

El Recurso de Amparo en el Ordenamiento Español

PABLO PÉREZ TREMPs*

Magistrado del Tribunal Constitucional español. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN 2.- CARACTERÍSTICAS 3.- DERECHOS PROTEGIDOS 4.- ACTOS RECURRIBLES 5.- TIPOS 6.- LEGITIMACIÓN Y PARTES 7.- PROCEDIMIENTO 8.- SENTENCIA 9.- UNA BREVE VALORACIÓN DEL LA FUNCIONALIDAD DEL RECURSO DE AMPARO Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA

1.- INTRODUCCIÓN

El art. 161.1.b) de la Constitución Española (CE) atribuye al conocimiento del Tribunal Constitucional (TC) el recurso de amparo¹, que se erige en una de las competencias fundamentales de la jurisdicción constitucional tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Su regulación específica se encuentra en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTc), denominado «Del recurso de amparo constitucional», regulación que se completa por algunos preceptos enmarcados en otras Leyes y por algunos Acuerdos del Pleno del Tribunal Constitucional dictados en ejercicio de la competencia que le reconoce el art. 2.2 LOTc².

La introducción del recurso de amparo entre la competencias del Tribunal Constitucional fue una decisión del constituyente adoptada casi por unanimidad y que contaba con el precedente histórico del recurso de amparo que la Constitución de 1931 atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales de la II^a República Española³. No obstante, el modelo seguido por el constituyente de 1978 y, sobre todo, por el legislador de 1979 se separa bastante desde el punto de vista

1. En el presente trabajo se ofrece una visión básica del recurso de amparo en España, destacando, pues, sólo sus aspectos más relevantes; una visión más amplia puede verse en la bibliografía general existente sobre el recurso de amparo, en la que pueden destacarse, por ejemplo, las siguientes monografías: G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1994, o P. PÉREZ TREMPs, *El recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
2. Un trabajo sobre esta competencia del Tribunal Constitucional puede verse en P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 2003.
3. Sobre el recurso de amparo en la Constitución española de 1931 puede verse J.L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Editora Nacional, Madrid 1980 y bibliografía allí citada.

técnico de dicho modelo para seguir más de cerca el del recurso constitucional introducido en el ordenamiento alemán tras la IIª Guerra Mundial.

El recurso de amparo viene regulado en la CE como la pieza final interna del sistema de garantía de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. En efecto, el art. 53.2 CE, al referirse a los instrumentos de protección de dichos derechos y libertades, establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela del TC a través del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, garantista y subjetiva, el recurso de amparo se erige, pues, en la garantía jurisdiccional interna última de los derechos fundamentales. Pero, junto a ello, hay que tener presente que el recurso de amparo, en cuanto competencia del TC, forma parte del conjunto de instrumentos con que este órgano cuenta para desarrollar su tarea de «intérprete supremo» de la Norma Fundamental (art. 1.1 LOTC)⁴. Esto hace que el recurso de amparo posea también una dimensión objetiva, que va más allá de la garantía concreta e individual de los derechos, proyectándose en el terreno de la interpretación constitucional de uno de los elementos esenciales del sistema democrático (STC 245/1991). Ambos elementos, el subjetivo o garantista, y el objetivo o hermenéutico, aunque estrechamente unidos entre sí, deben presidir toda la regulación y la comprensión del recurso de amparo en cuanto instrumento procesal⁵.

2. CARACTERÍSTICAS

La primera nota que define el recurso de amparo constitucional es la de tratarse, más que de un recurso propiamente dicho, de una acción constitucional. En efecto, el recurso de amparo no representa en términos estrictos la reproducción de una acción ante un órgano superior dentro de un determinado orden jurisdiccional característica básica de los recursos ordinarios, sino que se sustancia ante un órgano ajeno al Poder Judicial como es el TC y con un objeto concreto y determinado: garantizar un derecho fundamental. Ello hace del recurso de amparo una acción autónoma, aunque a menudo su objeto coincida total o parcialmente con lo que previamente fue objeto de discusión ante jueces o tribunales ordinarios.

4. Una visión general del sistema de justicia constitucional en España puede verse en F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. Y OTROS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid 1997; un estudio más prolijo desde el punto de vista de la propia jurisprudencia del TC puede verse en la obra colectiva coordinada por J. L. REQUEJO PAGES, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid 2001.
5. Sobre esta doble dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo puede verse P. PÉREZ TREMPS, *El recurso de amparo*, cit., págs. 29 y ss. y bibliografía allí citada.

La segunda característica que hay que destacar del recurso de amparo es su carácter extraordinario. Por una parte, como se deduce de lo dispuesto por el art. 53.2 CE y expresamente dispone el art. 41.3 LOTC, no cualquier cuestión puede suscitarse ante el TC mediante el recurso de amparo, sino sólo y exclusivamente la protección de derechos y libertades fundamentales, y ni siquiera de todos ellos sino solamente de los reconocidos en el art. 14, Sección 1ª del Capítulo II del Título I y objeción de conciencia del art. 30.2 CE. En consecuencia, tanto el fundamento de la acción vulneración de derechos fundamentales, como su finalidad garantizar esos derechos hacen del recurso de amparo una acción extraordinaria.

La tercera nota básica del recurso de amparo es su carácter subsidiario. La garantía que el TC otorga de los derechos y libertades fundamentales es, como ya se ha señalado, una garantía última en el orden jurídico interno. Para poder acceder a ella primero debe acudirse ante los jueces y tribunales ordinarios, que, en cuanto poderes públicos vinculados por la CE (art. 9.1 CE y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–) y, en concreto, por los derechos y libertades (art. 53.1 CE y 7.1 LOPJ), son los «garantes naturales» de esos derechos y libertades, según expresión del propio TC. En consecuencia, sólo cuando se ha buscado la tutela de derechos fundamentales ante los jueces y tribunales, invocando efectivamente esos derechos, y esa búsqueda ha resultado insatisfactoria, puede acudirse ante el TC en amparo. Así se desprende, en especial de los arts. 43 y 44 LOTC, y de la continua y reiterada jurisprudencia constitucional. Cuáles sean las acciones y recursos que deban agotarse es un problema que sólo cabe resolver en cada caso concreto a la vista del origen de la vulneración y de otras circunstancias. Obvio es decir que el agotamiento sólo es exigible cuando efectivamente existan remedios ante los jueces y tribunales. Por otro lado, la prolongación artificial de la vía judicial previa mediante la interposición de recursos manifiestamente improcedentes puede acarrear la extemporaneidad de la demanda de amparo.

Respecto a la invocación del derecho vulnerado, ésta debe realizarse tan pronto como hubo ocasión para ello. Desde el punto de vista de la subsidiariedad, no basta con que haya existido un proceso previo a la interposición del recurso de amparo del que hayan conocido los jueces o tribunales ordinarios; a éstos se les ha tenido que dar la oportunidad efectiva de reparar la lesión de derechos denunciada, puesto que son los «garantes naturales» de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha interpretado esta exigencia de invocación previa otorgándole una dimensión material y no simplemente formal; lo importante, pues, no es la invocación o cita formal del precepto constitucional lesionado, sino que la cuestión que se pretende debatir ante el Tribunal Constitucional haya sido ya objeto de discusión ante los órganos judiciales, siempre que haya habido ocasión para ello.

La cuarta y última característica del recurso de amparo que cabe destacar es la de su flexibilidad procesal. En tanto en cuanto el recurso de amparo es una garantía de derechos fundamentales, la interpretación de sus requisitos formales debe estar presidida por una cierta flexibilidad que, sin causar lesiones a derechos de terceros ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica, permita cumplir eficazmente esa función de tutela; por lo demás, ésta es la línea seguida por el TC en su práctica y jurisprudencia.

3. DERECHOS PROTEGIDOS

Como ya se ha señalado, el art. 53.2 CE limita el ámbito de protección que dispensa el recurso de amparo a determinados derechos y libertades fundamentales: los garantizados en los arts. 14 a 30 CE. Se trata, en su mayoría, de los derechos conocidos tradicionalmente como «libertades públicas», que garantizan un ámbito de libertad al individuo frente a posibles intervenciones de terceros, en especial, de los poderes públicos. Hay que resaltar que algunos de los contenidos de los citados preceptos constitucionales no reconocen auténticos derechos o libertades fundamentales, sino otras instituciones jurídicas que, por razones normalmente de conexión material, se regulan junto con los derechos. Ahora bien, en la medida en que no son propiamente derechos fundamentales quedan excluidos del recurso de amparo.

Por otra parte, también hay que destacar que el recurso de amparo garantiza los derechos reconocidos en la CE, no los que puedan garantizar los Convenios y Tratados Internacionales. Éstos sirven de parámetro interpretativo, según lo dispuesto por el art. 10.2 CE, que establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Pero ese valor interpretativo no implica que posean sin más rango constitucional y, en la medida en que no poseen ese rango no pueden ser protegidos en amparo, debiendo garantizarse a través de los mecanismos ordinarios de protección de derechos que ofrecen los jueces y tribunales ordinarios. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existe una amplia identidad entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los consagrados en los tratados internacionales, por lo que, desde el punto de vista del recurso de amparo, la protección dispensada por éste se proyecta al tratado en tanto y en cuanto exista esa identidad de contenidos. Por otra parte, el mandato de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos que recoge el art. 10.2 CE es continuamente seguido por el TC, que acude muy a menudo a los tra-

tados internacionales y a la jurisprudencia dictada al hilo de ellos, singularmente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶, para concretar el contenido y alcance de los derechos constitucionalmente consagrados.

