

# La judicialización de los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia

## Legal enforcement of social, economic, and cultural rights in Colombia

**María Sara Montoya Tabares**

Estudiante de Derecho Universidad Libre Cali  
montoyams@yahoo.es

**Javier Armando Chavarro**

Estudiante de Derecho Universidad Libre Cali  
javierc53@latinmail.com

**Jonathan Narváez Ramírez**

Estudiante de Derecho Universidad Libre Cali  
jonathanarvaez6@hotmail.com

**Edward Ochoa Cabezas**

Estudiante de Derecho Universidad Libre Cali  
edochca17@hotmail.com

---

Fecha de recepción: Agosto 10 de 2010

Fecha de aceptación: Diciembre 13 de 2010

### Resumen

Este artículo explora algunos elementos de justificación que permiten reflexionar en la falta de efectividad de los mecanismos que nuestra Constitución Política contempla para su protección como es la Acción de Cumplimiento y por otro lado, plantear soluciones a fin de que tales derechos no sean meras expectativas, sino que a través de mecanismos de protección eficientes se obligue al Estado a efectuar apropiaciones presupuestales y la creación de un fondo que sirva como soporte para implementarlos. De igual modo, siendo los tratados internacionales ratificados por Colombia normas de aplicación en el ordenamiento jurídico, el artículo también tiende a indicar a los organismos internacionales que propenden por la no vulneración de los mismo a crear órganos de coerción para que sean aplicados a los Estados vulnerados a fin de que sus decisiones no solo se queden en simples recomendaciones, como hasta la fecha se ha venido observando, sino que trasciendan y se conviertan en verdaderas políticas socioeconómicas en las agendas del gobierno de turno, que repercutan en la satisfacción de necesidades del conglomerado social.

### Palabras clave

Judicialización, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, mecanismos.

## Abstract

This paper explores some of the rationale that makes it possible to reflect on our political constitution's lack of effective protective mechanisms such as, e.g. enforcement actions. On the other hand, it also proposes solutions aimed at ensuring that these rights do not remain mere expectations, suggesting the use of efficient mechanisms of protection that force the state to make budgetary provisions and create a fund that can be used for supporting implementation of these kinds of mechanisms. Taking into account the fact that the provisions in the current international agreements are legally enforceable, this paper has the additional purpose of urging international entities that see to the performance of these agreements to create enforcing bodies that take actions in the compromised states. This would be done for the purpose of guaranteeing that their decisions are not left as simple recommendations - as has occurred thus far -, but rather transcend and become actual socioeconomic policies in the agendas of the government administration that happens to be in power, so that they have positive repercussions on the satisfaction of the needs of the collective society.

## Keywords

Legal enforcement, Economic, Social and Cultural Rights, DESC, mechanisms.

## Introducción

Históricamente, la Constitución de 1886 tenía una sujeción formal a la justicia, a la igualdad y a la ley. La vieja Carta le daba prioridad a los aparatos estatales, y el ser humano era cosificado, pues ocupaba un segundo lugar dentro del Estado de Derecho. Hoy en día, la Constitución de 1991 posee una sujeción material a la justicia, a la igualdad, y a la ley. La nueva Carta recuperó el *ius humanismo*, es decir, los derechos humanos tienen prioridad, pues pone en boga el antropocentrismo del siglo XV, que significa que el ser humano es el centro del universo, teoría que contó con defensores del humanismo como Tomás Moro en la *Utopía*, de Erasmo de Róterdam en su *Elogio de la locura*, entre otros.

Los derechos sociales, económicos y culturales, consagrados en los artículos 42 a 77, adquieren particular relevancia en Colombia, porque la Constitución de 1991 otorga un lugar central a los derechos humanos, y en las formulaciones con que se abre el texto constitucional se define a Colombia como un Estado social de derecho. Esto proporciona un anclaje a los derechos económicos, sociales y culturales, e impone la responsabilidad de aplicar los conceptos de los derechos humanos en los campos económico, social y cultural, siendo los estados los principales responsables de hacerlos realidad; procurando que otras personas u organismos no perpetren abusos contra ellos, haciéndolos efectivos en la práctica.

## 1. Los derechos sociales, económicos y culturales y su relación con los derechos fundamentales

Un derecho es fundamental por estar en el núcleo jurídico primario para dar principio y razón primordial a toda comunidad política, por conformar cada bien jurídico que está inseparablemente unido a la condición humana. Al respecto, la Corte Constitucional, posterior a la promulgación de la Constitución de 1991, en un afán por definir o conceptualizar lo que debe conocerse como derechos fundamentales, pues la Constitución en mención utiliza indistintamente expresiones como derechos inherentes a las personas o derechos inalienables para referirse al mismo tema, las siguientes definiciones que permiten un eficaz reclamo para garantizar la protección y ejercicio de los derechos fundamentales: “Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas, sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible”.<sup>1</sup>

Una de las bases primordiales del Estado social de derecho son los derechos fundamentales, igualmente manifestados y garantizados por la Constitución, elemento propio de este modelo de Estado. La constitución debe estar orientada hacia los derechos fundamentales, es decir debe procurar la realización de estos derechos dentro del plano socio-jurídico como uno de sus fines esenciales, además debe establecer los mecanismos pertinentes para la protección necesaria de los derechos fundamentales en los casos de trasgresión, ya sea por parte del propio Estado o por los particulares.

