forma igualitaria. Y es que, como lo ha dicho la Corte Constitucional<sup>49</sup>: a través de la acción de grupo se busca la reparación de perjuicios que al tener una misma causa merecen un mismo tratamiento jurídico.

En síntesis la legitimación activa que contempla la acción de grupo y los efectos de su sentencia a los cuales pueden acogerse todas aquellas personas que pertenezcan al grupo durante un período determinado, constituyen los elementos esenciales de este instrumento procesal que reflejan su espíritu: permitir la protección de derechos de una pluralidad de sujetos cuya judicialización individual resulte imposible, excesivamente compleja o conlleve necesariamente la posibilidad de grandes desigualdades. Sin embargo, sigue presente ese problema del entendimiento que se le ha dado, frente a una función indemnizatoria *strictu sensu*.

### **3.1.3. El alcance del concepto de “indemnización” en la acción de grupo.**

Si bien en nuestro país, la acción de grupo terminó siendo concebida (a diferencia de su precursora en Derecho comparado, la *classaction*) como eminentemente indemnizatoria, una interpretación en sentido amplio del concepto de daño y su correlativa reparación, podría permitirnos solucionar

---

<sup>49</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-1062 de 2000 y C-215 de 1999.

muchas de las dificultades actuales de la acción de grupo frente a la problemática de los DESC.

Es así, como el profesor Juan Carlos Henao comenta: *“daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima. Tal definición supone, naturalmente, que el patrimonio se compone tanto de derechos patrimoniales como de los mal denominados ‘extra patrimoniales’, y, desde otro punto de vista, de derechos individuales como de colectivos. Esta definición permite concebir al ser humano en todas sus características esenciales, pues expresa tanto su faceta individual –no sólo económica– como colectiva, que también le es propia”*<sup>50</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar dos cosas, en primer lugar, la completud de esta definición de daño en cuanto a la presencia de varios centros de protección de un individuo, como lo son el material, el moral, el fisiológico, etc.; y en segundo término, la capacidad de no agotarse en un solo sujeto sino cobijar, como hemos decidido llamarlo en este trabajo, sujetos pasivos del daño plurisubjetivos, es decir, compuesto por varios individuos en situación común, pero con prestaciones a su favor jurídica y materialmente divisibles.

Por otra parte, si se quiere ser coherente en el manejo procesal que a este tipo de daño debe dársele, es más que imperativo abandonar la vieja concepción de reparación como equivalente a pago pecuniario. Cuestión que entre otras cosas se ha venido atemperando en todo el mundo, pues se pone de presente que, por ejemplo, en tratándose de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son comunes las condenas en que se prevén medidas simbólicas de reparación, e incluso, mandatos a un Estado, distintos de meras erogaciones y previsiones presupuestarias, para superar la situación de vulneración que dio lugar al pleito. Medidas perfectamente compatibles con la finalidad de protección de los derechos ahí tratados, ya que, como el mismo profesor Henao comenta al referirse a la sinonimia existente entre los vocablos reparación, restablecimiento, resarcimiento e indemnización: *“todas ellas llegan al mismo punto: el restablecimiento de un derecho lesionado, ya sea de una vulneración consumada o de una en ciernes o evolución”*<sup>51</sup>.

En consonancia con lo anterior, es pertinente referirnos a las *mandatory injunctions* del Derecho norteamericano, las cuales prevén realizar ciertos actos en cabeza de la administración, a través de órdenes impartidas por un juez o tribunal. De hecho, nuestra acción de grupo está cimentada filosóficamente sobre aquéllas, por lo cual, no consideramos que exista inconveniente alguno en su compatibilidad, en cuanto a los efectos que en ella se proponen. Además, pueden contemplar la posibilidad de suprimir un daño, es decir, no sólo están previstas para compensarlo, sino para hacer cesar el mismo, con lo cual, en ningún momento se desnaturaliza su concepción indemnizatoria, si tomamos el concepto como ya se propuso arriba.

---

<sup>50</sup> HENAO, Juan Carlos. “De tal derecho lesionado, tal acción”. *Memorias V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá D.C., Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005.

<sup>51</sup> HENAO, Juan Carlos. Ob. cit.