4. ACTOS RECURRIBLES

Desde la perspectiva de qué lesiones son denunciabiles a través del recurso de amparo, el art. 41.2 LOTC establece que «el recurso de amparo constitucional protege ... frente a las violaciones de los derechos y libertades ... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes». En definitiva, se trata de una garantía frente a cualquier actuación de poderes públicos que pueda lesionar los derechos y libertades garantizados, entendiendo la expresión «poderes públicos» de forma muy amplia.

A pesar de la amplitud con la que se entiende dicha fórmula, han surgido dudas en ocasiones sobre el carácter público o no del causante de la lesión, en especial ante actos u omisiones imputables a entes en los que concurren elementos públicos y privados en su naturaleza o actividad. El TC ha señalado que en estos casos dudosos hay que atender a las circunstancias concretas y en especial al ejercicio de «imperio» (STC 35/1983). Por otra parte, no puede el TC controlar actos de entes públicos no españoles, aunque surtan efectos en el territorio nacional, y más en concreto, de autoridades extranjeras o de organizaciones inter o supranacionales (STC 64/1991). Cuestión distinta, y técnicamente muy compleja, es el alcance del control que puede ejercitarse sobre actos internos cuya finalidad es dar eficacia en España a actos de un poder público extranjero, como es el caso de las decisiones de extradición o los *exequatur* que dan eficacia de sentencias extranjeras⁷.

Por lo que respecta a cuáles son los actos impugnables, también se deduce del art. 41.1 LOTC y de la jurisprudencia del TC una visión muy amplia: cualquier acto u omisión que produzca una lesión real y efectiva, proceda de órganos administrativos, judiciales o parlamentarios. Los mayores problemas surgidos en este terreno se han centrado en el control de normas de carácter general,

6. Sobre el alcance del art. 10.2 CE es especialmente ilustrativo el trabajo de A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

7. Sobre esta cuestión puede verse P. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, cit., págs. 123 y ss.

sean reglamentarias o con fuerza de ley. En ambas se ha rechazado la posibilidad de utilizar el recurso de amparo como instrumento de control abstracto, abriéndose, en cambio, vías para su control en cuanto puedan generar directamente una lesión efectiva de derechos o libertades, aunque en el caso de las normas con fuerza de ley dicho control debe realizarse de manera indirecta a través de los actos de aplicación y del mecanismo del art. 55.2 LOTC. En efecto, el control de las normas con fuerza de ley sólo puede llevarse a cabo a través de los instrumentos procesales existentes al efecto, que son el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello, el art. 55.2 LOTC establece que, en aquellos recursos de amparo en los que la el TC entienda que la lesión de un derecho fundamental deriva no tanto del acto impugnado como de una norma con fuerza de ley que le da cobertura, el TC debe plantear lo que se ha denominado una autocuestión de inconstitucionalidad para declarar él mismo, pero en proceso distinto, y con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de dicha norma con fuerza de ley⁸.

Como se ha señalado, el art. 41.1 LOTC configura el recurso de amparo como una garantía frente al poder público, lo que hace, en principio, que las lesiones de derechos y libertades imputables a particulares queden excluidas de la protección dispensada a través de este mecanismo procesal. Sin embargo, en la práctica, esta regla se encuentra muy relativizada. Los derechos fundamentales desarrollan en las relaciones entre particulares una eficacia mediata; ello supone, entre otras consecuencias, el que jueces y tribunales deban hacer efectivos esos derechos en las relaciones entre particulares, lo que equivale a que tengan que reparar o impedir las lesiones que en ese tipo de relaciones se produzcan. Si así no lo hacen, están incurriendo ellos mismos en una lesión de aquellos derechos; al ser jueces y tribunales poderes públicos, sus decisiones sí son impugnables en amparo, de manera que a través del control de éstas se fiscaliza la eficacia en las relaciones *inter privados* de los derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos en amparo (STC 18/1984). Con esta construcción, además de ampliar el campo de protección de los derechos fundamentales, el TC puede realizar una labor de interpretación de éstos mucho más coherente⁹.

8. Sobre el art. 55.2 LOTC puede verse, por ejemplo, L. J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Civitas, Madrid 1998, o J. URÍAS, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
9. Una visión del recurso de amparo desde la perspectiva de las relaciones entre particulares puede verse, por ejemplo, en J. R. MERCADER Y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

5. TIPOS

La LOTC distingue tres tipos básicos de recurso de amparo atendiendo al origen de la lesión que se denuncia, siendo las consecuencias de dicha distinción especialmente procesales. Por una parte, el art. 42 se refiere al recurso de amparo contra decisiones parlamentarias; el art. 43 LOTC, en segundo lugar, regula el recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas; el art. 44 LOTC, por último, se ocupa del recurso de amparo contra decisiones judiciales. Junto a estos tipos básicos de recurso de amparo, en el ordenamiento jurídico se han regulado otros recursos de amparo especiales; todos ellos, sin embargo, tanto por su naturaleza, como por su tramitación procesal pueden ser reconducidos a algunos de los tipos básicos. El primer recurso de amparo especial es el relativo a posibles vulneraciones del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Inicialmente, el art. 45 LOTC previó este recurso; con posterioridad, este precepto quedó derogado al regularse la objeción de conciencia y fijarse por la LO 8/1984 el régimen de recursos, para finalmente quedar vacío de contenido al haberse dejado en suspenso la obligatoriedad del servicio militar por la Ley 17/1999.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General ha establecido dos recursos de amparo electorales: contra la proclamación de candidatos (art. 49) y contra la proclamación de candidatos electos (art. 114). Ambos se dirigen, en principio, contra actos de la Administración Electoral, razón por la cual se tratan de otras variedades de recurso de amparo contra actos administrativos, aunque con importantes peculiaridades procesales, reguladas en el *Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General*¹⁰. Por último, la LO 3/1984 reguladora de la iniciativa legislativa popular establece en su art. 6 la posibilidad de recurrir en amparo las decisiones de no admitir ese tipo de iniciativa; resulta claro que este recurso de amparo es un tipo específico del recurso de amparo contra actos parlamentarios (ATC 140/1992).

La anterior clasificación de los recursos de amparo, derivada de los criterios del legislador, no supone, sin embargo, grandes diferencias entre unos recursos y otros. Por el contrario, incluso, con cierta frecuencia, los recursos de amparo se plantean con lo que se ha denominado «carácter mixto» por cuanto una misma demanda se dirige contra dos actos de distinto origen: por

10. Sobre los recursos de amparo electorales puede verse, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPs, *El recurso de amparo*, cit., págs. 341 y ss. y bibliografía allí citada.

lo general, contra un acto administrativo, por lesionar un derecho fundamental, y contra una resolución judicial que revisaba ese acto y que, en consecuencia, ha recaído en la vía judicial previa al amparo, por lesionar ese mismo u otro derecho fundamental. Las particularidades suelen concretarse en algunas previsiones procesales específicas, en especial en lo que se refiere a plazos.

6. LEGITIMACIÓN Y PARTES

La legitimación para interponer un recurso de amparo es uno de los pocos aspectos de esta institución procesal que se regula en la propia Constitución. El art. 162.b) CE otorga dicha legitimación «a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». La primera nota que hay que destacar es la amplitud con que se reconoce la legitimación; en efecto, como el propio TC ha señalado, la idea de «interés legítimo» es más amplia que la tradicional de «interés directo». Por otra parte, podría plantearse alguna duda en torno a la legitimación de extranjeros para recurrir en amparo ya que el art. 53.2 CE, se refiere a «cualquier ciudadano» a la hora de determinar quién puede recabar la tutela de derechos y libertades fundamentales, idea que se reproduce en el art. 41.2 LOTC. Sin embargo, la mayor amplitud de la fórmula del art. 162.b) CE ha hecho que se imponga una interpretación amplia de la legitimación, congruente, por otra parte, con la posibilidad de disfrute de derechos fundamentales por los extranjeros (art. 13.1 CE). Por fin, como se deduce del propio artículo 162.b) CE, tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden interponer recursos de amparo, habiéndose reconocido esa legitimación, incluso, a personas jurídico públicas. Problema distinto al de la legitimación es el de en qué medida las personas jurídicas son o no titulares de ciertos derechos fundamentales, lo que acaba incidiendo en su legitimación para recabar la tutela judicial y constitucional. El art. 46.2 LOTC completa la previsión general establecida en la CE con la exigencia procesal de haber sido parte, en su caso, en el correspondiente proceso judicial previo al amparo. Dicha previsión es congruente con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo. En todo caso, como ha indicado reiteradamente el Tribunal Constitucional, se trata de un requisito exigible sólo a quien razonablemente pudo ser parte en ese previo recurso y no a quien, por ejemplo, desconoció su existencia.

Por lo que respecta a la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, se trata de una legitimación extraordinaria, y así lo demuestra la práctica por el escaso número de recursos planteados por ambas instituciones (en torno a un 0,5% de los recursos). La justificación de esta legitimación radica en la misión común que les compete de garantizar los derechos y libertades fundamentales y parece que el uso de dicha legitimación

debe estar supeditado, al menos de hecho, a la falta de reacción frente a una lesión de afectados concretos o a razones de economía procesal, lo que explica el escaso número de recursos de amparo interpuestos bajo esta legitimación institucional.

En relación con otras partes en el proceso de amparo, el art. 47.2 LOTC establece la comparecencia en todo caso del Ministerio Fiscal, en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 124.1 CE). Asimismo, cualquier persona que se encuentre favorecida por el acto recurrido o que ostente un interés legítimo en el mismo puede comparecer como demandado o coadyuvante (art. 47.1 LOTC); con esa finalidad, admitida una demanda de amparo, debe emplazarse a quienes hubieran sido parte en el proceso previo (art. 51.2 LO-TC).