Así pues, los derechos fundamentales son un elemento estructural de las constituciones de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, no sólo desde el plano formal de la legislación y la estructura del Estado, sino además, como parte armónica del ser humano, porque estos son inherentes a su condición, lo que hace que les deban ser reconocidos a todos en general, como integrantes de una misma especie y sobre todo como principio, razón y fin del mismo Estado, pues el principio fundamental que sustenta los derechos es el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Estos derechos se pueden dividir en dos grupos:

Derechos civiles y políticos, que comprenden por ejemplo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre ni torturas; la igualdad ante la ley; la protección frente a la detención, el encarcelamiento o el exilio arbitrario; el derecho a un proceso justo; el derecho a poseer bienes; el derecho a la participación política; el derecho a ejercer las libertades fundamentales de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión; el

1 Sentencia T 418 de 1992. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; el derecho a participar en el gobierno del país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos y los **Derechos económicos, sociales y culturales** que comprenden por ejemplo el derecho al trabajo; el derecho a igual salario por trabajo igual; el derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse; el derecho a un nivel de vida digno; el derecho a la educación y el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural.

Estos derechos están previstos también en dos “Pactos”, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que permiten formular denuncias a título personal por violación de los derechos consagrados en el Pacto.

Sin embargo, existen antecedentes que ayudan a comprender el por qué los derechos económicos, sociales y culturales se han visto rezagados en términos de aplicabilidad frente a los civiles y políticos. En primer lugar, durante la Guerra Fría, los derechos económicos, sociales y culturales se vinculaban al régimen comunista y al bloque socialista, percepción que se mantiene vigente hoy en día a pesar de la caída del muro de Berlín. En segunda instancia, si bien el pensamiento neoliberal promueve la protección de libertades, rechaza la noción de garantías sociales o justicia social, a partir de una visión a favor del mercado libre (pero no necesariamente del mercado justo).

En Colombia hay una falta de respeto y atención a los DESC, que se refleja en la creciente pobreza, el hambre, la falta de servicios básicos y la discriminación, con una gran exclusión social y económica que se traduce en una exclusión política.

El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de derechos civiles y políticos, sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza, del poder y que reproducen las inequidades sociales.

La exigibilidad de su judicialización es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea, como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía.

## **2. Los DESC en relación con los derechos humanos**

Los derechos económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos humanos y hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto, tales derechos son imperativos por cuanto no se puede alcanzar la paz y liberar a las personas del temor y de la miseria sin garantizar todos los derechos humanos. En consecuencia, cuando se encuentre la violación flagrante de los mismos sin

que *el* Estado haga algo por ello, estos son exigibles a través de la promoción de mecanismos internacionales de protección; por ello, el estudio de los derechos económicos, sociales y culturales y la búsqueda de su realización es un tema imprescindible de eventuales agendas sociales de paz, como lo son sin duda los otros derechos humanos.

Sin embargo, al abordar el tema de los derechos humanos, debemos precisar que los mismos se han ido promulgando desde hace aproximadamente 200 años, y se han clasificado como Derechos Humanos de primera, segunda y tercera generación. Desde su estadio primitivo, el hombre ha sido sometido al poder de otros, surgiendo entonces la lucha por el reconocimiento de unos derechos hasta el momento actual. La defensa de la vida, la lucha por la igualdad y la solidaridad de los hombres, ha sido siempre la preocupación de aquellos que fueron excluidos de los beneficios del desarrollo y del poder.

Las diferentes manifestaciones orales y escritas de todas las culturas han expresado su preocupación por el respeto de unos derechos inalienables de la persona. Específicamente las declaraciones escritas, llamadas derechos humanos, surgen en el contexto de las sociedades divididas en clases en el continente europeo.

Los primeros documentos escritos, relacionados con los Derechos Humanos aparecen con ocasión de los conflictos entre los individuos y el Estado, primero en Inglaterra, luego en Francia, en Estados Unidos y de allí a los demás países del mundo.

Las primeras declaraciones se preocuparon más en establecer unos límites a la intervención estatal que en definir las modalidades de participación popular en el ejercicio del poder o en la designación de los gobernantes, y es a partir del siglo XVIII que las aspiraciones de la humanidad, el reconocimiento y el respeto a sus derechos toman forma más exacta y concreta.

- Surgen entonces algunos documentos tales como la Carta Magna del Rey de Inglaterra, Juan Sin Tierra, del 23 de junio de 1215, que se considera el fundamento de las libertades inglesas. Estipuló que todo acusado debía ser juzgado por sus iguales; que nadie podía ser reducido a prisión sin que existiera previamente una causa establecida en la ley y que no había demora en la administración de justicia.
- La Declaración del Buen Pueblo de Virginia (EE.UU), 12 de junio de 1776, reconoce que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen derechos innatos que no pueden ser desconocidos, tales como el goce de la vida y la libertad y que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás. Ejerció una gran influencia en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.
- La Declaratoria de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, 4 de julio de 1776, que establece que los gobiernos están instituidos para garantizar los derechos inalienables del hombre, como la vida, la libertad y la búsqueda de la libertad.

