



# Estado social de derecho, ¿aplicación discrecional?

The Social Rule of Law, Discretionary  
Application?

Estado social de direito: aplicação  
discricionária?

José Miguel Rueda Vásquez\*  
Julián R. Molina Gómez\*\*  
Álvaro Cubillos Ruiz\*\*\*

- \* <https://orcid.org/0000-0003-2252-8319>. Universitat Pompeu Fabra, España.  
josemiguel.rueda01@estudiant.upf.edu
- \*\* <https://orcid.org/0000-0001-6126-2512>. Universidad Sergio Arboleda, Colombia.  
julian.molina02@correo.usa.edu.co
- \*\*\* <https://orcid.org/0000-0002-5553-614X>. Centro de Interés Público y Justicia, Colombia.  
alvarocubillos.lp@gmail.com

---

Recibido: 31/10/2021. Envío a pares: 01/12/2021  
Aprobado por pares: 07/04/2022. Aceptado: 29/04/2022

DOI: 10.5294/dika.2022.31.2.9

## Resumen

La evolución de los modelos de organización humana ha permitido el surgimiento de modernas estructuras estatales que, para el caso colombiano, se cristalizan en el Estado social de derecho adoptado en la Constitución Política de 1991. Este modelo de Estado busca la garantía real y efectiva de los preceptos constitucionales a partir de, entre otros, el rol del juez constitucional como garante judicial de la Constitución, sus derechos y principios. Los jueces usan su discrecionalidad para superar las ambigüedades, vaguedades, antinomias o cualquier otro conflicto presente en el sistema jurídico colombiano con el fin de tomar la mejor decisión posible conforme a los preceptos constitucionales. A la luz de este importante rol del juez, y de su facultad discrecional, en el presente escrito se estudiarán dos sentencias de unificación de la Corte Constitucional de Colombia, en las que se determinará si la Corte aplicó incorrectamente el Estado social de derecho, ello en el marco del presunto ejercicio discrecional realizado por el administrador de justicia. Lo dicho se desarrollará a través de una metodología dogmática con la que se analizarán las decisiones escogidas, junto con fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias para determinar si, en los casos de estudio, se tomaron decisiones contrarias a los principios derivados del texto constitucional colombiano como consecuencia de un inadecuado uso de la discrecionalidad, específicamente como consecuencia de la errada aplicación de la cláusula del Estado social de derecho.

## Palabras clave

Estado social de derecho; discrecionalidad judicial; derechos fundamentales; arbitrariedad; Corte Constitucional; inaplicación; Constitución normativa.

## Abstract

The evolution of human organization models has enabled the emergence of modern state structures, which in the Colombian case, crystallize in the social rule of law adopted by the Constitution of 1991. This State model seeks the actual and effective guarantee of constitutional precepts based on the role of the constitutional judge as judicial guarantor of the Constitution, its rights, and principles, among others. Judges use their discretion to overcome ambiguities, vagueness, antinomies, or any other conflict in the Colombian legal system to make the best possible decision per constitutional precepts. In light of this critical role of the judge and their discretionary power, this paper reviews two unification rulings of the Constitutional Court of Colombia to determine whether this administrator of justice incorrectly applied the social rule of law as part of the presumed exercise of its discretion. The preceding will be achieved through a dogmatic methodology. The chosen rulings, together with normative, case-law, and doctrinal sources, will be analyzed to determine if, in the case studies, decisions were made contrary to the principles derived from the Colombian Constitution as a result of inappropriate use of discretion, specifically the erroneous application of the social rule of law clause.

## Keywords

Rule of law; judicial discretion; fundamental rights; arbitrariness; Constitutional Court; non-application; normative Constitution.

## Resumo

A evolução dos modelos de organização humana vem permitindo o surgimento de modernas estruturas estatais que, para o caso colombiano, são cristalizadas no Estado social de direito adotado na Constituição política de 1991. Esse modelo de Estado busca a garantia real e efetiva dos princípios constitucionais a partir do, entre outros, papel do juiz constitucional como garantidor judicial da Constituição, seus direitos e princípios. Os juízes usam sua discricionariedade para superar as ambiguidades, vaguezas, antinomias ou qualquer outro conflito presente no sistema jurídico colombiano a fim de tomar a melhor decisão possível conforme os preceitos constitucionais. À luz desse importante papel do juiz e de sua faculdade discricionária, no presente texto, são estudadas duas sentenças de unificação da Corte Constitucional da Colômbia, nas quais é determinado se a Corte aplicou indevidamente o Estado social de direito, isso no âmbito do pressuposto exercício discricionário realizado pelo administrador de justiça. O estudo é desenvolvido a partir de uma metodologia dogmática, com a qual são analisadas as decisões escolhidas, junto com fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias para determinar se, nos casos em tela, foram tomadas decisões contrárias aos princípios derivados do texto constitucional colombiano como consequência de um uso inadequado da discricionariedade, especificamente como consequência da errada aplicação da cláusula do Estado social de direito.

## Palavras-chave

Estado social de direito; discricionariedade judicial; direitos fundamentais; arbitrariedade; Corte Constitucional; inaplicação; Constituição normativa.

**Sumario:** Introducción. 1. Discrecionalidad. 2. La identidad del Estado colombiano. 3. Casos de estudio. 3.1 La Sentencia SU-111 de 1997. 3.2. La Sentencia SU-079 de 2018. 4. Análisis. 4.1. Primacía de normas infraconstitucionales. 4.2. Desprotección de la población vulnerable. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

A lo largo de la historia, el Estado como organización jurídica y política se ha visto inmerso en profundas transformaciones. Desde las monarquías, aristocracias y repúblicas de la Antigüedad,<sup>1</sup> hasta los Estados de derecho modernos, al menos en Occidente,<sup>2</sup> son muestra de los cambios profundos y la evolución<sup>3</sup> que han sufrido las organizaciones políticas humanas.<sup>4</sup> No obstante, el Estado de derecho moderno también ha tenido sus transformaciones en las últimas décadas, pasando de una visión clásica de Estado liberal a una con mayor compromiso social, denominada Estado social de derecho (ESD).<sup>5</sup>

Es precisamente la evolución del Estado, el punto de partida propicio para denotar la existencia de tensiones y contradicciones entre los diferentes elementos que conforman actualmente el modelo estatal colombiano y su identidad. Muchas de estas tensiones se manifiestan a través de decisiones judiciales, escenarios donde son los jueces quienes deben identificar y superar dichas tensiones para tomar la mejor decisión posible conforme a derecho.<sup>6</sup> En muchos de estos casos, es la discrecionalidad del juez la mejor herramienta para lograr esta finalidad.<sup>7</sup> No obstante, este ejercicio discrecional no está exento de riesgos e incluso es posible encontrar decisiones judiciales completamente equivocadas,<sup>8</sup> respecto de los valores jurídicos centrales del ordenamiento jurídico.

1 María Bueno Trill, *El hombre bueno y el buen ciudadano en Aristóteles*, Navarra, Eunsa 2017, pp. 1-514.

2 Pietro Costa, "The rule of law: An outline of its historical foundations", en *Handbook on the Rule of Law*, Australia, Edward Elgar Publishing, 2018; Colleen Murphy, "Lon Fuller and the moral value of the rule of law", *Law and Philosophy* 24, 3 (2005), pp. 62-239; Jeremy Waldron, Essay, The concept and the Rule of Law, *Law & Legal Theory Research Papers Series, Working Paper*, 2008, pp.1-66; The Rule of Law (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*), 2016, en <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>.

3 Gonzalo Maestro Buelga, *El Estado Social 40 años después: la desconstitucionalización del programa constitucional*, *Revista de Derecho Político* 100 (2017), pp. 98-769; Jaime Fernando Cárdenas Gracia, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 2017; Jorge Enrique Carvajal Martínez, "Transformaciones del derecho y del Estado. Un espacio de reflexión de *Novum Jus*", *Novum Jus* 11, 2 (2017), pp. 7-12.