7. PROCEDIMIENTO

El recurso se inicia mediante demanda dirigida al TC donde deben hacerse constar con claridad y precisión la petición que se haga (art. 85.1 LOTC). Dicha demanda debe estar presentada por Procurador del Colegio de Madrid y bajo dirección de Abogado de cualquier Colegio de España (art. 81 LOTC). La demanda fija los límites del proceso, sin que éstos puedan ampliarse posteriormente. El plazo general para interponer la demanda de amparo es de veinte días desde que se tuvo conocimiento de la resolución que puso fin a la vía judicial previa. Algunos recursos de amparo específicos prevén plazos especiales, en concreto los dirigidos contra actos parlamentarios (3 meses), y los recursos de amparo electorales (2 ó 3 días, según los casos).

Las Secciones, formadas por tres Magistrados, son los órganos encargados de resolver sobre la admisión del recurso. Las Salas, compuestas por seis Magistrados, deciden sobre el fondo del asunto cuando éste ha sido admitido a trámite. Sin embargo, el Pleno puede recabar para sí el conocimiento de un recurso de amparo, de acuerdo con el art. 10.k), LOTC cuando lo estime conveniente o cuando así lo acuerde la Sección (art. 13 LOTC); ello se hace con cierta frecuencia, atendiendo a la importancia del asunto o a la necesidad de unificar criterios entre las Salas, entre otras circunstancias.

La inmensa mayoría de los recursos de amparo resultan inadmitidos a trámite (casi el 95% de los interpuestos). Ello se debe a que el art. 50 LOTC permite decretar la inadmisión de la demanda no sólo por la existencia de vicios procesales: extemporaneidad, falta de legitimación, falta de agotamiento de la vía judicial previa o falta de invocación del derecho en dicha vía judicial, etc... También cabe inadmitir por razones de fondo, tales como que el TC ya hubiera desestimado asuntos similares o que la demanda carezca de conte-

nido constitucional. Es esta última causa, la falta de contenido constitucional, la que justifica la mayor parte de las inadmisiones. A través de dicho concepto, el TC lo que hace es inadmitir aquellas demandas que *prima facie*, y a la luz de la jurisprudencia existente, no tienen viabilidad por lo que, en realidad, lo que se dicta es una decisión de fondo en fase liminar.

La decisión de inadmitir se adopta mediante providencia de la Sección, si hay unanimidad. Dicha providencia sólo es recurrible en súplica por el Ministerio Fiscal. Cuando no existe unanimidad, y tras oír al propio Ministerio Fiscal, la Sección puede inadmitir mediante Auto, que no es recurrible.

Una vez admitido a trámite un recurso, el TC reclama las actuaciones del órgano al que se imputa la lesión y del órgano judicial que conoció de la vía judicial previa. A la vista de las actuaciones, el recurrente, el Ministerio Fiscal y quien hubiera sido parte en la vía judicial previa pueden realizar alegaciones.

Los incidentes que puedan suscitarse en la tramitación del recurso se substancian a través de la correspondiente pieza separada, que se resuelve mediante auto. Tres son los tipos de pieza separada legalmente previstas. La primera es la que resuelve sobre la posible acumulación de recursos de acuerdo con los criterios del art. 83 LOTC. Otro de los posibles incidentes es el de prueba, si bien no se hace uso de la práctica de prueba puesto que, dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y el propio objeto limitado de éste, todos los elementos necesarios para decidir suelen encontrarse en las actuaciones, en la demanda y en las alegaciones. El tercer incidente, el más común, es el de suspensión. El art. 56.1 LOTC prevé la posibilidad de suspender la ejecución del acto por razón del cual se reclame cuando esa ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. El propio precepto establece un contralímite: la existencia de perturbación grave a los intereses generales o a los derechos fundamentales de terceros. La decisión sobre suspensión puede adoptarse en cualquier momento entre la admisión a trámite del recurso y su resolución, oídas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 56.2 LOTC), pudiéndose modificar cuando aparezcan nuevas circunstancias (art. 57 LOTC). Es muy rica la práctica del TC en materia de suspensión. De esta práctica cabe destacar tres ideas: la existencia de un interés general en que se ejecuten las resoluciones judiciales; la tendencia a no suspender la ejecución de resoluciones que impongan obligaciones económicas salvo en casos muy excepcionales; y la suspensión de condenas privativas de libertad breves, pero no de las largas impuestas por la comisión de delitos graves¹¹.

11. Sobre la suspensión puede verse M. A. MONTAÑÉS, *La suspensión cautelar en el recurso de amparo: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2001.

Los recursos de amparo son gratuitos, ello sin perjuicio de las facultades que posee el TC de imponer costas e, incluso, multas ante actitudes procesales indebidas (art. 95 LOTC). Por otro lado, puede solicitarse el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio cuando concurren los requisitos generales legalmente previstos, según lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional.

8. SENTENCIA

Los recursos de amparo admitidos a trámite, y una vez formuladas las alegaciones de las partes, concluyen mediante sentencia, salvo en aquellos casos en que terminan de forma anormal: desistimiento, pérdida de objeto, ... La Sentencia del Tribunal Constitucional, como es lógico, puede ser estimatoria o desestimatoria¹². En el primer caso, el art. 55 LOTC prevé tres tipos de posibles pronunciamientos: a) Declaración de nulidad del acto recurrido; b) Reconocimiento del derecho; y c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho. Los límites entre estos posibles pronunciamientos, en ocasiones, no están claros, siendo, por lo demás, bastante común que el fallo recoja más de uno de ellos. En congruencia con la naturaleza y finalidad del recurso de amparo, el fallo posee una gran flexibilidad, permitiéndose así hacer frente a todas las posibles circunstancias particulares del caso. Esa flexibilidad está patente en el propio art. 55 LOTC, no sólo por la triple previsión del contenido del fallo, sino, sobre todo, por la amplitud que cada uno de ellos deja a su concreción, por la posibilidad de modular los efectos determinando su extensión [ap. a)] y por la de adoptar medidas adecuadas para la conservación del derecho [ap. c)]. Por último, como ya se ha visto, el art. 55.2 LOTC establece la obligación para la Sala de plantear ante el Pleno la llamada «autocuestión» o «cuestión interna» de inconstitucionalidad cuando se hubiera otorgado el amparo y se estime que una norma con fuerza de ley es la causante de la lesión.

Las sentencias del Tribunal Constitucional no son susceptibles de recurso alguno, con independencia de la posibilidad legal de aclarar conceptos oscuros o meros errores materiales. Cuestión distinta es que España, en cuanto Estado sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

12. Además de la bibliografía general, en relación con la sentencia de amparo pueden consultarse los siguientes trabajos: I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, y otros: *La sentencia de amparo constitucional* (Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; O. L. GÓMEZ AMIGO: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

(TEDH), pueda ser demandada ante éste. En esos casos, por lo general, la subsidiariedad de la actuación de la jurisdicción internacional exigirá el agotamiento de los mecanismos internos de protección de derechos y, por tanto, del recurso de amparo. Sin embargo, técnicamente, lo que se recurre ante el TEDH no es la sentencia o decisión del TC ni una eventual condena del TEDH puede comportar automáticamente la nulidad de dicha sentencia o decisión interna.

9. UNA BREVE VALORACIÓN DEL LA FUNCIONALIDAD DEL RECURSO DE AMPARO Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA

Transcurridos más de veinticinco años desde que se aprobó la Constitución de 1978, resulta hoy pacífico que el papel representado por el TC en la tarea de instaurar y consolidar los principios y valores democráticos ha sido imprescindible. Y es que, en efecto, la «constitucionalización» de España y de su ordenamiento jurídico pasa necesariamente por el trabajo del Tribunal Constitucional. Especialmente significativo ha sido la labor llevada a cabo en la protección e interpretación de los derechos fundamentales, más allá, como es obvio, de que se compartan en todos sus extremos las grandes líneas del edificio jurisprudencial construido, acuerdo que nunca puede ser absoluto. Sin embargo, junto a ese «activo», incontestable e incontestado, del Tribunal Constitucional, esos veinticinco años de trabajo y de cambio de las estructuras jurídicas ponen de manifiesto algunas insuficiencias del sistema español de justicia constitucional, insuficiencias también lógicas dado, entre otras cosas, el tiempo transcurrido. Seguramente, la cuestión que más problemas suscita en la actualidad, aunque son problemas ya presentes desde hace algunos años, es la relativa a la configuración del recurso de amparo constitucional¹³. Este proceso constitucional se ha convertido en una carga excesiva para el Tribunal Constitucional, que debe hacer frente a 9000 recursos de amparo anuales, cifra alcanzada en 2004, lo que representa, a su vez, aproximadamente el 98% de los asuntos de que conoce, ocasionando un excesivo retraso en la toma de decisiones. Pero, además de los datos cuantitativos, el recurso de amparo sigue planteando problemas de articulación entre el propio Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios¹⁴.