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia), 26 de agosto de 1789, es uno de los textos más importantes de la historia moderna, en donde se considera que la ignorancia, el olvido, o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos, y de la corrupción de los gobiernos. Reconoce, entre otros derechos, los siguientes: derecho a la libertad; derecho a la propiedad; derecho a la seguridad; derecho a hacer todo aquello que no está prohibido por la ley; derecho a la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones, a la igualdad, y a la presunción de inocencia y los principios de la soberanía nacional y de igualdad ante la ley etc. Este texto ejerció y ejerce gran influencia en la mayoría de las Constituciones del mundo y en los estatutos de las principales organizaciones internacionales.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual viene a ser el referente normativo inmediato.<sup>2</sup>

Sin embargo, el concepto y el alcance de los derechos han evolucionado con las necesidades del mundo. Es así como, antes de la universalización de los derechos humanos, las sociedades comenzaron a reaccionar contra el poder absoluto del Estado y, en este sentido, frente a ese riesgo de poder del Estado centralizado y los riesgos de opresión de un Estado centralizado..., se reivindican durante las revoluciones burguesas todos los derechos liberales; posteriormente, ante las terribles violaciones de los derechos fundamentales que se dieron en las dos guerras mundiales, estos fueron objeto de protección internacional, pero la misma comunidad de Estados comenzó a comprender que para lograr la verdadera efectividad de los derechos civiles y políticos era necesario garantizar a los ciudadanos una vida digna, mediante el reconocimiento y la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos económicos, sociales y culturales nacieron en las jóvenes democracias europeas y americanas del siglo XIX, vinculados a la idea de igualdad que defendían los sectores sociales en el marco de los procesos de industrialización. La inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales no llevó consigo el establecimiento de mecanismos jurídicos efectivos para su realización material. La primera fase histórica de su consagración constitucional estuvo mediada por la actuación del legislador, lo que impidió su reclamación directa por parte de la sociedad. Más tarde, la realización efectiva de los derechos sociales estuvo supeditada a las grandes crisis económicas de la primera mitad del siglo XX.

La Constitución Política de Colombia de 1991 dividió los derechos humanos, es así como existen derechos fundamentales (Art 11 al 41) con protección inmediata por parte del Estado (claro, sin incluir Art 22 Derecho a la Paz, Art. 25 Derecho al trabajo, etc.), Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Art. 42 al 77) y Derechos

2 Peces-Barba, Gregorio. *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. Editorial Debate- Primera Edición. Madrid, España 1987. p. 22 y sgts.

Colectivos y del Ambiente (Art. 78 al 82), en contravía con la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993) donde declaró, precisamente, la indivisibilidad, interconexión e interdependencia de todos los derechos humanos. La comunidad internacional se comprometió allí a no desmembrar la universalidad de estos derechos.

La práctica en Colombia muestra que las diferentes categorías de derechos humanos no se han desarrollado de igual manera. Comparado con los derechos fundamentales y, las categorías de derechos económicos, sociales y culturales están menos desarrolladas. Esto se debe en parte a que los derechos económicos, sociales y culturales se han considerado durante mucho tiempo como ‘derechos secundarios’ comparado con los derechos civiles y políticos. Su denominada ‘imprecisa’ redacción, su naturaleza programática y la problemática de su justiciabilidad son las razones por las cuales se les ha atribuido tal estatus.

### **3. Los DESC en el ámbito internacional**

La realidad es que los derechos económicos, sociales y culturales son un triunfo formidable, una conquista histórica gestada a través de un arduo proceso de emancipación, en el ámbito universal. Su desarrollo fue paulatino y tuvieron que darse los horrores de la Segunda Guerra Mundial para que la comunidad internacional tomara conciencia de la necesidad de realizar esfuerzos coordinados y conjuntos a fin de velar por la paz y la seguridad internacionales. En nuestro país y en la región, también se tuvo que pasar por una experiencia que conmovió y horrorizó a nuestros pueblos para que se tomara conciencia de las consecuencias del ejercicio arbitrario e ilimitado del monopolio de la fuerza por parte del Estado, pero el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales se gestó, ya hace sesenta años, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamó un amplio abanico de derechos humanos, inherentes a toda persona sin discriminación de ningún tipo. Entre ellos figuran no sólo el derecho a la libertad de expresión y a no sufrir torturas ni malos tratos, sino también el derecho a la educación y a una vivienda adecuada, así como otros derechos económicos, sociales y culturales.

En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una amplia categoría de derechos humanos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes. Casi todos los países del mundo son Estados Partes en alguno de los tratados jurídicamente vinculantes que garantizan dichos derechos.

Entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentran:

El derecho al trabajo, en concreto a condiciones laborales justas y equitativas, a la protección contra el trabajo forzado y obligatorio y a crear sindicatos y formar parte de ellos.