4 Markus Dubber y Christopher Tomlins, *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018; Roberto Mangabeira Unger, *The universal history of legal thought*, Deep Freedom Books, 2021.

5 Maurizio Fioravanti, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 1998; *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 28, 2 (1999), pp. 1107-1108; y Rodrigo Uprimny Yepes, "Autoridad y poder del juez. Sentencias con dimensión humana. En el Estado social y democrático de derecho", en *Perfiles liberales*, 49 ed., 1996.

6 Jorge Sendra Moll, "La concepción del Derecho como integridad: Ronald Dworkin", *Ciencia jurídica* 4, 8 (2015), pp. 36-117.

7 Eduardo Alonso Flórez Aristizábal y Carlos Alberto Mojica Araque, "Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción", *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, 3 (2020), pp. 50-60.

8 Jaime de Rosas Andreu, "Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la 'novela en cadena'", en Ronald Dworkin, *Revista de la Facultad de Derecho*, 47 (2019).

Por esto, el presente texto busca analizar dos decisiones judiciales a través de las cuales se desconoce la identidad del Estado colombiano, mediante un incorrecto uso de la discrecionalidad por parte de los jueces. Para ello, se optará por el estudio de decisiones judiciales que versen sobre la cláusula del Estado social de derecho, como aquella que dota de identidad al Estado colombiano y que, a pesar de su importancia, su correcta aplicación pareciera estar supe- ditada a la discrecionalidad del juzgador. Se usará una metodología dogmá- tica, a partir de la cual se analizan las decisiones judiciales a la luz de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias que permitan evaluar el ejercicio discrecional de los jueces y su impacto sobre la (in)aplicación de la cláusula del Estado social de derecho.

Para ello, este artículo se enfocará en el estudio de dos decisiones judiciales de la Corte Constitucional, las sentencias SU-111 de 1997 y SU-079 de 2018. Ambas decisiones se escogieron por ser emitidas por el tribunal guardián de la Constitución colombiana (Corte Constitucional), por ser decisiones de salas plenas diferentes, debido al tiempo entre una y otra sentencia, y por versar sobre la garantía de derechos fundamentales.<sup>9</sup> Adicionalmente, se eligieron por cuanto en dichas decisiones se encuentra una consideración jurídica ex- presa por parte de la Corte frente a la cláusula del Estado social de derecho en relación con el caso concreto, lo que permite evidenciar con claridad si dicha cláusula fue aplicada correctamente o no por la Corte.

Así pues, se buscará dar respuesta a la pregunta: ¿Se aplicó correctamente la cláusula del Estado social de derecho en los casos de estudio, por parte de la Corte Constitucional? Se intentará sostener que efectivamente el tribunal colombiano no aplicó adecuadamente esta cláusula, pues a partir de un aparente uso de la discrecionalidad judicial, la Corte llegó a desconocer la cláusula que dota de identidad al Estado colombiano. De encontrarse probada tal hipótesis, este escrito dejará en evidencia la existencia de decisiones que, pese a permanecer vigentes en el espectro jurisprudencial, estarían desconociendo la cláusula del Estado social de derecho y, en consecuencia, desnaturalizando la facultad dis- crecional que tienen los jueces en la toma de decisiones.

Para desarrollar lo anterior, primero se expondrá brevemente el concepto de discrecionalidad judicial. Segundo, se conceptualizará la cláusula del Estado social de derecho y su función determinadora de la identidad del Estado colombiano. Tercero, se describirán las dos decisiones judiciales escogidas. Cuarto, se analizarán las dos decisiones, evidenciando cómo en ambas se desconoció la identidad del Estado colombiano mediante un aparente ejercicio discrecio- nal. Quinto, se concluirá.

<sup>9</sup> Congreso de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional*, 116 (1991), artículo 241; Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, *Diario Oficial*, 40.165 (1991).

## 1. Discrecionalidad

Las discusiones y críticas sobre el formalismo jurídico han llevado a reconocer la existencia e incluso “deseabilidad” de la discrecionalidad judicial,<sup>10</sup> como una herramienta a partir de la cual los jueces pueden dar mejores respuestas a los problemas jurídicos presentados. Lo anterior, dada las ambigüedades, lagunas y antinomias presentes en los ordenamientos jurídicos que requieren una labor interpretativa de los jueces, a partir de las cuales puede llegarse a soluciones conforme a derecho sin que estas se encuentren expresamente contenidas en las normas vigentes.

Para los modelos actuales de Estados, en particular de Estado social de derecho, la discrecionalidad es un elemento no solo importante, sino necesario del ejercicio judicial orientado a la garantía efectiva de los principios y derechos constitucionales, pues la amplitud de los textos constitucionales hace necesario otorgarle discrecionalidad al operador judicial para que este pueda concretarlos en casos reales.<sup>11</sup>

Esto no solo reconoce el papel creador del derecho por parte de los jueces a través de subreglas surgidas de la interpretación que permitan aplicar los preceptos constitucionales, generales y ambiguos por sí mismos, sino que pone de presente la posibilidad de que el juez escoja la mejor decisión posible que garantice, de mejor forma, los derechos constitucionales.<sup>12</sup> Este ejercicio de discrecionalidad se ha visto potencializado por el denominado neoconstitucionalismo y la consecuente ampliación del catálogo de derechos, que hace que cada vez sea más necesaria la discrecionalidad judicial para lograr aplicar y garantizar derechos de distintas clases, desde los derechos relacionados con libertades hasta aquellos de contenido social.<sup>13</sup>

No obstante, el reconocimiento de la discrecionalidad no es de ninguna manera una carta en blanco para que el operador judicial interprete y aplique de forma caprichosa el derecho. Es ahí donde se han explorado vías como la jerarquía de principios o de derechos constitucionales, o la estructuración de pasos o etapas en el razonamiento judicial (por ejemplo, a través de la ponderación), para garantizar un adecuado proceso racional que lleve al juez a una decisión adecuada y razonable para un particular caso conforme a derecho.<sup>14</sup>

10 Flórez Aristizábal y Mojica Araque, “Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción”, *op. cit.*, pp. 50-60.

11 José Gabriel Nieves López, “El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho”, *Justicia juris* 9, 2 (2013), pp. 13-19.

12 Gabriel Alejandro Encinas Duarte, “Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial”, *Nuevo derecho* 15, 25 (2019), pp. 88-109.

13 Susanna Pozzolo, “El constitucionalismo de los derechos y la justicia”, *Perfiles de las Ciencias Sociales* 5, 9 (2017); “Neoconstitucionalismo = Neoconstitutionalism”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2016), pp. 51-142.

14 Juan Bautista Etcheverry, “Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación”, *Revista Derecho del Estado* 38 (2017), pp. 3-21; Susanna Pozzolo, “Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso

Ahora bien, el análisis propuesto no profundizará en aspectos como la deseabilidad o necesidad de la discrecionalidad judicial,<sup>15</sup> ni en la ponderación como herramientas para reducir la discrecionalidad,<sup>16</sup> sino que consistirá en determinar si el uso de la discrecionalidad judicial en los casos se corresponde con la definición nuclear de discrecionalidad judicial.