13. Una valoración general puede verse en mi trabajo «Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios: perspectivas del sistema de justicia constitucional en España», en la obra colectiva *Décimo Aniversario de la Reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México 2005, pp. 163-191.
14. De esta cuestión se ocupó la doctrina de manera temprana; véase, por ejemplo, F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en

Ni los problemas de carga de trabajo ni los de articulación con la jurisdicción ordinaria son sencillos de resolver, entre otras razones porque responden a causas complejas y de muy distinta naturaleza, pero son problemas que tienen una gran entidad y que, si no ponen de manifiesto un «agotamiento» del modelo de recurso de amparo¹⁵, sí hacen presumir que se está en una profunda crisis. Esa situación de crisis ha sido puesta de manifiesto ya hace tiempo no sólo por la doctrina¹⁶, sino por el propio Tribunal Constitucional. Como casi todas las crisis institucionales en el Estado de Derecho, aunque las soluciones no sean fáciles ni unidimensionales, lo que suelen exigir es, al menos, la intervención del legislador. El legislador, no obstante, tras la reforma realizada en relación con el trámite de admisión del recurso de amparo en 1988¹⁷, ha permanecido callado frente a esa necesidad de reformas, en un silencio que únicamente ha servido para agravar la crisis no sólo en lo cuantitativo, sino, también, en lo institucional. Finalmente, muy recientemente, el Gobierno ha presentado ante el Poder Legislativo un proyecto de ley de reforma de la LOTC¹⁸ en el que, al margen de otras cuestiones técnicas, destacan las reformas que se proponen para el recurso de amparo, entre las que cabe destacar dos. La primera consiste en reforzar la subsidiariedad del recurso de amparo fortaleciendo el papel de los jueces y tribunales ordinarios en la tarea de garantizar los derechos fundamentales. Ello se hace introduciendo una modificación en la LOPJ permitiendo que, excepcionalmente, pueda recurrirse antes de acudir en amparo cualquier decisión judicial que se entienda vulneradora de derechos fundamentales, siempre que no hubiera podido realizarse la denuncia antes de la decisión que pone fin al proceso.

el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 4, 1982, p. 35 y ss., o P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985. Con posterioridad se ha ocupado del tema, también, R. SERRA CRISTÓBAL, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1999.

15. La expresión hace referencia al trabajo de R. BUSTOS GIBERT, «¿Está agotado el modelo del recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 4, 1999, pp. 273-292.
16. Entre los trabajos más recientes puede verse la obra colectiva coordinada por P. PÉREZ TREMPs, *La reforma del recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, con amplias referencias bibliográficas.
17. Sobre la reforma citada puede verse F. RUBIO LLORENTE, «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 60, 1988, p. 507 y ss.
18. El texto del Anteproyecto de Ley puede verse en *Foro Constitucional Iberoamericano* n.º 10, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-10notnor-esp.htm>

La segunda reforma afecta a la demanda de amparo y al trámite de admisión, ya que, en caso de prosperar, se exigirá que la demanda de amparo justifique su especial trascendencia constitucional, de forma que sólo se admitirán aquellos recursos cuyo «contenido ... justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1. b del texto de la LOTC propuesto). Con ello, además de fortalecer las potestades de admisión del TC y de simplificar el procedimiento, parece irse en la línea de que el Tribunal Constitucional se centre en los asuntos realmente relevantes sea por su importancia constitucional sea por la gravedad de la lesión denunciada, haciendo que su intervención sea realmente extraordinaria.

Hasta aquí una visión sucinta de la configuración del recurso de amparo en España y de su virtualidad. Habrá que esperar a ver si la reforma de la LOTC prospera y, en ese caso, si su aplicación produce los efectos deseados de mejora en el funcionamiento del TC y en los mecanismos de protección de derechos.

El mínimo vital: líneas jurisprudenciales y teoría de los derechos sociales desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

JHEISON TORRES ÁVILA

Universidad Nacional de Colombia. Doctorado en Constitución y
Derechos Fundamentales

SUMARIO: LAS NARRATIVAS CONSTITUCIONALES DEL MÍNIMO VITAL. SUBLÍNEA SOBRE MÍNIMO VITAL, DERECHOS PRESTACIONALES Y FACULTADES DEL JUEZ DE TUTELA. NOTAS FINALES SOBRE EL MÍNIMO VITAL

En el presente artículo esbozaremos los parámetros que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana para la realización del derecho al Mínimo Vital, con este propósito haremos una revisión de su jurisprudencia más profusa que se desarrolla desde 1992 hasta la finalización de la denominada Segunda Corte en el 2002. En este estudio intentaremos seguir de igual manera, la doctrina sobre la realización de los derechos sociales que se encuentra íntimamente ligada a una de las vías de análisis del mínimo vital.

Las narrativas constitucionales del mínimo vital

El estudio jurisprudencial nos indica que existen dos caminos diferentes que sigue la Corte para articular su discurso sobre el mínimo vital. El primero de estos se encuentra claramente definido y reiterado por la Corte un amplio número de veces. Este primer sendero entiende el mínimo vital en el marco de la seguridad social y el derecho a una pensión como derechos legales que adolecen de las suficientes condiciones para ser reclamados, propiciando el espacio para ser exigidos en Tutela¹. El caso paradigmático tiene como sujeto al anciano o mujer embarazada que reclama ante la entidad correspondiente su derecho a la pensión o a prestaciones sociales, y se les niega su trámite, o éste no se hace con celeridad. Los sujetos al no recibir el pago

1. Sobre este aspecto de la tutela como medio de reclamo ya nos referimos atrás. Ver, GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *Derechos sociales y necesidades políticas, La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano, en El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.

ven amenazada su existencia ya que con estas prestaciones cubren sus necesidades básicas. Ante esta situación la Corte tutela su derecho a la vida digna, a la salud y a la seguridad social con el objeto de realizar la cobertura de su mínimo vital. Esta medida se toma casi siempre como medio subsidiario (tutela para evitar perjuicio irremediable) mientras se resuelve la acción judicial ordinaria. Bajo este tipo de argumentación, el mínimo vital no es un derecho sino más bien un valor que actúa para propiciar la admisibilidad de la Tutela ante el Estado de necesidad que se produce por la urgencia de exigibilidad de las prestaciones debidas.

La segunda vía de argumentación de la Corte sobre el mínimo vital es aquella que se caracteriza por exigir una prestación del Estado sin que se haya radicado un derecho subjetivo o exista claramente una vía judicial para obtener su protección. Aquí el mínimo vital cobra su más clara dimensión política y activista-progresista situándose en el difícil campo de los derechos que requieren de una prestación, surgidos del deber del Estado para atender aquella población marginal que no puede satisfacer sus más elementales necesidades². Al respecto la Corte no ha sido clara y ha tenido distintas aplicaciones del derecho sin que hasta la fecha se tenga una línea perfectamente delimitada.

Por razones de extensión, nos ocuparemos únicamente de la segunda vía de argumentación que resulta sin duda más atractiva para el estudio de la realización de los derechos sociales y su tensión con el principio democrático.

Sublínea sobre mínimo vital, derechos prestacionales y facultades del juez de tutela

Esta sublínea contiene mayor indeterminación que la referida a Seguridad Social, esto es así porque la tutela de los derechos sin el previo reconocimiento legal implica en muchas ocasiones asignaciones presupuestales que pueden ser catalogadas como activismo judicial. Si bien en las dos se encuentra presente el principio de dignidad humana y la realización del Estado social, en esta sublínea la Corte puede comprometer por vía de tutela la política

2. Desde el punto de vista de los derechos como participación, no cabe duda que ignorar la atención del mínimo vital significa renunciar a la idea de sujetos que pueden participar en la vida social y política del país. Así la atención de estos requerimientos se convierten en necesidades básicas del orden político. Ver, GONZALEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado social: Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 75 y ss.
3. Una línea de precedentes en estricto sentido es el conjunto de ratios de las sentencias, presentadas en un rango comparativo que permite observar los

social y económica del Estado en diferentes instancias territoriales, municipales, departamentales o nacional.

Así las cosas, esta sublínea esta construida en su mayor parte por *obiter*³ de las sentencias, de forma tal que en principio no es en estricto sentido una línea jurisprudencial, pero es tal la importancia del tema⁴ y la ubicación estratégica⁵ de los *dictum*, que la Corte ha ido asumiendo compromisos que van adquiriendo la fuerza suficiente para hablar de una línea o cuando menos de una sublínea, sobre todo porque compromete en buena medida la realización de los derechos sociales.

La sentencia fundacional de la línea es la T-426 de 1992⁶, aquí la Corte expuso sus ideas sobre la necesidad de proteger los derechos fundamentales relacionados con las condiciones mínimas que los individuos deben tener y que el Estado social de derecho debe asegurar, no obstante estas afirmaciones no son categóricas y hacen parte del juego dogmático de *siembra* de conceptos constitucionales para desplegar discursos estratégicos, en este caso, el de los derechos sociales, como luego podremos constatar.

Desde el inicio la idea de mínimo vital es un concepto que tiene una conexión directa con el desarrollo de las políticas públicas, debido a que es indispensable un conjunto de directrices orientadas a satisfacer los servicios básicos de la población menos favorecida para poder hacer realidad lo que pretende el mínimo vital. En este comienzo la jurisprudencia utiliza el mínimo vital como un principio-valor, y no un derecho, su función aquí no es otra que la de reforzar otras posiciones (defensa del Estado social), más que la de radicar verdaderos derechos.

diferentes balances constitucionales sobre un conjunto de hechos claves. En una interpretación más amplia, una línea puede corresponder a la organización de esos balances a través de diferentes partes del discurso jurisprudencial. De todas formas esta construcción con menor poder gravitatorio, en muchos casos termina ganando el suficiente espacio para convertirse en una línea en sentido estricto.