El derecho a la educación, garantizando, por ejemplo, el derecho a una educación primaria gratuita y obligatoria y a una educación suficientemente disponible, accesible, aceptable y adaptable a cada persona concreta.

Los derechos culturales de las minorías y de los pueblos indígenas;

- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluidas unas condiciones de vida saludables y la disponibilidad de servicios de salud accesibles, aceptables y de buena calidad;
- El derecho a una vivienda adecuada, que incluye la seguridad de tenencia, la protección contra desalojos forzosos y el acceso a una vivienda asequible, habitable, bien situada y culturalmente satisfactoria;
- El derecho a la alimentación, que incluye el derecho a no pasar hambre y el acceso permanente a comida nutritiva suficiente o a los medios para obtenerla;
- El derecho al agua, es decir, el derecho a disponer de agua suficiente y a contar con instalaciones higiénicas seguras y accesibles física y económicamente.
- El derecho internacional considera el hecho de que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales sólo se puede lograr de forma progresiva. Sin embargo, la obligación de los gobiernos de respetarlos y protegerlos y de garantizar la ausencia de discriminación es inmediata. La falta de recursos no es una excusa.

Es posible que los gobiernos necesiten tiempo para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales, pero este hecho no implica que no puedan hacer nada. Deben adoptar medidas para conseguirlo. Como primera opción, deben dar prioridad a las “obligaciones fundamentales mínimas”, es decir, la obtención del nivel esencial mínimo de cada uno de los derechos. En lo que se refiere al derecho a la educación, por ejemplo, una obligación fundamental es garantizar el derecho a la educación primaria gratuita.

Los gobiernos no deben discriminar en sus leyes, políticas ni prácticas y deben dar prioridad a las personas más vulnerables a la hora de asignar sus recursos.

Cuando actúan fuera de sus fronteras, los Estados tienen también la obligación de respetar, proteger y hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales. Esta obligación se extiende a las acciones que emprenden a través de organizaciones intergubernamentales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Como se afirma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las “instituciones” tienen obligaciones en materia de derechos humanos. Las empresas desempeñan un papel cada vez más importante en la realización o negación de los derechos humanos a escala mundial. Amnistía Internacional se ha comprometido a pedirles cuentas cuando su actuación acarree violaciones de derechos humanos.<sup>3</sup>

3 Retomado y conceptualizado de la investigación “original”. Fuente traducida del original, fuente disponible en UR <http://www.amnesty.org/es/economic-social-and-cultural-rights/what-are-es-cr> Tipo formato P.D.F.-Copyright 2006-2011, fuente consultada el 05 de abril de 2011 - La web es titular de los derechos de autor pero permite el uso de dominio público, para investigaciones, ya que la inmensa mayoría del contenido disponible en Internet no cumple estos requisitos, por no ser investigaciones con créditos de investigación fehacientes y científicas. Por lo anterior esta proposición fue tomada textualmente de la fuente matriz original y no fue modificada, respetando todos protocolos y los debidos derechos de autor de la fuente original.

Los derechos sociales y culturales fueron consagrados como un gran avance por la Constitución Nacional y los mismos tienen que ver con la protección de la diversidad étnica y cultural, la autodeterminación, la autonomía y la equidad.

Actualmente, el debate de los derechos económicos, sociales y culturales ha pretendido construir desde diferentes perspectivas una explicación plausible para lograr su efectividad a través de la reglamentación de estos derechos en las políticas públicas del Estado o con la judicialización de los mismos. Frente a este último tema se encuentra con un abrumador panorama, surgido de la carencia de una acción judicial expresamente consagrada en la Constitución que permita un claro amparo. El presente escrito pretende abordar esta problemática desde la historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de demostrar que tales derechos carecen de protección por un asunto puramente formal y que deberán ser considerados como derechos fundamentales de obligatorio cumplimiento y protección por todos los poderes del Estado y protegidos judicialmente como derechos fundamentales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama como derechos fundamentales, el derecho a la alimentación, el vestido, la vivienda, el trabajo, la seguridad social y el descanso, entre otros. Los derechos económicos y sociales también son garantizados a nivel internacional por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a nivel americano por el Protocolo de San Salvador. Sin embargo, estos derechos son habitualmente violados, especialmente en los países del Sur. La globalización y las medidas de ajuste tomadas en muchos de nuestros países van a menudo directamente en contra de estos derechos y las amenazas para el futuro continúan.

#### **4. Conceptualización de las acciones constitucionales frente a los DESC**

El concepto de cada una de las acciones constitucionales<sup>4</sup> garantiza en un sentido amplio la protección de derechos –según su naturaleza–, que se consideren vulnerados; es así como la acción de tutela protege derechos fundamentales, y a su vez puede resguardar otros derechos por conexidad como el derecho a la salud entre otros. La acción de cumplimiento se endilga al acatamiento de una ley, o a un acto administrativo, y la acción popular permite salvaguardar derechos e intereses colectivos.