La discrecionalidad judicial consiste, precisamente, en la posibilidad que tienen los jueces de escoger entre las opciones jurídicas disponibles para resolver un caso concreto.<sup>17</sup> Esto implica que, de la interpretación de las disposiciones jurídicas relevantes, el juez identifica, al menos, dos posibles respuestas frente a un mismo problema jurídico, circunstancia que deja a elección del juez la respuesta al interrogante planteado. Lo anterior no quiere decir que la decisión del juez sea arbitraria, pues las opciones sobre las cuales este escoge deben contar con algún tipo de fundamento jurídico que permita una motivación jurídica adecuada.<sup>18</sup>

La discrecionalidad supone escoger entre las opciones posibles dentro del ordenamiento jurídico,<sup>19</sup> acompañadas de una motivación jurídica específica. En contraste, la arbitrariedad supone la escogencia de una opción sin mediar ningún tipo de motivación e incluso, una opción por fuera de las posibilidades que establece el derecho. Por lo tanto, no puede comprenderse como un ejercicio de la discrecionalidad la adopción de decisiones sobre un problema jurídico que carezcan de motivación y, además, aquellas decisiones que claramente vayan en contravía del ordenamiento jurídico, pues en este último caso el juez estaría fallando por fuera de las opciones posibles fundadas en derecho.<sup>20</sup>

Ahora bien, dentro de la discrecionalidad el gran reto para los jueces, siguiendo a Etcheverry,<sup>21</sup> es lograr tomarse en serio tanto las regulaciones democráticas como la garantía de derechos, evitando el desconocimiento de uno y otros en el marco de su discreción. Lo anterior, por cuanto incluso dentro del uso adecuado de la discrecionalidad (escoger dentro de las opciones posibles con

---

jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?, *Derecho y Sociedad* 48 (2017), pp. 23-213; Ramón Ruiz Ruiz, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado constitucional", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 20 (2010), DOI: - 10.7203/CEFD.20.193, en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/193>, fecha de consulta: 30 de junio de 2010.

- 15 Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 2011; Luis Prieto Sanchis, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, 2000; Michele Taruffo, "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", en *Revista Cap Jurídica Central* 3, 4 (2019), pp. 96-275; Carlos Alberto Colmenares Uribe, "El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia", *Academia & Derecho*, 5 (2012), pp. 65-81.
- 16 Etcheverry, "Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación", *op. cit.*, pp. 3-21; Pozzolo, "El constitucionalismo de los derechos y la justicia", *op. cit.*; "Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?", *op. cit.*, pp. 23-213; Ruiz Ruiz, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional", *op. cit.*
- 17 Juan B. Etcheverry, "Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 15 (2014), pp. 149-71.
- 18 *Idem.*
- 19 Silvio León Castaño, "Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991", *Revista Inciso* 18, 2 (2016), pp. 87-104.
- 20 Ruiz Ruiz, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional", *op. cit.*, pp. 32-119.
- 21 Juan Bautista Etcheverry, "Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial", *Dikaion* 29, 2 (2021), pp. 51-336.

base en el ordenamiento jurídico y con una adecuada motivación) es posible desconocer completamente derechos constitucionales.<sup>22</sup>

Al respecto, es importante mencionar cómo la jerarquía normativa puede ser un criterio orientativo adecuado para la escogencia entre las opciones posibles. Sobre esto, los elementos identitarios del Estado son fundamentales para comprender la superioridad de unas normas sobre otras y, también, los aspectos centrales del ordenamiento jurídico como tal, con base en los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales.<sup>23</sup>

En el caso colombiano, por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución Política de 1991 establece que esta es la norma de normas y, por tanto, la base jurídica de todo el derecho colombiano. De ahí, que cualquier decisión judicial, incluso en el marco de la discrecionalidad, debe orientarse a ser congruente con los postulados constitucionales, pues de lo contrario terminaría siendo una decisión arbitraria, toda vez que estaría por fuera de las decisiones jurídicas posibles para un mismo problema jurídico al desconocer la base misma del sistema normativo.

En síntesis, la discrecionalidad es la posibilidad que tienen los jueces para tomar decisiones dentro de las opciones posibles que otorga el ordenamiento jurídico y que, además, cuentan con una motivación jurídica que la respalda.

## 2. La identidad del Estado colombiano

Sea lo primero reconocer que el concepto de “Estado” es propio de los siglos XV, XVI y XVII, periodo en el que las distintas agrupaciones humanas trascienden desde las concepciones sociales clasificadas como tribus, reinos, imperios, entre otros, para incorporar su estructura social en lo que se conocen como Estados modernos. Ahora bien, y bajo la terminología de Jellinek,<sup>24</sup> advierte Guzmán Napurí,<sup>25</sup> el Estado encuentra su fundamentación en la concepción de un espacio físico llamado territorio, un conjunto de personas denominado población y un ejercicio de poder político sobre estos.<sup>26</sup>

Asimismo, autores como Jean Bodin<sup>27</sup> y Teresa Freixes<sup>28</sup> señalan que han existido diferentes tipos de Estados como el monárquico, donde se concentraba

22 Etcheverry, “Rule of law y discrecionalidad judicial: Compatibilidad y recíproca limitación (Rule of Law and judicial discretion: Compatibility and reciprocal limitation)”, *op. cit.*; Riccardo Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la democracia*, 34 (1999), pp. 39-46; Manuel Segura Ortega, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

23 Ramón Ruiz Ruiz, “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, *op. cit.*, pp. 32-119.

24 Georg Jellinek, “Teoría general del Estado”, Buenos Aires, Albatros, 1954, pp. 295 y ss.

25 Christian Guzmán Napurí, “El concepto de Estado y su evolución”, Lima, Universidad Continental.

26 Luis María Bandieri, “Patria Nación Estado et de quibusdam aliis”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 106 (2007), pp. 13-53.

27 Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, Florencia, 1576.

28 Teresa Freixes Sanjuan, “La jefatura del Estado monárquica”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (1991), pp. 84 y ss.

el poder del gobierno en una sola persona, cuya legitimidad es hereditaria y vitalicia, con cimiento en distintos modelos, entre ellos, las monarquías teocráticas, absolutistas,<sup>29</sup> constitucionales<sup>30</sup> y parlamentarias.<sup>31</sup> Esta última, la parlamentaria, dio paso a las llamadas aristocracias, las cuales han sido definidas por Ordóñez Robina<sup>32</sup> como un “grupo de poder” y por Montesquieu como el poder soberano que “reside [...] entre las manos de un número determinado de personas, que establecen las leyes y las hacen ejecutar, y el resto del pueblo es con relación a él, lo que los súbditos en la monarquía con relación al monarca”.<sup>33</sup>

Posteriormente, se llega a la conformación de los Estados como repúblicas, cuya concepción, siguiendo a Ortiz Leroux, implica la designación de un Estado, “que se define en contraposición a la monarquía, en la que el ejercicio de la soberanía corresponde al pueblo, directamente o valiéndose de instituciones representativas”;<sup>34</sup> de esta manera, tal figura de la representatividad permite concebir, generalmente, a las repúblicas como instituciones democráticas. Son pues, dichos Estados democráticos los que dan cabida a los modelos estatales llamados Estados de derecho.<sup>35</sup>

Para entender el Estado de derecho como identidad estatal, se debe partir de la concepción liberal y legalista propia de dicho modelo. Este modelo se basaba en una visión positivista sobre el sistema jurídico, que garantizaba la libertad a través de la limitación sobre la injerencia estatal en la vida de los administrados (individuos). En este modelo de Estado la ley es la principal fuente de derecho, todos deben ser tratados por igual ante esta (igualdad formal)<sup>36</sup> y el poder se encuentra dividido en “ramas” que actúan a través de instituciones delimitadas detalladamente en sus competencias, siendo la rama judicial “la menos peligrosa”,<sup>37</sup> pues esta solo debía aplicar mecánicamente las leyes creadas por el legislativo.

Sin embargo, para juristas como Ekkehart Stein<sup>38</sup> y Hermann Heller,<sup>39</sup> tal como lo describe Villar Borda,<sup>40</sup> “el Estado de Derecho es insuficiente para hacer rea-

29 *Idem.*

30 *Ibid.*, pp. 87 y ss.

31 *Ibid.*, pp. 88 y ss.

32 José María Ordóñez Robina, *Las formas de gobierno en Montesquieu*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 71 y ss.