4. No olvidemos que frente a este tema tenemos la eficacia de la constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales prestacionales. Por ello la Corte no puede evadir el tema.
5. En el estudio del mínimo vital se pueden observar las diversas estrategias judiciales para conseguir objetivos políticos concretos inmersos en el texto constitucional. Sobre la actuación estratégica de los jueces en el desempeño judicial, Ver, RODRIGUEZ, Cesar, Estudio preliminar, en KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción, Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 1999, pág. 165 y 89.
6. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El mínimo vital como concepto estratégico, es entonces un término constitucional que inicia una carrera para enfrentar el principio de mayorías y ponerlas frente a los retos de nuestra fórmula constitucional, y de los preceptos internacionales sobre la materia (Pactos de derechos económicos y sociales y pacto de San Salvador). Esta carrera es sin duda una herramienta que pueden utilizar los jueces para ampliar sus poderes y llegar a estimular bajo sentencia de tutela el desarrollo y protección efectiva de los derechos prestacionales⁷.

Una primera aproximación al mínimo vital la hace la Corte a través de la conceptualización de los mínimos de subsistencia. Así la T-571 de 1992 definió por subsistencia: «Es consecuencia de la dignidad humana y el Estado social de derecho. Incluye la facultad de neutralizar situaciones violatorias de la dignidad humana y de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta». No otorga la facultad a todas las personas de exigir directamente y sin tener en cuenta las circunstancias especiales del caso. Deja claro la sentencia que la subsistencia no faculta a exigir un derecho de esta naturaleza, pero si habla de acciones para neutralizar las situaciones violatorias, lo que pone de manifiesto la puesta en marcha de las *obligaciones inmediatas (principios de Limburgo)* de los Estados respecto a los derechos sociales. También sitúa la subsistencia frente a posibles sujetos individuales o colectivos, poniendo de presente que esta tutela se encausa a cierto tipo de *categorías sospechosas*⁸, como los grupos que sufren discriminaciones, marginados sociales, o en todo caso, personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Con estos elementos se observa que la discusión constitucional sobre el mínimo vital requiere de una apreciación detallada de los mínimos sociales, toda vez que el mínimo vital necesita de la determinación no solo de las

7. «Los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares.» ALEXANDER, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., pág. 482.
8. Sobre su definición y uso, REY MARTINEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 51.
9. La Corte por esta vía de argumentación asume que los derechos no están plenamente determinados en la ley, sino que estos pueden derivarse de los valores constitucionales, lo que puede mostrarse como un episodio más de superación de la visión constitucionalista francesa de la anterior constitución, que entiende que los derechos requieren siempre de determinación explícita del legislador. Ver, CRUZ VILLALON, Pedro, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*,

omisiones del poder público, sino de prestaciones que se presentan como graduales con el objeto de cubrir al menos cierta esfera que no derogue en la práctica el derecho⁹.

De otro lado, si se presenta la gradualidad en las prestaciones, ¿es posible la gradualidad del daño?. Es decir, si el daño es alto las prestaciones también, aunque si el daño es leve pero configura un menoscabo al mínimo vital, ¿podría recibir una prestación acorde con ese daño?. En este derrotero el mínimo vital parece más una regla que un principio, puesto que el nivel de daño, que en este primer aspecto se refiere a la subsistencia, debe configurar acciones urgentes, de lo contrario dicha prestación se niega. Esto tiene valor en un orden político de recursos escasos. El mínimo vital absoluto es en ese sentido elemental, una regla¹⁰ de obligatorio cumplimiento puesto que su gradación por debajo de lo impuesto representa su negación total.

El alcance del mínimo vital debe valorarse en el contexto que se produce, al verse como un conjunto de argumentos que van elaborando la idea de mínimos existenciales dada su estrecha relación con los deberes del Estado y las facultades que puede asumir el juez ante situaciones de violación del mínimo vital. Estas afirmaciones son vacías si se leen en el contexto de la sentencia, pero introducen la preocupación por los derechos sociales fundamentales, como objetivo de la misma jurisprudencia¹¹. Debo insistir con respecto al empeño de estos argumentos pues no puede atribuírseles la misma fuerza gravitatoria que los de otra línea, pues la elaboración de la subreglas sólo es fuerte a partir del año de 1998 como veremos más adelante. Este es el estudio que prepara las subreglas del mínimo vital como derecho referido a prestaciones mínimas.

En el lapso de 1994 a 1996 no se producen sentencias de mínimo vital que se refieran directamente a este punto de realización de derechos presta-

en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, 1989., pág. 49. En sentido contrario opina Chinchilla, que considera que precisamente el derecho al mínimo vital no es tal, por que el legislador no lo ha determinado. CHINCHILLA, Tulio, Op. Cit., pág.

10. Los principios aunque se presentan abiertos y elásticos, tienen un punto máximo de inflexión que de sobrepasarlo conduce a la negación inequívoca de su objeto normativo. Esto es lo que representa la violación del mínimo vital absoluto. Sobre los principios y directrices, DWORKIN Ronald, Los Derechos en Serie, Ariel, Barcelona, 1992, pág. 72 y s.s., 166, 189.
11. Ver, ABRAMOVICH, Víctor, CURTIS, Cristian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pág. 135.
12. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

cionales. Sin embargo, el debate sobre las facultades del juez para intervenir en las políticas públicas y en asignación de recursos por sentencia se encontraba abierto. En la T-420 de 1994¹² el tutelante pretende que se protejan sus derechos violados, debido a que su vivienda queda en las proximidades de la cárcel de la ciudad de Cartagena, y las fugas de presos y el pésimo Estado de higiene de dicho lugar amenazan sus derechos fundamentales. En esta ocasión el alto Tribunal se expresó:

«En casos de la gravedad señalada en este caso, el juez podría emitir ordenes encaminadas a la realización de los procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo la inclusión presupuestal y posteriormente la ejecución de la obra. Para que ello pueda ser admitido como facultad del juez, es también indispensable que dicha ejecución sea el único medio para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En cuanto al alcance de la orden judicial, ésta debe limitarse a dar instrucciones a la autoridad competente para que «lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, logrando así la protección razonable y efectiva del derecho». (cursiva nuestra)

La Corte con lo dicho pretende regular la actividad del juez de tutela, sin que ello signifique renunciar a la intervención, que operaría como la figura del reenvío¹³, y que presentaría un panorama propicio en caso que el juez requiriera llevar a cabo acciones que implicaran gastos del erario público para tutelar el derecho al mínimo vital. La articulación de una argumentación progresista y activista es uno de los objetivos de este tipo de discurso que, desafortunadamente tiene una fundamentación precaria puesto que no dispone de un estudio detallado frente al principio democrático, y sólo se ciñe a afirmar el asunto del daño a los derechos. Esta situación hace que la intención de hacer del juez constitucional una opción importante dentro del panorama de los poderes de la constitución de 1991 no se vea fortalecida, siendo en últimas una posición fácilmente atacable y peligrosa

13. En la casación italiana, la Corte suprema casa la sentencia pero es el juez que profirió la sentencia quien dicta la nueva, la Corte señala cómo debe hacerse, pero no asume el lugar del inferior. Aquí la Corte indica cómo pueden hacerse las asignaciones, pero no toma el papel del funcionario encargado para tal efecto.
14. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
15. Los hechos de esta sentencia hacen referencia a la sublínea de pensiones, y no parecen tener en principio relación directa con derechos prestacionales y mínimo vital, puesto que en el caso se estudia la existencia de un derecho legal a la asistencia.

para el sistema constitucional al desestimar los demás elementos de la fórmula constitucional.

Con la SU-111 de 1997¹⁴ se introducen importantes cambios al mínimo vital y se intenta la consolidación de una subregla de derecho que determine cómo y cuándo el mínimo vital podría ser un derecho¹⁵.

La argumentación apunta a seguir lo que tímidamente se había expuesto en T-426 /92, pero se hace explícita una posición más conservadora:

«Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.»¹⁶

La pretensión de la SU-111 es definir la intervención del juez de tutela en casos relacionados con mínimo vital y derechos prestacionales, pero esta voluntad de aclarar el tema no muestra los derroteros activistas progresistas de las afirmaciones en obiter de años anteriores¹⁷. La sentencia pretende dejar claro que los derechos sociales son derechos cuya realización esta en manos del legislador, y que si bien la Corte puede intervenir, esta intervención está enmarcada por lo que haya dispuesto el Congreso por vía legal al definir las políticas públicas. Se privilegia en todo caso, el principio democrático sobre la efectividad de los derechos, dejando pospuesto el salto definitivo hacia la exigibilidad del derecho al mínimo vital.

Se reitera la regla expuesta en sentencia fundacional T-426, pero enfatiza que los jueces no pueden tomar acciones concretas en la realización del Estado social, pues su definición y desarrollo le corresponde al legislador. Pese a que la sentencia hace referencia a la regla de aplicación del mínimo vital, no desarrolla las posibles condiciones en que éste debería triunfar. Esta sentencia

16. SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

17. Sobresale el hecho que el magistrado que más ha incidido en la línea desde su fundación haya sido Cifuentes Muñoz. Este dato es más interesante si se compara la evolución de sus decisiones, pues es notable el cambio de su jurisprudencia al respecto, pasando por el activismo de la SU-225 y la tesis restrictiva de la SU-111. La jurisprudencia de Cifuentes y sus cambios muestran la dificultad de regular el tema.