Lo anterior quiere decir que quien pretenda buscar la protección de estos derechos, debe hacer uso del mecanismo definido por la carta política y no otro. Cabe anotar que la Constitución de 1991 asumió con mucha fuerza la garantía de los derechos y para eso dispuso de amplias herramientas para definir el núcleo de los derechos que deben protegerse. Esto significa que al momento de realizar un juicio de constitucionalidad, como la protección de un derecho fundamental, el marco normativo no se agota en el texto mismo de la Constitución; es así como en su artículo 93 se

4 Acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular o de grupo.

establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.<sup>5</sup>

Lo anterior permite establecer la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, y las normas de derecho internacional humanitario, que forman con la Constitución el “bloque de constitucionalidad” del cual se pueden extraer los argumentos normativos necesarios para garantizar y proteger los derechos, entre ellos los DESC.

## 5. Las acciones populares y de grupo en la protección de los DESC

En el Código Civil colombiano hay muchas clases de acciones populares, pero las más importantes son las acciones populares de daño contingente, estipuladas en el artículo 2359 y las acciones populares para la protección de bienes de uso público, consagradas en el artículo 2355. Aunque los alcances son amplios y dada su importancia las acciones populares estuvieron mucho tiempo en el olvido, tanto así que puede afirmarse que esta figura era prácticamente desconocida para la mayoría de juristas, docentes y abogados litigantes. Fue en el artículo 88 de la Constitución de 1991 que se le dio carácter de norma constitucional, para posteriormente ser reglamentada por la Ley 472 de 1998, con el objeto de que la comunidad proteja sus intereses.

*“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares 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 que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.*

Las acciones populares son el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre ellos “el derecho a un ambiente sano”; su finalidad es proteger a la comunidad en su conjunto y respecto a sus derechos e intereses colectivos. Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de su comunidad, no es necesario demostrar la existencia de un daño o perjuicio, se persigue con ella que el juez ordene hacer o no hacer algo o que exija tanto la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior, como el pago de una suma de dinero.

5 Constitución Política de Colombia. Art. 93.

Las acciones populares son en su naturaleza acciones de derechos humanos, no de elites; con ellas no se pretenderá la controversia sino cesar la amenaza o el daño sobre derechos colectivos.

Estas acciones tienen una finalidad múltiple: preventiva, reparadora y restablecedora; evitar el daño contingente; disminuir el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible. Su finalidad es pública, no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios sino proteger a la comunidad en su conjunto y el respeto de sus derechos e intereses colectivos.

Ante estos aspectos cabe decir que las acciones populares y de grupo presentan alternativas ágiles, eficaces y directas en la resolución de conflictos. Mediante sentencia SU-277/93 se les asignaron mayores alcances a las acciones populares de similar naturaleza, aparte de la preservación y protección de los derechos e intereses colectivos consagrados constitucionalmente, siempre y cuando no estén contrariando la finalidad pública o colectiva, ya que su finalidad es estrictamente pública.

*“Por su finalidad pública, las acciones populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor, distinto de su condición de parte del pueblo”.<sup>6</sup>*

Mientras que las acciones de grupo abarcan los derechos subjetivos de origen constitucional o legal cuando el daño se ha causado a un número plural de personas, siendo necesaria la reparación de forma inmediata, efectiva y sin dilataciones.

*“Las acciones de clase o de grupo no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, también comprenden los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez”.<sup>7</sup>*

En efecto, las acciones populares y de grupo por lo general tienden a ser confundidas a la hora de interponer una demanda, ya que se confunden los derechos colectivos como derechos fundamentales, para ello sería necesario que cuando se vulnera un derecho colectivo consagrado en el artículo 88 de la Constitución se vulnera o viole al mismo tiempo un derecho fundamental para que tenga alcance de tutela; mientras no exista una conexión entre los derechos colectivos y fundamentales se procederá a instaurar una acción popular en caso de que se amenace o un derecho o interés y si ya el daño ha sido causado se instaurará entonces una acción de grupo.

*“La conexión que los derechos colectivos pueden presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, es de tal naturaleza que sin*

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-277/93, Magistrados Ponentes: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón. Bogotá, 1993.

7 Ibíd.

*la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz”.*<sup>8</sup>

Aunque en muchos casos la falta de pronunciamiento por el legislador o por negligencia ciudadana puede poner en peligro los derechos fundamentales, es así como debe operar una justicia bajo los principios de responsabilidad, eficacia y eficiencia. En estos casos, la interpretación del legislador para que sea respaldada debe ser global, teniendo en cuenta tanto los principios como los derechos fundamentales y colectivos, además de los valores consagrados en la Constitución

*“En estos casos se requiere una interpretación global de los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos colectivos, para fundamentar la aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analizan a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos”.*<sup>9</sup>

Debido a las muchas dilaciones que en ocasiones las alcaldías e instituciones del Estado ponen a las acciones populares y de grupo, contrario a lo encomendado en la Ley 472 de 1998, fueron modificados los artículos 15, 16 y 51 de dicha ley, con el fin de que las acciones populares y de grupo sean competencia del Consejo de Estado con temas relacionados en el orden nacional; de esta forma se evita que los Juzgados Contencioso Administrativos se congestionen y que se presenten conflictos de competencia como ocurre normalmente, retardando la eficacia de las acciones populares y de grupo.