33 Montesquieu, “El espíritu de las leyes”, 1748. cap. III.

34 Sergio Ortiz Leroux, “República y Republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo”, *Nueva Época Año 20*, 53 (2007), p. 14.

35 La relación entre democracia y Estado de derecho ha sido trabajada por varios autores como Moreso, “Estado de derecho”, en *Razones públicas: Una introducción a la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 2021, pp. 258-279; José Villalobos Atúnez, José Guerrero y Luis Romero Neses, “Hermenéutica de la política y legitimidad de su ejercicio: democracia y Estado de derecho”, *Utopía y Praxis Latinoamericana* (2019); y Luigi Ferrajoli, *¿Democracia sin Estado?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

36 Pietro Barcellona, “Estado de derecho, igualdad formal y poder económico (Apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1989, pp. 45-62.

37 Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch*, Yale University Press, 1986.

38 Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, Tübingen, 1990, p. 229.

39 Hermann Heller, *Staatslehre*, Tübingen, Gunter Narr Verlag, 1983.

40 Luis Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado* 20 (2020), pp. 73 y ss.

lidad el principio de igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más poderosos”, de ahí que durante el siglo XX, y específicamente después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados evidenciaran serias falencias dentro de los modelos estatales meramente positivistas-formalistas, abriendo paso a la más actualizada forma de Estado, los Estados sociales de derecho. Este último modelo apareció al finalizar la Segunda Guerra, en las constituciones de Italia, Alemania y Francia, estableciendo derechos sociales, procurando la intervención estatal en la economía, declarando la inversión social como política pública, planteando un claro objetivo de lograr una igualdad material y presentando una nueva visión sobre la labor del juez.<sup>41</sup>

La preocupación sobre las desigualdades materiales presentes en las sociedades principalmente occidentales fue sin duda un aspecto fundamental para el cambio de modelo de Estado. Las demandas por una mayor protección por parte del Estado a las poblaciones más vulnerables se convirtieron en un aspecto central de la discusión pública. Desde la filosofía política, autores como Rawls –a través de sus textos sobre la teoría de la justicia<sup>42</sup> y liberalismo político–<sup>43</sup> promovieron la idea de una justicia igualitaria, en la cual el Estado asumiera nuevos compromisos respecto de la población vulnerable a partir de la idea de un nuevo pacto político o contrato social.

Esta visión partía de una nueva comprensión política de la justicia y justificaba un rol del Estado como agente redistribuidor de la riqueza, bajo el principio de la diferencia.<sup>44</sup> Así las cosas, el Estado ya no solo garantizaba derechos mediante la abstención, sino que, en función de esta población vulnerable, tenía nuevas obligaciones de “hacer” para garantizar una verdadera igualdad. Esta nueva visión se reflejó en compromisos constitucionales a través de la ampliación del catálogo de derechos constitucionales incluyendo nuevas garantías con contenido social, colectivo e incluso ambiental en tiempos más recientes.<sup>45</sup>

Estos nuevos derechos, en principio, se enfrentaron a la práctica aún formalista del Estado, la cual anclaba su protección a los límites legales, dejando al margen la posible acción de los jueces para su garantía. Sin embargo, esta barrera fue pronto superada a través del cambio de paradigma de la ley como única fuente de derecho, a la constitución como norma de normas, y el rol de los jueces como guardianes de la carta. Se comienza entonces a hablar de garantías primarias y secundarias, siguiendo a Ferrajoli, en las cuales, si bien los

41 Dubber y Tomlins, *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford University Press, 2018; Lizandro Suárez y Alfonso Cabrera, “El significado real de que Colombia sea un Estado Social de Derecho”, *DIXI* 20, 27 (2018).

42 Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

43 Jhon Rawls, *Liberalismo político*, México, UNAM, 1995.

44 *Idem*.

45 Ramiro A. Santamaría, “Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza en el neoconstitucionalismo andino: hacia un necesario y urgente cambio de paradigma”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2020, pp. 103-125.

primeros llamados a garantizar los derechos son el ejecutivo y el legislativo, en caso de que estos fallen, son los jueces los encargados garantizar los derechos constitucionales en la práctica.<sup>46</sup>

En consecuencia, se plantea la discrecionalidad judicial precisamente como esa herramienta que tienen los jueces para concretar los contenidos constitucionales a la realidad y, con base en ello, escoger los “remedios” adecuados para proteger los derechos en cada caso concreto. Los jueces dejan de ser la rama más débil para convertirse en la más poderosa,<sup>47</sup> pues son ellos los que definen, con base en la constitución, lo que debe hacerse o no en una determinada situación. En la jurisprudencia internacional y nacional surgen posiciones a favor de la “justiciabilidad de los derechos sociales”,<sup>48</sup> en las cuales se define y profundiza este nuevo rol de los jueces en la materialización de derechos constitucionales en pro de alcanzar sociedades más igualitarias. En Colombia, Rodolfo Arango es sin duda uno de los principales exponentes de estos desarrollos<sup>49</sup> respecto de la importancia y el carácter “fundamental” de estas garantías constitucionales sociales.

Estas posiciones no han estado exentas de crítica, siendo quizás las principales la falta de legitimidad democrática de los jueces para decidir en contravía de los desarrollos legislativos sobre ciertos aspectos de los derechos sociales o la falta de experticia técnica de estos,<sup>50</sup> para decidir sobre cómo es la mejor forma de garantizar derechos en un caso concreto. En nuestra opinión, las posturas del constitucionalismo dialógico con una aproximación deferente de los jueces hacia los otros poderes públicos parece ser la solución más prometedora para superar estos obstáculos, fortalecer la institucionalidad y profundizar la garantía de derechos constitucionales.<sup>51</sup> No profundizaremos más en esto, toda vez que para los efectos de este escrito lo que nos interesa es comprender las implicaciones principales del Estado social de derecho como el modelo de Estado que actualmente rige en Colombia.

Esta perspectiva más social del Estado comenzó principalmente en países de Europa. De acuerdo con María Cristina Gómez Isaza,<sup>52</sup> durante los siglos XIX y XX cinco países, si se quiere pioneros, asumirían diferentes formas de socialización que es interesante ilustrar brevemente, para ser conscientes de las diferentes variantes “sociales” que han existido. La primera sería la propues-

46 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*; Gerardo Pisarello Prados, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia* 41 (2001), pp. 3-10.

47 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.

48 Rodolfo Arango y Robert Alexy, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

49 Rodolfo Arango, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público* 12 (2001), pp. 185-212; Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

50 Luisa Fernanda Cano Blandón, “Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado* 49 (2021), pp. 58-131.

51 *Idem*; Roberto Gargarella, *El constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas*, Disserta § io no Semi-EC, 2019.

52 María Cristina Gómez Isaza, *La historia del Estado Social de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia.

ta por Louis Jean Joseph Charles Blanc en Francia, sobre la modificación de la organización del trabajo, el aumento del conocimiento industrial y la protección en salud de los trabajadores; la segunda es la socialización del Estado plasmada en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 en la que se realiza una propuesta que “inaugura el discurso de las expectativas, en cuanto a la transformación de una sociedad terrateniente y feudal en una sociedad más igualitaria, por parte del Estado”,<sup>53</sup> no obstante, advierte García, dichas propuestas –mexicana y francesa– no tuvieron éxito. Por su parte, Otto von Bismarck, en Alemania, convirtió a dicho país en el primer Estado del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez con el fin de promover el bienestar de los trabajadores,<sup>54</sup> lo que convirtió a la seguridad social como el antecedente histórico del Estado social.<sup>55</sup>

Un cuarto momento en la socialización estatal fue la promovida en Inglaterra por William Beveridge quien, de acuerdo con Gómez Isaza, propendía por una forma de Estado que apadrinara a todos los ciudadanos, la modificación de las prácticas monopolísticas de precios, la participación obrera en la administración de las industrias y la garantía de un mínimo de renta.<sup>56</sup> Por último, señala la referida autora, que el *New Deal* creado por Franklin D. Roosevelt promovió un modelo tributario basado en la capacidad adquisitiva de los ciudadanos, así como políticas públicas de mejora de las condiciones laborales, entre otras. Así pues, tales propuestas estatales de mejora social permiten encontrar en los modelos estatales sociales de derecho una salida a las falencias propias de los Estados de derecho.