18. La regla de esta sentencia parece negar la posibilidad de intervención judicial en favor de derechos prestacionales, con lo que parece que la Corte realiza una idealización de un legislador que tampoco expone la realidad política del país. CHINCHILLA, Tulio, Op. Cit., pág. 130.

desarrolla temáticamente los retos del juez constitucional frente al principio democrático y la realización de Derechos sociales y económicos por medio de las acciones judiciales, pero termina con un mensaje de fuerte autorestricción, que deja sin impulso las posibilidades de los jueces frente a la protección eficaz de los derechos prestacionales¹⁸.

El Estado social de derecho es ante todo un Estado democrático y ello implica el respeto de las reglas de las mayorías. La pregunta que inmediatamente surge es: ¿y el mínimo vital donde va a parar?. Pues en mi opinión con la SU-111 la posición es tan dura que deja en claro que el mínimo vital no es un derecho, sino una mera directiva dentro de las ideas orientadoras de la política pública, admitiendo restricciones frente a otras de igual valor constitucional. Dice el Tribunal:

« La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. *No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos.* La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario.»

« Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado , extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.»¹⁹

Lo que preocupa de esta sentencia, no sólo es la tesis restrictiva de intervención y defensa de los derechos sociales y del mínimo vital, sino también el que deja de lado las objeciones que se señalaron sobre la exigibilidad de los derechos sociales, y que ya hemos tenido oportunidad de referir. Entre otras las que se desprenden de la determinación de mínimos de los derechos sociales

para su consagración y defensa, la existencia del principio de progresividad, la defensa del principio de eficacia de los derechos sociales, el estudio detallado de «la reserva de lo posible», y la intervención judicial en caso de omisiones legislativas. Ninguna de estas es desarrollada y resuelta por la SU-111, con lo cual no cambia el tono retórico, sólo que esta vez lo asume en una posición restrictiva.

La dureza de su postura, empero, no representa la tesis más dura²⁰ sobre el tema que niega toda posibilidad de tutela. Lo que hace es ratificar un test de exigibilidad complejo, que como afirmamos párrafos atrás, resulta extremadamente más restrictivo que el propuesto por Alexy:

«Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

20. BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos Sobre Derechos Fundamentales, Nomos*, Baden-Baden, 1993, pág. 77; Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Problemas Constitucionales del Estado social y Concepto y Esencia del Estado Social del Derecho*, en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

En el contexto de un servicio estatal ya creado o de una actividad prestacional específica del Estado, puede proceder la acción de tutela cuando quiera que se configuren las causales para ello, ya sea porque no existe medio judicial idóneo y eficaz para corregir el agravio a un derecho fundamental o bien porque aquélla resulta indispensable como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable. *La intervención del juez de tutela, en estos casos, opera forzosamente dentro del perímetro demarcado por la ley y las posibilidades financieras del Estado* siempre que la primera se ajuste a la Constitución Política, vale decir, tiene naturaleza derivada y no es sí misma originaria. En este sentido, por ejemplo, puede verificarse que la exclusión de una persona de un determinado servicio estatal, previamente regulado por la ley, vulnere la igualdad de oportunidades, o signifique la violación del debido proceso administrativo por haber sido éste pretermitido o simplemente en razón de que el esquema diseñado por la ley quebranta un precepto superior de la Carta.»²¹ (cursiva nuestra)

La sentencia pretende frenar cualquier intento judicial de aplicación directa de la Constitución, por ello es enfática en referirse a que los parámetros de actuación se imponen desde la reserva de lo posible y el principio de legalidad. Este tipo de restricciones no parecen ajustarse con el constitucionalismo descrito por la Corte hasta ese momento, que precisamente había preferido por la vía de la ponderación la restricción de otros principios para la defensa de los derechos. El peligro de esta fuerte autorrestricción es nuevamente el que entraña el constitucionalismo sin los referentes democráticos adecuados (sistema político sólido, conciencia democrática, etc.), que pueden terminar con el vaciamiento de los derechos, ya que el legislador no parece tener como constante de actuación para el desarrollo decidido de los derechos sociales.

Sin embargo, lejos de quedar zanjada la discusión, en el mismo año la Corte se volvió a pronunciar sobre el asunto. La T-270²² aparece con una tesis que si bien no se aleja del intento de balance de la sentencia de unificación, si posee diferencias importantes con la anterior, esto significa que el tema no

21. SU-111 DE 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

22. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Cajanal ha sido negligente con el pago de licencia de maternidad de un grupo de trabajadoras, cuya subsistencia depende de dichos rubros. Nótese como el caso de esta sentencia se enmarca dentro de los casos tipo de la línea de pensiones, lo que puede significar que la T-270 pretende salvar los argumentos de la SU y no permitir que la actividad judicial en materia de derechos prestacionales se restrinja a los casos de derechos futuros y de forma particular a los referidos a Seguridad Social.

quedó zanjado en la SU-111, y que el consenso dentro del Tribunal es bastante débil sobre la materia.

La T-270/97 es seguramente la sentencia más importante de la línea si pensamos en términos de desarrollo jurisprudencial del mínimo vital, derechos prestacionales y facultades del juez frente a la protección de estos; pues recoge la posibilidad de amparar derechos sociales y económicos por medio de la acción de tutela, en los casos en que se presente una grave violación a la dignidad humana a personas pertenecientes a grupos vulnerables, y cuando *el Estado ha dejado de prestarles la cobertura a la que esta obligado*. Este argumento que se expuso en la SU-111 toma otra forma debido a su ubicación estratégica frente a la cita sobre las facultades del juez de tutela, cuando deba comprometer presupuestos²³

La sentencia es expresa en señalar que el juez de tutela debe utilizar los mecanismos que estén a su alcance para cesar la afectación al mínimo vital, incluso el compromiso de partidas presupuestales si no existe otra forma para hacer efectiva la protección. La tesis restrictiva de la SU-111 es suavizada para mantener la puerta abierta al juez para poder intervenir, y sobre todo, para permitir la defensa del derecho al mínimo vital frente a las obligaciones del Estado en materia de necesidades básicas. Lo que se puede criticar, es que se mantiene cierto grado de indeterminación, puesto que no aclara cuando no se ha prestado ayuda, y a qué obligaciones hace referencia, si a derechos legales reconocidos, o también a derechos sociales sin este previo reconoci-

23. «En casos de la gravedad señalada, el juez podría emitir ordenes encaminadas a la realización de los procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo la inclusión presupuestal y posteriormente la ejecución de la obra. Para que ello pueda ser admitido como facultad del juez, es también indispensable que dicha ejecución sea el único medio para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

La argumentación que el peticionario expone en su escrito de impugnación no tiene en cuenta los indicados supuestos necesarios, esto es: (a) que la orden judicial dirigida a la administración no sea de resultado sino de medio, es decir que consista en la realización de los trámites necesarios para la ejecución de la obra, y (b) que ello sea el único instrumento para salvaguardar los derechos fundamentales conculcados.

4.1. En cuanto al alcance de la orden judicial, la jurisprudencia de la Corte es clara cuando afirma que ésta debe limitarse a dar instrucciones a la autoridad competente para que «lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, logrando así la protección razonable y efectiva del derecho» (Sentencia T-185 de 1993) y Sentencia T-420 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

miento, o ser susceptibles de ello. Pero la puerta nuevamente queda abierta ante las situaciones de vulneración, o de extrema urgencia para radicar derechos subjetivos en cabeza de los afectados por violar su mínimo vital.

Los argumentos en juego como el Estado Social, la dignidad humana, el principio democrático y la facultad del juez para proteger los derechos derivados del mínimo vital no son nuevos, ya que estos apartes ya venían haciendo carrera a lo largo de la línea. Lo que sucede en este punto, es que la Corte juega con dichos argumentos para tratar de crear los balances constitucionales que generen seguridad a la hora de cumplir con sus funciones. Los movimientos de un lado hacia otro, expresan la dificultad del tema, y las limitaciones para expresar coherentemente una línea jurisprudencial. Lo cierto es que hasta el momento no se ha logrado conseguir una subregla sólida que allane el camino y nos brinde un punto hito que produzca una adecuada ponderación entre el principio democrático y la responsabilidad del juez de proteger los derechos fundamentales.

Pero ante este panorama bastante difuso la SU-225 de 1998²⁴ vuelve a intentar la unificación de criterios para definir el mínimo vital y proteger su núcleo básico. El caso que se relata se distancia de lo señalado por la línea de pensiones. Aquí un grupo de padres de familia de un barrio de Bogotá, pide que se tutele el derecho a la salud de sus hijos debido a que ellos no tienen la posibilidad de sufragar los gastos médicos, ni cuentan con seguridad social ante la inminente posibilidad de contagio de la enfermedad denominada meningitis y que para evitarla necesitan de una vacuna que no se ha suministrado por las entidades de salud pública correspondientes.

La subregla que postuló la Corte es: la omisión del Estado y las autoridades públicas en cuanto al despliegue de acciones conducentes a amparo del núcleo básico de un derecho fundamental prestacional, como la salud, de un grupo de población en condiciones de debilidad manifiesta y cuyo mínimo vital ha sido lesionado, posibilita la intervención del juez constitucional en aras de ordenar que se ponga término a la abstención del Estado y conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Esta sentencia de unificación abre nuevamente la puerta a la posibilidad de proteger el mínimo vital frente a derechos prestacionales, ante la determinación de una regla de actuación, y la fijación de un objeto debido (para el caso la protección del derecho a la salud de una comunidad). La in-

tervención del juez que ya había recibido un trato favorable en la T-270, queda absolutamente en claro en esta oportunidad. Sobre el mínimo vital dice la Corte:

« La doctrina del mínimo vital se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.»