*“Esta iniciativa busca mantener la competencia del Consejo de Estado como segunda y máxima instancia en el conocimiento de las acciones populares y de grupo, en temas como son los procesos en los que son parte entidades del orden nacional, lo cual a su turno garantiza que la jurisprudencia cumpla con su cometido, como es ser criterio auxiliar de la actividad judicial, toda vez que se unificará la jurisprudencia para que ésta cumpla con su cometido”.*<sup>10</sup>

Por otra parte, el municipio de Santiago de Cali ha sido blanco de las acciones populares y de grupo, en informe rendido por la Defensoría del Pueblo. La mayoría de acciones populares y de grupo han sido rechazadas tanto en primera como en segunda instancia, alegando principalmente falta de información, pero sin dar más datos al respecto que orienten al ciudadano en el ejercicio de sus deberes y derechos.

8 Ibíd.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-277/93, Magistrados Ponentes: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón. Bogotá, 1993.

10 Andrade, Hernán y Cristo, Juan Fernando. *Competencia del Consejo de Estado como segunda y máxima instancia en el conocimiento de acciones populares y de grupo*. Junio 13 de 2006, Bogotá, Disponible en Línea: [http://abc.senado.gov.co/prontus\\_senado/site/artic/20060613/pags/20060613182750.html](http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20060613/pags/20060613182750.html)

Es así como en acción popular instaurada por algunas organizaciones no encontraron respuesta alguna por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, poniendo demoras y dilaciones en contra del proceso, actitud que resulta violadora de los principios de eficiencia y eficacia en la pronta solución o respuesta a los conflictos suscitados, sobre todo si son colectivos.

Ante todo la violación o vulneración de derechos e interés colectivos procede por lo general de la negligencia u omisión de las autoridades públicas en la concesión de contratos y licitaciones que vulneran los derechos colectivos relacionados con la seguridad pública, salubridad, ambiente sano, prevención de desastres, salud, bienestar general y colectivo; lamentablemente muchos de estos conflictos tienen gran relación con intereses económicos por parte del sector privado, es así como indiscriminadamente, por encima de la planeación y del bienestar general se elaboran proyectos que atentan contra el medio ambiente, la seguridad y el goce de los derechos.

## 6. 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 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 Ley 472, descartando cualquier interés que no esté prescrito o no llene los requisitos del mencionado artículo.<sup>11</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, se deja en claro que lo colectivo es completamente

11 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.

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 encuentren conculcados.

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 ambiente sano, la salubridad pública, la efectiva prestación de los servicios públicos, el derecho a la seguridad y prevención de desastres, entre otros.<sup>12</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>13</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 4° 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>14</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.

12 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.

13 *Ibíd.*

14 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).

## 7. 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>15</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, lo cual genera 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, 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 diez días siguientes no cumple se inicia esta acción, la cual se puede dirigir ante las 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 de obtener una real exigibilidad de estos derechos.

Empero, como lo expresó el doctrinante Ramiro Bejarano,<sup>16</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 establezcan gastos, se le dio un “golpe mortal a la eficiencia y finalidad de la acción de cumplimiento”; siendo éste 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

15 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

16 Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos*. Editorial Temis, Tercera Edición, 2005, p. 225.

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>17</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 aplicara 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 aplicarla, 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>18</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>19</sup>

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

17 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.

18 “(...) 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 las circunstancias 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 equívoco 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.

19 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.

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.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley 393 de 1998, establece que este mecanismo jurisdiccional cabe para solicitar el cumplimiento de normas con fuerza material de ley y actos administrativos. No puede utilizarse para solicitar el cumplimiento de las normas constitucionales.<sup>20</sup>

Las normas con fuerza material de ley son todas aquellas que son leyes o se parecen a estas en tanto constituyen una norma de carácter general abstracto e impersonal. Lo cual significa que vinculan a una generalidad de personas, no a nadie en particular, no definen una situación concreta para alguien ni se dirigen a las personas de manera determinada. Además, las normas con fuerza material de ley se dictan en ejercicio de la función legislativa del poder público.<sup>21</sup>

En Colombia se entiende por acto administrativo una declaración de voluntad que se dicta en ejercicio de la función administrativa, existen actos administrativos de carácter general, es decir que establecen una norma que va dirigida a una generalidad de personas, no a ninguna en especial, y actos administrativos particulares, los cuales son aquellos que deciden algo en relación con una persona o grupo de personas en concreto.