Colombia, por su parte, acogió el modelo de Estado social de derecho hasta la Constitución Política de 1991 en busca de un sistema sociopolítico que impidiera la arbitrariedad legislativa y que pusiera sus principios en pro del bien común. De ahí que, en la actual Constitución Política de Colombia, se hiciera la transición del Estado de derecho (1886) al Estado social de derecho (1991), una transformación identitaria que la Corte Constitucional, en providencia SU-747 de 1998, abordó a profundidad y sobre la cual indicó que el término “social” demuestra que

... la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo [Estado] se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.<sup>57</sup>

53 *Ibid.*, p. 88.

54 Organización Internacional del Trabajo, *Trabajo: la revista de la OIT* 67 (2009), p. 2.

55 Gómez Isaza, *La historia del Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 89.

56 *Idem.*

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-747 de 1998, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

De esta manera, mediante la Sentencia hito T-406 de 1992, la Corte Constitucional decidió exponer la enorme importancia del juez constitucional en el Estado social de derecho, al indicar que la intervención judicial “no se manifiesta solo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad)”.<sup>58</sup>

Con ello en mente, finaliza la Corte expresando que

... el juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.<sup>59</sup>

Lo anterior implica que el juez posea una función más allá de la mera aplicación normativa al dotarlo con una facultad discrecional que le permite promover con sus decisiones el interés general. Así es como el juez encuentra en el Estado social de derecho un lugar propicio para ser generador de derecho, contrario a lo que sucedía en el marco del Estado de derecho.

Tal postura respecto de las funciones del juez dentro del Estado social de derecho se mantiene en la Sentencia SU-846 de 2000 en la que la Corte Constitucional evidenció que

... la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho, [...] es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no solo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano.<sup>60</sup>

Lo anterior implica un esfuerzo por parte de los administradores de justicia, no solo en función de la aplicación rígida de la normatividad, sino de la consideración de las herramientas y facultades que constitucionalmente han sido dispuestas para la garantía de los derechos fundamentales amparados por la Constitución Política.

Tanto así, que en 2005 la Corte Constitucional, en providencia C-425 advirtió que la cláusula del Estado social de derecho trae consigo una “amplia gama de derechos fundamentales reconocidos, mecanismos de protección de éstos, la preservación continua del principio democrático, la posibilidad de parti-

---

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

59 *Idem*.

60 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-846 de 2000, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.

cipación ciudadana en la toma de decisiones políticas”,<sup>61</sup> entre otras características fundamentales para la garantía y el goce de los preceptos dogmáticos contenidos en la Constitución Política de 1991.

Y es que la jurisprudencia constitucional ha confirmado la prevalencia de la cláusula del Estado social de derecho desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución Política, concepto que ha desarrollado en reiterada jurisprudencia,<sup>62</sup> especialmente en la Sentencia C-415 de 2012 en la que advierte que tal supremacía sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional

... estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado.<sup>63</sup>

Tal posición fue mantenida por el Tribunal Constitucional en Sentencia C-191 de 2016, en la que advirtió que en Colombia existe un sistema jurídico sometido a la supremacía constitucional, que deja fuera de la identidad estatal colombiana un Estado meramente legal de Derecho, lo que significa “que el control del respeto de la supremacía constitucional es una pieza fundamental en la existencia y correcto funcionamiento del Estado de Derecho o, como en nuestro caso, del Estado Social de Derecho”.<sup>64</sup>

De ahí que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”;<sup>65</sup> tal naturaleza de la Constitución y su prevalencia dentro del ordenamiento normativo, ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que, verbigracia, es obligación de las autoridades públicas el brindar especial protección a los individuos en condición de vulnerabilidad,<sup>66</sup> estableciendo, incluso, que la vulnerabilidad “se expresa de varias formas, ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuida sistemáticamente de sus ciudadanos”.<sup>67</sup>

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-425 de 2005, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-1290 de 2001, C-415 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

63 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-006 de 1992, C-1290 de 2001 y C-415 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191 de 2016, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.

65 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-701 de 2017, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

67 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-244 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

Desde esta perspectiva, el estado de vulnerabilidad está relacionado con circunstancias que le impiden al individuo: i) procurarse su propia subsistencia y ii) lograr niveles más altos de bienestar.<sup>68</sup> Así es como la función del juez constitucional dentro del Estado social de derecho se ve reflejada en las distintas acciones afirmativas o de protección reforzada de la población vulnerable.

Desde tal perspectiva, se puede evidenciar que los aspectos sociales, jurídicos y políticos han hecho del Estado una figura de organización política, con una identidad estatal definida y con atributos determinados,<sup>69</sup> que llevan a los Estados a evolucionar en su estructura política, tal como sucedió en Colombia con la Constitución Política de 1991,<sup>70</sup> que adoptó como identidad estatal el Estado social de derecho, dejando atrás el modelo de Estado de derecho que poseía con la Constitución Política de 1886, y que proponía un modelo de Estado fundado en el principio de legalidad, a partir del cual las instituciones públicas ejercían sus funciones de acuerdo con lo que la ley les permitía, y los particulares podía realizar todo lo que la ley no les prohibía.<sup>71</sup>

En tal sentido y como se señaló, la Constitución Política de 1991<sup>72</sup> se convierte en la norma que establece los valores, principios, derechos y obligaciones que buscan un orden social justo,<sup>73</sup> por ello, establece en su artículo primero y como un elemento esencial del Estado colombiano, la identidad estatal de Estado, a través de la cláusula del Estado social de derecho.<sup>74</sup>

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha afirmado que el Estado social de derecho es una filosofía política y jurídica mediante la cual se da forma a un denso catálogo de derechos y principios sociales y a una arquitectura institucional<sup>75</sup> para el cumplimiento de sus fines, pretendiendo “recortar los desequilibrios entre las personas, ocasionados por las diferencias de poder y capacidad de unos frentes otros en la realidad”.<sup>76</sup>

Dichos pronunciamientos jurisprudenciales también han dado a la cláusula del Estado social de derecho un uso especial tendente a la protección de los

68 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-701 de 2017, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

69 Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1983; Ernest Gellner, *Nations and Nationalism* y Luis María Bandieri, “Patria Nación Estado *et de quibusdam aliis*”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 106 (2007), pp. 13-53.

70 Luis Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado* 20 (2007), p. 73.

71 *Idem*.

72 Congreso de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional 116 (1991), artículo 4.

73 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-104 de 1993, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2012, C-046 de 2018 y C-027 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-272 de 2016, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

76 *Idem*.

derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, sentencias como la T-1041 de 2006 (salud), T-760 de 2008 (salud), T-580 de 2007 (vivienda), T-585 de 2008 (vivienda), T-160 de 2011 (salud) y T-477 de 2013 (seguridad social - pensión), entre otras,<sup>77</sup> demuestran que el Tribunal constitucional superó la caracterización de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exclusivamente prestacionales y los protegió como derechos fundamentales permitiendo, adicionalmente, la procedencia de la acción de tutela para su protección.

Esa concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como fundamentales<sup>78</sup> ha permanecido luego de la década de los noventa en la jurisprudencia constitucional, relacionándolos con el modelo de Estado social de derecho, pues para la Corte este modelo estatal

... implica la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, particularmente mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de las personas en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención oficial en la economía, con miras a corregir a través de medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad.<sup>79</sup>

Pues bien, es precisamente esa vinculatoriedad que debe existir entre las entidades estatales y el Estado social de derecho lo que permitió a la Corte Constitucional a firmar, en la Sentencia T-406 de 1992, que la adición del término “social” no debe ser entendida “como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”,<sup>80</sup> sino que ese término implica la modificación de la perspectiva organizacional y sociopolítica del mismo.