En ese sentido, en tratándose de DESC, la acción de grupo, replanteada en su concepción de resarcimiento, vendría a ser una herramienta idónea (o por lo menos con menores defectos), para su amparo, en tanto que como lo dice la Corte Constitucional en Sentencia C-215 de 1999: *“se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo consumidores), de ahí su denominación original de classaction”*.

Apartándonos de la imprecisión terminológica de la Corte al hacer uso de la expresión interés, que podría confundirse con la utilizada en sede de acciones populares, son bastante importantes los elementos que allí expone en lo aplicable a los DESC. En primer lugar, la ya mentada finalidad de reparación del daño, que reiteramos debe ser entendido de manera amplia; en segundo término, cuando pone de presente el hecho que la acción de grupo, se encuentra encaminada a resolver peticiones de un número plural de personas pertenecientes a sectores específicos de la población, pues este es precisamente uno de los criterios con base en los cuales se estructuran los DESC desde el punto de vista sustancial; y por último, resalta que a pesar de estar dirigida a una pluralidad, se configura en sus efectos para individualizar y materializar concretamente en cabeza de cada individuo la satisfacción de su propio derecho, que como ya lo vimos, es un aspecto importantísimo en la naturaleza de los DESC.

En este orden de ideas, se vislumbra cómo, de una acción ya existente en Derecho colombiano, se puede hacer uso para hacer efectivos por vía judicial los DESC, sin alterar su esencia y lo más importante, protegiendo la igualdad, pues no sólo será una persona la beneficiada con el fallo favorable a sus pretensiones, sino que además, a la sentencia podrán acogerse los individuos que consideren encontrarse en la misma situación.

### **3.2. Acción de Tutela Social. Un nuevo mecanismo para la protección de DESC.**

Se plantea la necesidad de incorporar eventualmente al ordenamiento jurídico una acción diseñada exclusivamente para esta categoría especial de derechos, una acción que se compadezca con los principios de progresividad y solidaridad. No obstante, no se trata, en lo absoluto, de crear una acción que desplace todos los instrumentos que ofrece el ordenamiento jurídico en los términos expuestos, sino de diseñar una que complemente el catálogo procesal, con miras a la efectiva realización de los DESC en cada una de sus facetas.

Por consiguiente, como parte final de este trabajo se señalarán los principales aspectos procesales que constituirían la acción que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico colombiano como mecanismo judicial directo de protección de los DESC.

#### **3.2.1. Legitimación**

Fredie Didier Jr. y Hermes Zanetti Jr., afirman que *“la busca (sic) de un legitimado (pasivo o activo, persona física o jurídica, de carácter público o privado) que represente los intereses del grupo en juicio de una forma adecuada es uno de los aspectos más polémicos en la tutela jurisdiccional”*<sup>52</sup>, pero solamente cuando se establezca con claridad quiénes pueden exigir judicialmente el derecho y frente a quiénes lo pueden hacer, es que lograremos una real judicialización de los derechos sociales, económicos y culturales.

Desde el punto de vista de quiénes pueden incoar esta acción, tenemos a todo sujeto o plurisujetos que vean vulnerado alguno de sus DESC. Asimismo en virtud del principio de solidaridad, se legitima por activa: a) las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar; b) las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; c) El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Personero distrital y municipal, en lo relacionado con su competencia; d) los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los DESC.

La demanda con la que se promueva esta acción debe ser incoada contra el ente estatal que esté encargado del respeto, protección, garantía y promoción del derecho social en cuestión, siempre teniendo en cuenta que dentro del proceso el Estado puede hacer partícipe a las demás entidades sociales, públicas o privadas, que de manera directa o indirecta sean responsables de la insatisfacción o vulneración del derecho examinado, pues como lo expresamos en la primera parte de este escrito, la efectiva garantía de los derechos sociales no radica exclusivamente en el Estado sino que implica un compromiso de toda la sociedad para proporcionar una igualdad real de oportunidad para todos los individuos. Entonces se hace necesario que en el curso del proceso el juez procure espacios de deliberación entre los representantes del grupo, el Estado y los sectores que tengan interés, dependiendo del derecho cuya realización se discute.

El éxito de la acción que proponemos no puede estar condicionado a la comprobación de un estado absoluto de vulneración, no tiene el demandante que estar en condiciones deplorables para lograr la atención de Estado. Los derechos sociales necesitan una acción mediante la cual se puedan hacer exigibles no sólo los mínimos, cuando la realización del derecho es nula, sino también mejoras, cuando no siendo nula, la realización del derecho sí es insuficiente a la luz del principio de progresividad.