Es pertinente indicar que la Ley 393 no estableció la posibilidad de utilizar la acción de cumplimiento para garantizar el acatamiento de las normas constitucionales. Es así como la Corte Constitucional admitió que dicha acción no cabe para lograr el cumplimiento de los mandatos constitucionales, a pesar de que los magistrados que salvaron el voto en dicha sentencia expresaron lo siguiente: “Tenemos la paradoja de que la norma superior, la Constitución, carece de un mecanismo judicial para su realización, mientras que disposiciones de menor jerarquía, como las leyes y actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento. Y lo más paradójico es que la Corte Constitucional, que es la guardiana de la integridad y la supremacía de la Carta (C.P., artículo 241) haya permitido esa especie de discriminación contra el cumplimiento de la propia Constitución”.<sup>22</sup>

Así mismo, es claro que la norma que pretende hacerse cumplir a través de la acción de cumplimiento debe contener ciertas condiciones como:

- Que aparezca en ella una obligación que deba cumplirse
- Que no haya otro mecanismo judicial
- Que la norma no establezca gastos.<sup>23</sup>

20 Ley 393 de 1998, art 1.

21 Derecho Administrativo, Rodríguez Libardo, Bogotá, Ed. Tamis. 1997.

22 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-157 de 1998.

23 Ley 393 de 1997, artículo 9, parágrafo y Sentencia Corte Constitucional C-157 de 1998.

*“(…) la acción de cumplimiento no procederá para la protección de los derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. En estos eventos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente”.<sup>24</sup>*

La última condición reseñada es muy cuestionable, por cuanto su presencia hace perder casi toda la importancia a la acción de cumplimiento, dado que va en contravía de la intención del constituyente al incluir la acción de cumplimiento en la Constitución; en otras palabras y en términos parlamentarios se podría decir que estaríamos frente al llamado “mico”.

Casi que se podría afirmar que la acción de cumplimiento se creó para hacer cumplir las promesas de bienestar para la comunidad que precisamente porque implican erogaciones “se prometen”, por los políticos que aspiran a cargos públicos, como dulces fáciles de alcanzar por el conglomerado si estos ayudan a su elección, pero que una vez suben al poder se “incumplen”.

De otra parte la Corte Constitucional al declarar la asequibilidad de esta norma dejó “moribunda” la acción de cumplimiento, con la interpretación de que las normas relativas a gastos no son obligatorias. Cuando precisó:

“Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente, para poder llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de nuestra Constitución Política, no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto.”<sup>25</sup>

“Finalmente, las partidas incorporadas en la ley anual del presupuesto no corresponden a gastos que “inevitadamente” deban efectuarse por la administración, puesto que su carácter es el de constituir “autorizaciones máximas de gasto”. El artículo 347 de la Constitución, respecto a las apropiaciones del presupuesto precisa que en ellas se contiene la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva”. De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aun respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso’. Concluye la Corte que una interpretación contraria quebrantaría “el sistema presupuestal diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan”.<sup>26</sup>

24 Ley 393 de 1997, artículo 9.

25 Constitución Política de Colombia, art. 345 y 346.

26 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-157 de 1998.

## 8. 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 veinte, 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 encuentran 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 veinte 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 de 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>27</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>28</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 si se tiene 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.

Finalmente, el concepto de cada una de las acciones constitucionales<sup>29</sup> garantizan en un sentido amplio la protección de derechos según su naturaleza que se consideren vulnerados; es así como la acción de tutela protege derechos fundamentales, y a su vez puede resguardar otros derechos por conexidad como el derecho a la salud, entre otros. La acción de cumplimiento se endilga al acatamiento de una ley, o un acto administrativo, y la acción popular permite salvaguardar derechos e intereses colectivos.

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

28 Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-1062 de 2000 y C-215 de 1999. Consejo de Estado. Providencia AG-021 de 2001.

29 Acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular o de grupo.

Lo anterior quiere decir que quien pretenda buscar la protección de estos derechos, debe hacer uso del mecanismo definido por la carta política y no otro. Cabe anotar que la Constitución de 1991, asumió con mucha fuerza la garantía de los derechos y para eso dispuso de amplias herramientas para definir el núcleo de los derechos que deben protegerse. Lo anterior significa que al momento de realizar un juicio de constitucionalidad, como la protección de un derecho fundamental el marco normativo no se agota en el texto mismo de la Constitución; es así como en su artículo 93 se establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”<sup>30</sup>

Ello permite establecer que la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, y las normas de Derecho Internacional Humanitario forman con la Constitución el “Bloque de Constitucionalidad” del cual se pueden extraer los argumentos normativos necesarios para garantizar y proteger los derechos, entre ellos los DESC.

## 9. Propuesta de solución

En el caso que nos ocupa, podemos apreciar que la falta de efectividad de los DESC, en nuestro país, se debe a que no hay un mecanismo idóneo que permita su judicialización a fin de protegerlos, toda vez que su cumplimiento en gran parte requiere de erogaciones económicas por parte del Estado, las cuales dependen de una apropiación presupuestal autorizada por el Congreso de la República, previa aprobación en la Ley Orgánica del Presupuesto.<sup>31</sup>

Ahora, en un país como el nuestro que debe lidiar con un conflicto interno que demanda gran parte del presupuesto para adquisición de material bélico y material humano para la guerra, dejando de lado o en algunas ocasiones apropiando cifras irrisorias de presupuesto para la inversión social, la cual se compone de “aquellos recursos que el Estado debe destinar para mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados que por no haber tenido una equitativa participación en los beneficios del desarrollo, presentan necesidades básicas insatisfechas.”<sup>32</sup>

En igual sentido se encuentra el gasto público social, aquel cuyo objetivo es la solución de necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población.<sup>33</sup>

30 Constitución Política de Colombia. Art. 93.

31 Constitución Política de Colombia, art. 346.

32 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-151 de 1995.