En síntesis, se evidencia una constante aplicación del Estado social de derecho, a través del texto constitucional y, en especial, mediante la jurisprudencia como un mecanismo de protección y garantía de los derechos constitucionales fundamentales y, también, de los derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, se identificó cómo el Estado social de derecho implica un razonamiento más garantista por parte del juez respecto de la protección de derechos constitucionales con base en la mencionada cláusula y los valores, principios

77 Criterio reiterado en las sentencias: T-933 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-943 de 2011, M. P. Humberto Sierra Porto; C-288 de 2012; M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, A. V. Mauricio González Cuervo y Nilson Pinilla Pinilla, S. V. Humberto Sierra Porto).

78 Rodolfo Arango, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público*, 12 (2001), pp. 185-212.

79 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-272 de 2016, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

y deberes que se desprenden de esta, evitando que la Constitución tenga un carácter meramente aspiracional y no normativo, lo que deja ver cómo se impone al Estado colombiano una serie de obligaciones de hacer frente a la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales a través de la participación activa de la rama judicial en la garantía de dichos derechos.<sup>81</sup>

Así pues, queda claro que, para el Estado colombiano, la cláusula del Estado social de derecho no es un principio más dentro de los valores constitucionales, sino que, por el contrario, es un elemento identitario de Estado a tal punto que su carácter es obligatorio, indispensable e insoslayable en todos los aspectos públicos, especialmente en relación con la administración de justicia y la interpretación normativa, en función de lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado “Constitución normativa”.<sup>82</sup>

### 3. Casos de estudio

A continuación, se expondrán brevemente las dos decisiones judiciales objeto de estudio.

#### 3.1 Sentencia SU-111 de 1997

En esta sentencia, la parte actora es una mujer de 64 años, que trabajó para la Caja Nacional de Previsión Social - Seccional Chocó, como auxiliar de servicios generales hasta el 8 de enero de 1987, fecha en que se declaró insubsistente su cargo y, consecuentemente, fue despedida. Su despido ocasionó su salida, no únicamente de su trabajo, sino también de los servicios de salud que recibía por parte de la Caja Nacional de Previsión, en torno a su padecimiento de artritis reumatoidea y úlcera antral, la primera de ellas, considerada como una enfermedad degenerativa.

La actora presentó una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el acto administrativo que declaró insubsistente su cargo. A pesar de que su reintegro fue negado, el 14 de febrero de 1992 el Tribunal Administrativo del Chocó decidió concederle el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales, lo que permitió que la demandante continuara recibiendo los servicios de salud. Dicho fallo fue acatado hasta que la Caja Nacional de Previsión emitió la Resolución 277 de 1994, mediante la cual decidió suspender las prestaciones asistenciales que le habían sido reconocidas a la accionante en el año 1992.

---

81 Ernesto Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001; Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

82 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-048 de 2001 y C-178 de 2014, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

Esto llevó a la accionante a interponer acción de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión argumentando la violación de sus derechos a la vida y la salud, así como un desacato por parte de la Caja de Previsión al incumplir con lo ordenado por el Tribunal Administrativo del Chocó el 14 de febrero de 1992. Además, solicitó la nulidad de la Resolución 277 de 1994 con la cual le fue descontinuada la prestación del servicio de salud. El 10 de julio de 1996, en primera instancia, el Tribunal Administrativo del Chocó tuteló los derechos a la vida y salud de la accionante y ordenó la continuidad en la prestación asistencial.

El 12 de julio de 1996, la Caja Nacional de Previsión impugnó el fallo indicando que de acuerdo con la Resolución 02640 de 1984, la Caja Nacional de Previsión debía prestar asistencia médica por todo el tiempo que durara la afiliación y tres meses más a partir del retiro del cargo (periodo prorrogable por otros tres meses cuando existiera un diagnóstico favorable), mandato que se cumplió, según la Caja de Previsión Nacional, a cabalidad ya que le prestó los servicios de salud a la accionante hasta 1994. Además, advirtió que la actora no tiene la legitimidad para que le sea aplicado el contenido del Decreto 3135 de 1968 ya que no está afiliada como empleada del Estado, ni como afiliada a la Caja Nacional de Previsión; adicionalmente, argumentó la entidad que a la demandante no le asiste el derecho a una prestación por concepto de invalidez, debido a que no existe invalidez debidamente calificada por la Oficina de Salud Ocupacional de la Caja Seccional Chocó ni la Oficina central.

Conociendo lo anterior, el Consejo de Estado revocó la sentencia impugnada el 9 de agosto de 1996 argumentando que: i) la actora pudo utilizar la Acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar el acto administrativo y no la tutela, ii) que la demandante no tiene la calidad de afiliada a la EPS Cajanal y iii) que la afiliación es un requisito indispensable para reclamar la prestación de los servicios médicos asistenciales desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

El 6 de marzo de 1997 la Corte Constitucional avocó conocimiento del proceso y se pronunció confirmando el fallo de segunda instancia del 9 de agosto de 1996 proferido por el Consejo de Estado.

La argumentación que utiliza la Corte Constitucional parte del análisis de tres consideraciones principales, i) que la accionante no utilizó la Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 277 de 1994; ii) la actora presentó la acción de tutela en 1996, 2 años después de la expedición del Acto Administrativo 277 de 1994, hecho que la Corte interpretó como uso inaceptable de la acción de tutela ya que el mecanismo para solicitar la nulidad del acto administrativo 277 de 1994, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y iii) que la actora no se ajusta a los requisitos legales y reglamentarios para obtener los servicios médicos asistenciales.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal sostiene en relación con el Estado social de derecho que:

La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. [...] *extraer todas las consecuencias del Estado Social de Derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.*

*No puede, por consiguiente, 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.* (Sentencia SU-111 de 1997) (Énfasis agregado)

En efecto, la *ratio decidendi* del Tribunal lo llevó a negar la protección de los derechos a la vida y salud de la actora, tal como se expone a continuación, de una interpretación muy distinta del concepto y aplicación de la cláusula del Estado Social de Derecho que se ha manejado en la jurisprudencia mayoritaria del mismo tribunal y en la Constitución Política.

### 3.2 Sentencia SU-079 de 2018

Esta sentencia recoge un caso complejo y extenso, como es el de las madres comunitarias. Las madres o padres comunitarios son aquellos agentes educativos responsables del cuidado de los niños y las niñas de primera infancia del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.<sup>83</sup> Dicho programa se constituyó con el fin de asistir y proteger a los niños y niñas en la garantía del desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

La normatividad que regula las actividades realizadas por las madres comunitarias inició con la Ley 7 de 1979, que fijó los principios fundamentales para consagrar medidas de protección de la niñez colombiana, y estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y la reorganización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Posteriormente, el legislador, por medio de la Ley 89 de 1988, asignó unos recursos al ICBF destinados a desarrollar y dar cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país.<sup>84</sup>

---

83 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Madres comunitarias*, en <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/primera-infancia/acerca-de/madres-comunitarias>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

84 Congreso de La República de Colombia, Ley 89 de 1988, Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones artículo 1, *Diario Oficial* 38.635 (1988).