En oposición a los defectos de la tutela, consideramos que la judicialización de los DESC en caso de desconocimiento del derecho, se logra de manera adecuada únicamente a partir de una acción diseñada exclusivamente para esta categoría de derechos, en la cual se permita el concurso de todo aquel que tenga interés legítimo por encontrarse en similares condiciones a las del accionante. Debe existir la posibilidad que en el curso de proceso, e incluso

---

<sup>52</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, 3ª edición, vol. 4. El Salvador, Ed. Juspodivm, 2008, p. 207.

dentro de un término prudencial una vez publicada la sentencia, las personas puedan adherir a la parte actora.

### 3.2.2. Medidas cautelares

Entendiendo por medidas cautelares toda “*providencia que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter de provisionalidad y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez*”, no se considera pertinente limitar estos instrumentos que pueden ser adoptados por el administrador de justicia con la finalidad de proteger los DESC.

Se hace necesario dotar al operador jurídico de las herramientas suficientes para la adecuada justiciabilidad de los DESC, en ese sentido, el juez, una vez admitida la demanda, valorando las condiciones particulares del caso debe tener la posibilidad y además la obligación de tomar las medidas cautelares que a su juicio resulten adecuadas para frenar la situación que está dando lugar a la vulneración del derecho.

Teniendo en cuenta la complejidad de los DESC, no es dable limitar las posibilidades del juez, sino que por el contrario, resulta pertinente permitir que sea él quien decida y adopte la medida que encuentre más apropiada, bien sea para prevenir un daño inminente o para mermar los efectos del ya causado. Por lo tanto en este proceso será pertinente acudir a todas las medidas cautelares que se hallen supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que pone fin al mismo<sup>53</sup> y con la que se pretende proteger y hacer realmente efectivos los DESC.

“Generalmente se afirma que las medidas cautelares deben ser adoptadas con prudencia y cuidado. Pero en el caso de los DESC, debe privilegiarse un criterio amplio en atención a la importancia de los intereses en juego:

- Dicho criterio amplio debe ponerse en práctica, principalmente, al evaluar la verosimilitud del derecho. Muchas veces la configuración de este requisito no se aprecia con claridad, pero igualmente el juez debe adoptar la medida cautelar solicitada para evitar un perjuicio mayor.

- Por otro lado, también hay que ser flexible en la exigencia de la contra cautela. Cuando se trata de DESC, los peticionantes suelen ser personas carenciadas, sin recursos para prestar una caución real, de allí que en estos casos conviene solicitar una simple caución juratoria.

- También resulta conveniente que los jueces extremen su ingenio para adoptar las medidas cautelares más adecuadas para la necesidad del peticionante, acudiendo para ello a la herramienta de las medidas cautelares genéricas<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> KISH, W. *Elementos del Derecho procesal Civil*, 2ª edición, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1940, p. 315.

<sup>54</sup> RAGGIO, Martín Heriberto. *Protección jurisdiccional de los derechos sociales, aspectos procesales*. El Salvador. Ed. Universidad del Salvador, 2005, p. 25.

Así se hace necesario concederle al juez en este proceso, unas medidas cautelares innominadas, para que tenga la posibilidad de adoptar las prevenciones que considere necesarias, para que durante el curso del proceso la situación de vulneración o de incumplimiento no se haga más gravosa o para prevenir un daño inminente.

### **3.2.3. Contenido de la sentencia**

En caso que la acción prospere, la sentencias deberán contener órdenes de hacer o de no hacer, y los parámetros bajo los cuales se deberá cumplir la sentencia. Asimismo, el juez señalará un término para el cumplimiento de la misma. En ese orden de ideas, es necesario que se designe una comisión de seguimiento, que se encargue de vigilar el proceso de ejecución de la sentencia; vencido el término, dicho órgano cumplirá la función de verificación.

El juez eventualmente puede ordenarle a la Administración que diseñen una política pública, o al Legislador, que expida una ley, en los términos que para esos efectos se fijen en la sentencia. No se trata de que el juez cree la política pública o profiera decisiones de carácter general y abstracto, pues aquél no tiene los conocimientos para proferir decisiones de alto contenido técnico y de efectos macroeconómicos, ni legitimidad constitucional para pronunciar decisiones de esa naturaleza. Pero lo que sí puede hacer, es ordenarle a quien corresponda que adopte una solución de carácter general, para que el daño reparado con la sentencia, no se siga causando<sup>55</sup>.