Esta definición de mínimo vital parece tomar una versión menos restrictiva sobre su subsistencia, ya que puede ser leída como protección a los mínimos para mantener la vida, o los mínimos para tener una vida digna. Sin embargo, esto queda resuelto, como vimos, con la lectura que se realiza sobre el Estado social de derecho cuyo contexto es la defensa, entre otros valores, de la dignidad humana que entiende el mínimo como un mínimo social y no biológico.

Con lo manifestado por la Corte, no queda duda que el concepto de mínimo vital ya pertenece al lenguaje constitucional y que una aproximación de este *derecho doctrinal*²⁵ debe hacerse bajo la lectura de la fórmula política de la Constitución. El mínimo vital, es entonces, un derecho que agrupa un conjunto de derechos que son protegidos en un contexto determinado. Este contexto es el que se presenta cuando un grupo o individuo vulnerable, no posee sus necesidades básicas cubiertas, debiendo el Estado actuar para remediar esta dificultad.

Pero lo más destacable de la SU-225 es su regla sobre la posibilidad de acción del juez frente a problemas que debían ser resueltos por el legislador. Esta regla afirma que existen derechos prestacionales fundamentales, y estos son aquellos derechos prestacionales que tienen una conexión inescindible con los derechos fundamentales. Estos derechos prestaciona-

25. Al respecto la Corte parece eludir la discusión sobre la creación de derechos por su doctrina. Y utiliza un lenguaje ambiguo al referirse al mínimo vital, pareciendo que se tutelan los derechos que este contiene. Esta es una estrategia, en nuestra opinión, para asegurar su tutela, y no enfrentarse al respecto con los defensores de la tesis restrictiva.

les fundamentales poseen un doble contenido, que como ya tuvimos oportunidad de ver, permiten la salvaguarda del mínimo vital y la ponderación del principio democrático, puesto que el núcleo externo lo construye el legislador a través de las facultades de limitación y configuración, y el interno, lo define el juez como defensa de lo dispuesto por el constituyente²⁶.

El juez podrá actuar, en todos los casos en que el núcleo esencial se vea afectado, es decir si se viola un derecho fundamental, y si este derecho es de menores de edad con mayor razón el Estado o un particular está en la obligación de acudir a solucionar la vulneración del derecho. El juez determinará su actuación conforme al análisis de la política pública que debería cubrir o que cubre el derecho en discusión y en las circunstancias concretas de su vulneración.

Ante el obligado examen que debe llevar a cabo el juez de la carencia de un derecho prestacional, en conexión directa con la noción de mínimo vital se deban agotar niveles diferentes de análisis, a saber: evidenciar un titular de una categoría sospechosa, la demostración de una necesidad básica insatisfecha, la relación de esta necesidad con las acciones del Estado y su actuación, calificando el grado de respuesta que debe realizar el Estado ante estos casos. Una vez realizado este análisis el juez podrá señalar si la carencia de una política pública es la causante de la violación del derecho y actuar. Si existe una norma que dirija la actuación del Estado para cubrir las necesidades básicas de un grupo marginal, el peticionario de manera igual tendría derecho a la acción de tutela pues en este caso la ley ha radicado en concreto el derecho al mínimo vital que antes carecía de un sujeto claramente determinado. Este sería la circunstancia de los desplazados, que por medio de la ley 387 de 1997, pueden exigir la eficacia de la política pública con fundamento en la citada norma. Esta situación de reclamo requiere el examen de las condiciones materiales de ejecución, pues la Corte o el juez constitucional no están facultados para ordenar obras de forma irresponsable desde el punto de vista fiscal, pero ellos sí pueden revisar si la obra no se realiza por negligencia estatal.

Pero como sabemos, para determinar la protección del derecho al mínimo vital debe definirse cuál es núcleo esencial, y aclarar cuál es el marco de intervención del juez, y cuál es la parte del derecho cuya definición per-

26. Esta expresión de interno y externo no tiene que ver con la teoría expuesta por Borowski donde entiende estas expresiones referidas a pautas iusnaturalista sobre el núcleo de los derechos. Aquí se atiende más bien lo dispuesto sobre desarrollo y limitación de los derechos por el legislador y el juez constitucional. BOROWSKI, Martín, La Restricción de los derechos Fundamentales, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 53, 2000.

tenece exclusivamente al legislador. La definición del núcleo básico del derecho al mínimo vital nos ocupará las siguientes líneas.

Si bien la teoría del núcleo es problemática frente a la posibilidad de aplicar la ponderación²⁷, nos referiremos a está pues la Corte la ha acogido de forma expresa. El núcleo básico de un derecho, es entonces, aquella parte del contenido de un derecho que es absolutamente indispensable para que los intereses jurídicamente protegidos sean efectivamente amparados. La teoría del núcleo de los derechos tiene como objeto enfatizar el cumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el Estado al interpretar los derechos como objetos normativos de primera línea. Esta delimitación permite, como es evidente, la intervención judicial, como expone la SU-225.

Si entendemos el Derecho al Mínimo vital como aquel derecho que tienen las personas a disponer de las condiciones materiales mínimas para subsistir, su núcleo estará delimitado por aquellas cosas que son vitales²⁸ o como lo expresó la Corte, por el conjunto de necesidades básicas²⁹. Pese a esta indeterminación, la jurisprudencia ha ido generando un consenso de qué bienes se encuentran dentro del concepto de mínimo vital. Así una persona necesita alimentación, vivienda, seguridad social y medios dinerarios para subsistir³⁰. Esta definición en consonancia por lo expresado por Sen, es definitivamente incompleta, puesto que la adquisición de bienes no garantiza el goce de la libertad para disponer de ellos. Pero esto parece superarse cuando la Corte hace referencia a la obligación que tiene el juez de examinar la

27. Esto sobre todo frente a una concepción que conciba el núcleo como algo esencial e interno al derecho; MARTINEZ PUJALTE, Antonio, La Garantía del Contenido Esencial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y Desarrollo legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

28. El último Censo Nacional de Población de 1993 arrojó las siguientes cifras con respecto a las necesidades básicas insatisfechas (N.B.I) en el total de la población Colombiana:

Con vivienda inadecuada	11.6%
Con hacinamiento crítico	15.4%
Con necesidades básicas insatisfechas	35.8%
En condiciones de miseria	14.9%

Fuente: Dane, boletín de estadística No. 507, 1995.

29. Concepto de necesidad básica insatisfecha: «Carencias cuya satisfacción escapa al control de la persona que la sufre, que son ineludibles, pues no dependen de su voluntad o deseo cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para evitar un daño que altere gravemente las condiciones mínimas esenciales del concepto de dignidad humana.». SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30. T-426 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

existencia de desigualdades e infracciones directas a la libertad como medio de defensa del mínimo vital.

La discrecionalidad del juez para precisar el conjunto de derechos a proteger, no esta definido por dichos derechos sino por todas las conductas que atenten contra los mínimos que todo ser humano necesita para vivir en sociedad, asumiendo con esto la tesis definitiva del mínimo vital como derecho y no como valor.

Con todo, la construcción del núcleo puede resultar incompleta, pues se ha argumentado que la vida, no es entendida como una mera subsistencia, sino como vida en condiciones de dignidad³¹, lo que implica la garantía de un conjunto de derechos de carácter prestacional que no han sido incluidos en el núcleo descrito y deberían aparecer. Estos derechos excluidos son los de salud, no como asistencia inmediata sino como infraestructura para generar la cobertura, el de educación entendido como un derecho que involucra las necesidades inherentes del individuo como ser humano y social³²; y los que se relacionan con necesidades básicas insatisfechas en los servicios públicos. La T-011 de 1997 expresó:

«Para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por *los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida* que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad. La vivienda digna hace parte sin duda del aludido concepto, especialmente si se tiene en cuenta su importancia para la preservación del entorno familiar en su esencia y con miras a la realización de los derechos fundamentales de los niños.»³³

31. T-124 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa

32. T-011 de 1998, MP José Gregorio Hernández.

33. Ibíd.

De la definición anterior, que sin duda es la más completa, debe hacerse una lectura cuidadosa; ya que como venimos estudiando, el juez no posee la facultad de proteger todas estas necesidades³⁴. El derecho a la vivienda como prestación obligatoria del Estado, por ejemplo, merece consideraciones especiales, y aunque no sale del ámbito de lo que consideramos mínimo vital, si se sitúa, según la Corte, en el rango de derechos que el legislador debe desarrollar, y sólo en casos excepcionales el juez se pronunciará sobre este derecho. Lo que pone de manifiesto que el rasero para la determinación del núcleo esencial esta circunscrito a una idea extrema de mínimo vital absoluto, que no corresponde a un parámetro universal de respeto, sino a una idea, de todas maneras, relativa al sistema político y económico donde se desenvuelve. La relatividad del mínimo vital se fija como una meta a conseguir, manteniendo así la tesis de la progresividad de los derechos. De esta forma el contenido del núcleo esencial esta permanente en discusión debido a que son las condiciones del caso las que permiten la intervención, resultando la co-nexidad con los derechos fundamentales inescindible para realizar la protección constitucional³⁵.

La delimitación de la SU-225/98, como sentencia hito al regular las posibilidades de protección al mínimo vital marca la clara posibilidad de aumentar el grado de cobertura a los sectores excluidos de la población, rechazando la tesis restrictiva de la SU-111. El regreso a un modelo de juez garantista en sentido débil, permite mantener la promoción de los derechos sociales por parte de la Corte, más allá del discurso de los derechos como pretensiones morales sin consecuencias inteligibles.