En cuanto a la reglamentación expedida respecto del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, su Junta Directiva,<sup>85</sup> en ejercicio de esas atribuciones conferidas mediante la Ley 7 de 1979, expidió el Acuerdo 021 de 1996 en el que se señalaron los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que deben regir la organización y funcionamiento del Programa, de conformidad con lo cual, tales hogares podrán funcionar en la casa de una madre comunitaria o en espacios comunitarios que, de acuerdo con las necesidades de los niños menores de siete años, sus familias y la disponibilidad de recursos, podrán ser familiares, múltiples y empresariales.<sup>86</sup>

Como puede fácilmente identificarse, la cuestión de fondo y que suscitó por demás varios pronunciamos de la Corte Constitucional fue la existencia o no de una relación laboral entre las madres comunitarias (o padres) y el ICBF. La Corte Constitucional, en sentencias T-296 de 1995 y SU-224 de 1998 determinó que el vínculo entre las madres comunitarias y el ICBF era civil, posición que reflejó de igual forma en las sentencias T-668, T-990, T-1081, T-1117, T-1173, T-1605 y T-1674 de 2000; T-158, T-159 y T-1029 de 2001.

Para el año 2012, en la Sentencia T-628 de 2012 la Corte moderó su propia postura, adoptando un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente para el caso concreto. La Corte Constitucional en su fallo, específicamente bajo el título “La naturaleza de la relación entre el Estado y las madres comunitarias según las normas legales y reglamentarias vigentes frente al derecho a la igualdad sexual y la obligación estatal de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer” afirmó, por un lado, que las madres comunitarias sufren discriminación al recibir como contraprestación una “beca” por un valor inferior a un salario mínimo, situación que se agrava por el hecho de que en su mayoría son mujeres y se encuentran en situación de vulnerabilidad. Y, por el otro, que a pesar de no ser reconocidas legalmente como empleadas sí gozan de un régimen intermedio entre el empleado y el trabajador independiente, pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones, sino que el Estado asume una parte de estos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa al que pertenecen, la cual es de responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad.

En 2016 –y siguiendo la línea del fallo anterior– la Corte Constitucional, en la Sentencia T-480 de 2016, reconoció finalmente la relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF. Al respecto, el tribunal constitucional concluyó que el ICBF vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de las ciento seis (106) demandantes, ante la negativa de pagar los aportes parafiscales pensio-

85 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-224 de 1998, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

86 *Idem*.

nales durante un lapso prolongado, en razón a las labores de madres comunitarias que esas accionantes desempeñaron desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, hasta el 31 de enero de 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa. De ahí, que la decisión de la Corte fuese tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo a partir del reconocimiento de la existencia de un contrato laboral.

No obstante, la misma Corte Constitucional, mediante Autos 186 de 2017 y 217 de 2018 declaró nula parcialmente dicha sentencia de 2016, lo que dejó sin efectos el reconocimiento de la relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, argumentando la existencia de un desconocimiento del precedente de la Sentencia SU-224 de 1998. Así pues, la Sentencia SU-079 de 2018 se erige como el reemplazo a la decisión de 2016 y en esta la Corte, en sala plena, concluye

... que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral.

Es decir, la Corte cierra la posibilidad jurídica de reconocer la existencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, principalmente por las normas que regulan el programa al cual estas se encuentran adscritas.

## 4. Análisis

Hasta este momento, se ha descrito la plataforma fáctica de los casos objeto de estudio, se ha desarrollado el concepto de discrecionalidad, el modelo de Estado colombiano y su cláusula identitaria por excelencia, el Estado social de derecho. También, se ha señalado cómo la discrecionalidad es un ejercicio a través del cual un operador judicial escoge entre varias opciones posibles dentro de un ordenamiento jurídico, derivado de la existencia de ambigüedades, antinomias o vaguedades presentes en el ordenamiento. Asimismo, se advirtió que la discrecionalidad no es una facultad ilimitada, sino que debe ejercerse racionalmente y siempre conforme a los fundamentos normativos del sistema jurídico.<sup>87</sup>

87 Giovanni Bisogni, "Derecho, moral y justicia constitucional: entre Robert Alexy y Carlos Santiago Nino", *Soft Power* 6, 1 (2019), pp. 88-266; Juan Pablo Sterling Casas, "Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial", en *Dworkin sobre el derecho internacional. Tendencias contemporáneas del derecho* 46 (2017); Michele Zezza, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini", Universidad Carlos III de Madrid, Seminario Gregorio Peces-Barba, serie Materiales de Filosofía del Derecho 03 (2018).

Sobre el Estado colombiano se expuso la importancia de la cláusula del Estado social de derecho, como la disposición constitucional que dota de una identidad particular al Estado, profundizando no solo la primacía constitucional, sino la orientación estatal hacia la garantía de los derechos, la búsqueda de la igualdad material y el nuevo rol de los jueces como garantes de los derechos y principios constitucionales. Sobre esto, es importante destacar no solo el contenido normativo, vinculante, de la cláusula del Estado social de derecho en sí, sino la preocupación por la garantía real de igualdad (igualdad material) y, por ende, la protección especial para la población vulnerable.<sup>88</sup>

A continuación, se procederá con el análisis de las dos decisiones, con miras a mostrar cómo en ambas hubo un incorrecto uso de la discrecionalidad por parte de la Corte, que llevó al desconocimiento de la cláusula del Estado social de derecho. Para ello, se presentarán dos razones por las cuales las decisiones judiciales estudiadas vulneran la mencionada cláusula y, en consecuencia, el ejercicio de aparente discrecionalidad resulta en la toma de decisiones arbitrarias.

#### 4.1. Primacía de normas infraconstitucionales

En ambos casos de estudio se puede evidenciar lo siguiente: por un lado, tenemos la aplicación de una regulación infraconstitucional,<sup>89</sup> ya sea índole legal o administrativa, que impediría acceder a las pretensiones de los accionantes; y, por el otro, contamos con disposiciones constitucionales<sup>90</sup> que permitirían avalar gran parte de sus pretensiones o incluso la totalidad de estas.

Al respecto, es importante recordar cómo en ambos casos se trata de la garantía de derechos económicos sociales y culturales que, como se evidenció anteriormente, corresponden a uno de los aspectos fundamentales de la aplicación de la cláusula del Estado social de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así pues, encontramos aparentemente dos grandes opciones en ambos casos, acceder o no acceder a las pretensiones solicitadas por los accionantes, concediéndolas en virtud de las disposiciones constitucionales o negándolas en

88 Corte Constitucional De Colombia, Sentencia T-406 de 1992, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021; Sentencia T-701 de 2017, en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-701-17.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-701-17.htm#_ftn48); Ramón Ruiz Ruiz y Clara Viviana Plazas Gómez, "La exigibilidad de los derechos sociales: el caso de Colombia", *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política* 14 (2011), pp. 3-20.

89 Para el caso de la Sentencia SU-111, de 1997, las normas infraconstitucionales que tuvo en cuenta la Corte Constitucional fueron: i) la Ley 100 de 1993, ii) el Decreto 3135 de 1968, las resoluciones 02640 y 277 de 1994 de la Caja Nacional de Previsión, Seccional Chocó. Por su parte, las normas que se usaron en la sentencia SU-079 de 2018 fueron las leyes 100 de 1993, 509 de 1999, 1023 de 2006 y 1769 de 2015, la Resolución 483 de 2016 del Ministerio de Salud y el Acuerdo 021 de 1996.

90 En Sentencia SU-079 de 2018, la Corte utilizó como marco normativo constitucional el artículo 48 de la Constitución Política que se refiere al derecho a la seguridad social; además, utilizó normas del bloque de constitucionalidad como el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otro lado, en Sentencia SU-111 de 1997 se consideraron los artículos 1 (cláusula del Estado social de derecho), 11 (vida) y 49 (salud).

virtud de normas infraconstitucionales. En el primer caso, el de la Sentencia SU-111 de 1997, la accionante solicitó, vía acción de tutela, la protección de sus derechos a la salud y a la vida, mientras que en el caso de la Sentencia SU-079 de 2018 las accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital; en ambos casos, el Tribunal Constitucional negó las pretensiones.