También dentro del contenido de la sentencia deberán ser precisados por el juez los criterios para la determinación del grupo o comunidad sobre los cuales el fallo producirá efectos y para que éstos sean evaluados frente a los sujetos que desean hacerse parte dentro del proceso o decidan adherir a la sentencia.

### **3.2.4. Cumplimiento y efectos de la sentencia**

El juez deberá señalar un plazo prudencial de acuerdo con el contenido del fallo, dentro del cual se deberá iniciar el cumplimiento de la resolución. Para lograr con mayor eficiencia en la ejecución de la providencia estimamos conveniente que se designe una comisión de seguimiento del cumplimiento de la sentencia, el cual estará conformado por el juez, las partes, la entidad pública encargada de la protección y garantía del Derecho Social en cuestión, el Ministerio Público y una organización no gubernamental relacionada con la materia objeto del proceso. Entonces, este comité se encargará de vigilar el proceso de realización de la sentencia; vencido el término, la comisión de seguimiento cumplirá la función de verificación, y para los casos en que el fallo no sea acogido por la entidad responsable de hacerlo, se debe dotar a este comité de la potestad sancionatoria, para que imponga las decisiones correspondientes.

La sentencia debe tener efectos *ultra pares*, pues como hemos venido afirmando, es imperativo garantizar en lo posible la igualdad material. Decimos en lo posible, porque somos conscientes de que la existencia de un término

---

<sup>55</sup> Sobre la judicialización de la política, ver, entre otros, UPRIMMY YEPES, Rodrigo. "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos" en *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá D.C., Ed. Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos, 2008.

para que las personas en iguales condiciones comparezcan es un factor de discriminación, sin embargo, la imposición de un término para esos efectos es razonable si tenemos en cuenta que la ausencia de un término no se compadece con la naturaleza jurídica de las providencias judiciales. Si no existiera dicho plazo, estaríamos aceptando la posibilidad que el juez profiera decisiones con ínfulas de ley, pues además de decidir sobre hechos pasados, protegería violaciones futuras, y ciertamente este no es el alcance de una sentencia judicial. Se estima conveniente dejar a la potestad del juez la determinación de este plazo dependiendo del DESC que se pretenda proteger, la magnitud del grupo y la relevancia social de los problemas jurídicos solucionados mediante la providencia.

Con una acción de esta naturaleza quedan resueltos en gran medida los problemas que genera la aplicación de la tutela a los DESC: en primer lugar, se garantiza la igualdad material, en la medida en que personas que se encuentran en similares condiciones, obtienen un mismo trato, y no se exponen a procesos separados y pronunciamientos inconsistentes; de igual forma, la pluralidad de sujetos en un solo proceso, propugna por la descongestión de los despachos judiciales, la economía procesal, mayor acceso y por ende por una mejor administración de justicia; y finalmente, se reivindica el principio de la progresividad.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Como se vio, se percibe una tendencia al abandono de los derechos sociales, económicos y culturales; muestra de ello es que la regulación en materia de judicialización de los mismos en nuestro país es incompleta, lo cual conlleva a su desfiguración filosófica, ya que la sociedad actual propende por dejar de lado el principio de solidaridad y se centra cada vez más en un sentido individualista.

Por ende, ninguna acción resultaría completa sin un juez comprometido, pues con respecto a su papel institucional frente a la protección de los DESC, es claro que existe un grado legítimo de incidencia de éste en la esfera de funciones de las demás ramas del poder, aspecto ineludible dada la configuración constitucional de nuestro sistema de pesos y contrapesos. Por lo tanto, una judicialización exitosa en los términos aquí propuestos depende en gran parte del activismo judicial. El juez no puede ser tímido o temeroso de invadir aspectos que aparentemente pertenecen a otras esferas del poder, pues si bien su investidura no tiene origen en el voto popular, su función primaria es garantizar todos los derechos de todos los ciudadanos, y en un Estado Social de Derecho, no encontramos una función más democrática y fundamental que ésta.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,  
Dirección Postal  
Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)  
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.