33 Estatuto orgánico de presupuesto, art.41.

Desde esta perspectiva se hace necesario que se modifique el alcance de la acción de cumplimiento, toda vez que siendo el único medio de protección para los DESC, debe requerir de un medio de efectiva protección por parte de la Rama Judicial para que dentro del trámite de la demanda automáticamente se vincule como *litisconsorte necesario* al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que este a su vez, a través de un fondo creado para tal fin, logre dar cumplimiento y así, el alcance de la decisión emitida por el Juez no se torne inane. Así mismo se deben crear mecanismos de judicialización efectiva contra el funcionario que no cumpla la norma legal a este respecto, o quien emita el acto administrativo sin sustento económico.

Si bien es cierto que por encima de la Constitución están los tratados internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta que la vulneración de los DESC afecta por se dichos tratados, se hace necesario que los organismos internacionales de protección, no se limiten a requerir informes y elevar recomendaciones a los países firmantes, sino que tengan la facultad de recibir y tramitar quejas individuales sobre su violación; tomando una decisión que incluya ejercer medidas coercitivas a fin de conminar al agresor a que proteja efectivamente los derechos de marras, a través de la creación de un tribunal internacional que propenda la judicialización del infractor, quien deberá velar también para que los Estados desarrollados, presten cooperación internacional y financiamiento a los Estados de bajos recursos económicos, quienes se ven imposibilitados aun teniendo la voluntad, para implementar soluciones mediáticas de protección.

## 10. Conclusiones

Partiendo de los planteamientos expuestos podemos concluir que no existe un mecanismo idóneo para la judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia y que si bien la acción de cumplimiento puede llegar a serlo, debe ser modificada estructuralmente para lograr su efectividad frente a los DESC. En tal sentido se deben buscar mecanismos legales y jurisprudenciales, para que junto con el aval del Congreso de la República, se implemente un fondo mixto con similitud al Fosyga, el cual va encaminado a satisfacer de manera pacífica el efectivo cumplimiento de los DESC, y así mismo el Ejecutivo deberá dentro de la Ley de Presupuesto que presente al Congreso, apropiar una partida presupuestal creciente, con el fin de inyectar recursos a este fondo, esto para que el trámite de la acción de cumplimiento no esté supeditado a una limitante presupuestal; lo cual conllevará muy seguramente al incremento de la calidad de vida de los individuos y por ende su repercusión se verá en la disminución del conflicto interno en que está inmerso nuestro país.

Dentro de las herramientas internacionales pactadas por los Estados para la protección de los DESC, tenemos el Pacto Internacional de Derechos, Sociales y Culturales<sup>34</sup> dentro de cuya función principal está la de solicitar a los Estados partes

34 Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

del pacto que envíe un informe acerca de la situación actual de los Derechos, Sociales, Económicos y Culturales en su país y de acuerdo con éste, efectúa recomendaciones a fin de que sean implantadas las medidas pertinentes, en procura de su protección; pero como se ha podido analizar, tales recomendaciones quedan en meras expectativas al no existir mecanismos de coerción que permitan que éstas sean implementadas de manera progresiva y programática, como políticas de Estado. Tal circunstancia hace que estos tratados internacionales ratificados por Colombia hagan parte del bloque de constitucionalidad y se encuentren por encima de nuestra Constitución. Es evidente que los órganos que expidan tales tratados deben crear mecanismo efectivos de coerción a fin de que sus recomendaciones sean de inmediata aplicación.

## 11. Bibliografía

1. Botero, M. C. (2005). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*.
2. Chinchilla, H. T. (1991). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
3. Colombia, C. C. (2008). Sentencia T-525.
4. Congreso, d. C. (1991). Constitución Política de Colombia.
5. Congreso, d. C. (1991). Decreto 2591.
6. Congreso, d. C. (s.f.). Ley 393 de 1997.
7. Congreso, d. C. (s.f.). Ley 472 de 1998.
8. Corte Constitucional, C. (1998). Sentencia T- 191.
9. Corte Constitucional, C. (1995). Sentencia C- 151.
10. Corte Constitucional, C. (1993). Sentencia C-018 .
11. Corte Constitucional, C. (1998). Sentencia C-157.
12. Corte Constitucional, C. (1998). Sentencia C-339 .
13. Corte Constitucional, C. (1993). Sentencia T-008.
14. Corte Constitucional, C. (2008). Sentencia T-299.
15. Corte Constitucional, C. (1992). Sentencia T-406 .
16. Corte Constitucional, d. C. (1992). Sentencia T-002 .
17. Estatuto Orgánico de Presupuesto. (s.f.). Colombia.
18. General, A. (1966). Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
19. General, A. (1966). Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
20. Rodríguez, L. (1997). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.