Así las cosas, el derecho al mínimo vital se convierte en una clara herramienta de lucha para aquellos grupos de la sociedad que poseen necesidades

34. La labor de la política como emplazamiento para configurar las necesidades sociales es de vital importancia para el desarrollo de los derechos, puesto que un tribunal puede encontrar la necesidad de calificar una necesidad como derecho, pero es en la política donde es posible la determinación precisa del tipo de necesidad a configurar, o si es un derecho ya declarado, el de su óptimo desarrollo.
35. La teoría externa de los derechos afirma que los derechos son limitables por los operadores jurídicos, y que su contenido se respalda en una norma, pero estas normas no son reglas que poseen un contenido totalmente dado; por ello la norma que garantiza el derecho es un principio. Por el contrario la teoría interna afirma que desde un inicio los derechos existen con contenido determinado y una posición jurídica que exceda dicho contenido no existe, por lo tanto la restricción o el desarrollo del derecho es imposible debido a su plena determinación. BOROWSKI, Martin, Op. Cit. La tesis que la Corte aborda corresponde a la teoría externa, pues ella, junto al legislador, están en la capacidad de fundamentar los derechos.

básicas insatisfechas³⁶. Este núcleo esencial se fija teniendo en cuenta, en todo caso, como criterio auxiliar a aquellos que están marginados de los debates políticos y no pueden participar para que dichas políticas solucionen sus necesidades básicas, por que aunque no consideremos a los derechos sociales y al mínimo vital como derechos de participación exclusivamente, si aceptamos su importante papel en la configuración de la democracia.

Por último, afirma la Corte que si no existe una política pública mínima que proteja estos grupos, esto habilita automáticamente al juez para que intervenga, con lo cual construye la intervención judicial a través de la omisión legislativa, lo que parece tener mucho sentido frente a lo expresado por García Villegas respecto a la relación entre jueces capacitados y sistema político. Si el legislador o el actor competente en el sistema político son quienes tienen la obligación de intervenir y no lo hacen, la omisión comprobada respecto a un punto concreto de sus obligaciones autoriza a la defensa de los valores y derechos constitucionales en virtud del peligro que revista la omisión al provocar la ineficacia de los contenidos de la Carta Fundamental.

La última sentencia de esta sublínea corresponde a la SU-1150 de 2000³⁷. Los hechos de esta sentencia giran en torno al problema del desplazamiento debido a la violencia indiscriminada en los campos de Colombia³⁸.

Esta sentencia de unificación pretende fijar criterios sobre el tema del desplazamiento en Colombia. Los motivos del fallo no se alejan de lo que la SU-225/98 y T-270/97 vienen afirmando, aunque en el fallo se registre un retroceso con lo logrado en 1998. La subregla afirma: en casos en los cuales se presente la violación masiva de cualquier clase de derechos, incluidos los de índole económica, social y cultural a un grupo de personas en condiciones de debilidad manifiesta, como son los desplazados; el juez constitucional debe disponer que las autoridades administrativas desplieguen toda su capacidad de gestión y las medidas que se encuentren bajo la órbita de su competencia en aras de lograr la articulación y eficacia de la normatividad y po-

36. Una mirada interesante sobre el concepto de necesidad básica, es aquella que expone Henry Shue, incluyendo el deber de seguridad frente al uso de la violencia por parte de otros actores diferentes al Estado. SHUE HENRY, Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, Princeton University Press, Princeton, 1980, Pág. 20 y ss.

37. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

38. La Defensoría del Pueblo de Antioquia instaura acción de tutela a favor de un grupo de desplazados que se asentaron en predios de la Corporación de Ahorro y Vivienda Social de Medellín. Esta última pretende el desalojo de los desplazados, invocando su derecho de propiedad. Los desplazados piden la reubicación en condiciones de vida digna.

líticas públicas que contengan mandatos para dar solución a la lesión de los derechos del grupo de población afectada.

Sin embargo, esta sentencia es cautelosa con la utilización de las facultades que la violación del núcleo esencial del mínimo vital le atribuye, y prefiere que las entidades encargadas de la política de desplazamiento sean las que intervengan bajo la orden de la Corte. El fallo ordena al Presidente de la República que disponga de un albergue temporal a estas personas y que los incluya en las políticas sobre desplazamiento.

Con lo expresado por la sentencia SU-1150 se registra una involución con respecto a la actuación de los jueces frente a protección del mínimo vital. Pues sin duda la inclusión de los afectados no involucra necesariamente cesación de la vulneración de sus derechos fundamentales. El juez evade una actuación más decidida para cesar la vulneración de los derechos de un grupo cuya indefensión y precariedad no deja dudas.

Hasta aquí la línea jurisprudencial nos va mostrando que el derecho al mínimo vital posee límites que se desprenden de la aplicación de su concepto. Estas fronteras del derecho al mínimo vital están delimitadas por las acciones positivas que pueden desprenderse de ellos, así como de su núcleo básico. Estas limitaciones son: Todo derecho que no sea de contenido material, es decir los que protegen condiciones espirituales, sociales, no están comprendidos en el mínimo vital. Toda acción o prestación que no sea indispensable para la vida, en el marco del principio de dignidad humana. Esto implica bienes y servicios que superan la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Notas finales sobre el mínimo vital

Ensayaremos hasta aquí algunas conclusiones, que para nada son definitivas, pues el tema amerita una mayor extensión, ya que estos párrafos son sólo el marco conceptual que hemos definido con el objeto de entender el desarrollo del derecho al mínimo vital en nuestra jurisprudencia.

Los jueces constitucionales tienen el reto de mantener el orden y la coherencia del sistema, situación que sólo se logra a través de una amplia perspectiva jurídica, en donde se entienda que el papel del derecho desborda la clásica división de poderes. El derecho contemporáneo debe resolver conflictos entre los ciudadanos, entre poderes privados, entre poderes públicos y sus diferentes combinaciones. Esta circunstancia hace necesaria una teoría constitucional que permita la vigilancia de los excesos de dichos poderes en el entendido de un Estado Social y Democrático de Derecho.

El legislador deberá definir los caminos en los que ese Estado social se construye, si éste no lo hiciere la Corte podrá intervenir con fundamento en la teoría que sostiene que los tribunales deben afianzar y mantener los canales de cambio político en el sistema, pues existe una conexión innegable entre el Estado social y la democracia, sin el primero la democracia es una simple formalidad, pues la participación se ve seriamente restringida ante las necesidades apremiantes de los ciudadanos.

Si el legislador razonablemente no toma cartas sobre asuntos que interfieren en la construcción o utilización de los canales democráticos, como lo constituyen las condiciones mínimas de los ciudadanos, entonces la Corte puede actuar³⁹.

Los ciudadanos poseen un grupo de derechos que garantizan su accionar en la sociedad, si estos son atacados y el legislador no hace nada, la Corte esta en la obligación de tomar medidas conforme las acciones establecidas. Estos grupos de derechos lo constituyen los derechos a la seguridad personal y los derechos a la subsistencia, o seguridad económica mínima⁴⁰. Estos derechos en nuestro ordenamiento se encuentran tanto en los fundamentales como en los constitucionales.

La Corte esta en la obligación de asegurar estos derechos. Estas garantías se gradúan conforme al grado de violaciones a ellos. Cuando la violación es tal que el individuo se encuentra en una posición de indefensión total o que el no reconocimiento del derecho impida el disfrute de otros derechos; la Corte podrá actuar con mayor poder. Pero cuando la violación del derecho no implique un detrimento en el disfrute de otros derechos, la Corte no podrá actuar con discrecionalidad, y deberá estudiar con mayor detalle la restricción de ese derecho.

Así las cosas, *los tribunales no violan el principio democrático si hacen efectiva la cláusula del Estado social*. Si el legislador omite actuar o si las condiciones de la vulneración no permiten que este actúe, y la Corte si lo puede hacer⁴¹, pues ésta lo debe hacer.

Como idea regulativa del sistema, debe entenderse a la justicia constitucional en su función integradora. En esta sede confluyen diversos conflic-

39. Esta tesis la abordará la Corte, en la SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. El juez constitucional protegerá el núcleo esencial de los derechos sociales, aunque ello implique la intervención en asuntos que en principio le pertenecen al legislador.

40. Para Shue los derechos básicos constituyen barreras a las fuerzas políticas y económicas, SHUE, Henry, Op. Cit., pág. 18 y s.s.

41. Sobre las amenazas estándar, SHUE, Henry, Op. Cit., pág. 29 y s.s.

tos que requieren un diálogo permanente con las fuerzas de la sociedad. La Corte no puede adoptar una posición formalista, intentando dejar todo en manos del poder político del Legislador y del Gobierno, pues dejaría al sistema sin un árbitro en diferentes clases de conflictos.

Esto no quiere decir que la constitucionalización de todos los debates sea inevitable. Pero en un país en donde el legislador no responde a las demandas de la población este riesgo es inminente. Además la acomodación de un nuevo telos constitucional en donde lo constitucional asume nuevas y poderosas funciones, pues crea la apariencia de que todo es tramitado por la Corte, pero considero que este es un simple efecto ocasionado por un fenómeno de visibilidad política patrocinado por la influencia mediática. Si bien es cierto que nuestro Tribunal ha tenido excesos, por no generar una teoría de la autores-tricción eficaz⁴², esto no quiere decir que no haya actuado en muchas ocasiones conforme al nuevo *espíritu* constitucional.

42. Como ocurrió en EE.UU. ante el reto del New Deal, frente al desmedido activismo conservador de la Corte Suprema en asuntos que apremiaban un desarrollo político ante la grave crisis económica. WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, Civitas, Madrid, 1991.