En tal sentido, se evidencia que indudablemente la Corte Constitucional, máxime cuando es la guardiana de la Constitución Política, aparentemente hace uso de la facultad discrecional para interpretar y aplicar la normatividad en los casos concretos, hecho que en efecto es legítimo ya sea cuando la decisión final sea favorable o no a las pretensiones de los accionantes; no obstante, tal decisión ha de ser coherente con los postulados propios de la cláusula del Estado social de derecho, so pena de constituirse en arbitraria, es decir, una decisión carente de fundamentación jurídica o, en los casos presentes, por fuera de las opciones brindadas por el derecho. Dicho de otra forma, la discreción de los jueces se encuentra limitada por el mismo ordenamiento jurídico<sup>91</sup> y, en particular, por los principios constitucionales que establecen un margen en el cual debe decidirse.<sup>92</sup>

La Corte tiene que estar comprometida con la aplicación de la cláusula del Estado social de derecho y, por ende, debió reconocer que el mismo ordenamiento jurídico indicaba la decisión que debía tomar en ambos casos, es decir, acceder a las pretensiones de la demanda en virtud de las normas constitucionales invocadas. No obstante, la Corte no solo no tomó en consideración esta situación, sino que igualó ambas posibilidades de decisión en los casos de estudio (acceder o no acceder a las pretensiones) para realizar un ejercicio discrecional, como si en los casos se tratara de dos posibles decisiones avaladas e igualadas (en términos de jerarquía normativa) por el derecho.

En su análisis, la Corte identificó la falta de regulación, en el caso de las madres comunitarias (SU-079 de 2018), mientras que realizó una aplicación rígida de la normatividad, en el caso de la Sentencia SU-111 de 1997, elementos suficientes para impedir la protección de los derechos invocados por los accionantes. Es decir, la Corte argumentó por la falta de regulación y limitantes legales, respectivamente, para no acceder a las pretensiones y, por tanto, no aplicó directamente la Constitución a los casos estudiados.

Ahora bien, y tal como se expuso con anterioridad, la discrecionalidad<sup>93</sup> busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las

91 Etcheverry, "Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación", *op. cit.*, pp. 3-21.

92 Michele Taruffo, "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", *Revista Cap Jurídica Central* 3, 4 (2019), pp. 96-275.

93 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-172 de 2015, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

personas, pues de suyo es que la normatividad no regula la totalidad de las hipótesis fácticas presentes en la cotidianidad, de ahí que existan herramientas, entre ellas la discrecionalidad, que permiten tomar decisiones de forma eficaz y celeré,<sup>94</sup> que no exijan un obligatorio trámite legislativo para la regulación de diferentes supuestos fácticos, pero que se mantengan en todo caso bajo el principio de legalidad.<sup>95</sup> Así pues, esa facultad se presenta cuando la autoridad es libre, dentro de los límites del derecho, de tomar una decisión u otra, como consecuencia de la inexistencia de una ley concreta para el hecho estudiado, siempre buscando la proscripción de la arbitrariedad, realizando la figura del juez como garante de derechos,<sup>96</sup> y en virtud de los postulados de primacía constitucional, procura el sometimiento de los poderes públicos a la ley, la colaboración armónica entre estos y la protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.<sup>97</sup>

En ese sentido, se evidencia que al aplicar lo anterior al caso concreto de la Sentencia SU-079 de 2018, se puede observar cómo la jurisprudencia constitucional a lo largo de los años ha permanecido inerte frente las innumerables solicitudes de reconocimiento de derechos laborales realizados por las madres comunitarias. Se ha visto cómo para la Corte Constitucional es difícil precisar el tipo de vínculo existente entre la Administración y las madres comunitarias; en 1995<sup>98</sup> y en 1998<sup>99</sup> se habló de un vínculo contractual de carácter civil, posteriormente, en 2012,<sup>100</sup> se dijo que no era un contrato laboral, pero sí se trataba de un vínculo con características del contrato laboral; en 2016<sup>101</sup> se afirmó la existencia de un verdadero contrato de trabajo y en 2017 se dijo que el precedente de 1998 era obligatorio dejando los avances jurisprudenciales sin efectos y, finalmente, en Sentencia SU-079 de 2018 decide no amparar los derechos invocados por los accionantes con fundamento en la existencia de precedente constitucional que no reconoce la existencia de un vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias.

Lo anterior implica una desprotección normativa excesiva sobre las madres comunitarias, prueba de ello es la existencia de un vacío normativo que cumpla con las garantías mínimas de dignidad exigidas por las trabajadoras del

94 Congreso de la República De Colombia, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional* 116 (1991), artículo 209.

95 Luis Prieto Sanchís, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", 2000.

96 Ramón Ruiz Ruiz, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional", *op. cit.*

97 Carlos Alberto Colmenares Uribe, "El rol del juez en el estado democrático y social de derecho y justicia", *Academia & Derecho* 5 (2012), pp. 65-81; José Gabriel Nieves López, "El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho", *op. cit.*, pp. 13-19.

98 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 1995, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 02 de febrero de 2022.

99 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-224 de 1998, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 02 de febrero de 2022.

100 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 02 de febrero de 2022.

101 Corte Constitucional De Colombia, Auto 186 de 2017, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 02 de febrero de 2022.

cuidado y una dualidad normativa que les impide ser consideradas como trabajadoras del sector privado o del sector público. Con el agravante adicional de que aquí es el mismo Estado quien vulnera a esta población como un empleador que no reconoce su verdadero rol.

De ahí que pueda decirse que existe una “menor protección relativa de un grupo”<sup>102</sup> de trabajadoras frente a los demás trabajadores, lo que genera una discriminación constitucionalmente prohibida, es decir que se crea una imperfección normativa completamente susceptible de censura constitucional, por la existencia de una dualidad de regímenes legales que al regular materias similares (trabajadores) excluye a las madres comunitarias tanto de la normatividad del sector privado como del sector público, discriminándolas como trabajadoras e impidiéndoles el goce del derecho al trabajo, a las condiciones dignas y justas en el trabajo, y a la dignidad humana.

Por lo anterior, se puede afirmar que la falta de una normatividad que equipare el trabajo de las madres comunitarias con las garantías de los trabajadores del sector privado y público genera una necesidad imperante para la Corte Constitucional de hacer efectivo el deber constitucional de protección y garantizar la dignidad humana de las trabajadoras del cuidado; no obstante, la decisión adoptada por el Tribunal en Sentencia SU-079 de 2018 inaplica tales postulados constitucionales aprovechándose arbitrariamente de la carencia de regulación en lo referente a la naturaleza de la relación que existe entre las madres comunitarias y el ICBF.

Por otra parte, al analizar la Sentencia SU-111 de 1997, y pese a ser contrario al caso de las madres comunitarias, en el sentido de la existencia de normatividad, es factible llegar a la misma conclusión de arbitrariedad por parte de la Corte Constitucional. Esto, por cuanto la Corte decidió adoptar una posición absolutamente legalista, llevándola a negar la protección de los derechos a la vida y a la salud mediante la aplicación rígida de lo contenido en normas infraconstitucionales como La ley 100 de 1993, el Decreto 3135 de 1968 y la Resolución 02640 de 1984, de la Caja Nacional de Previsión.

Aquí es importante hacer la siguiente aclaración. Todos los jueces se enfrentan a un gran reto, identificado acertadamente por Etcheverry,<sup>103</sup> consistente en que en el marco de la discrecionalidad estos deben ser capaces de tomarse en serio tanto las garantías, los derechos constitucionales, como el respeto por las regulaciones democráticas. En el caso de 1997, no se está criticando el valor dado a las regulaciones democráticas como la Ley 100 de 1993, sino que se ataca es el desconocimiento de la superioridad del Estado social de derecho y la Consti-

---

102 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-534 de 2005, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 07 de abril de 2022.

103 Juan Bautista Etcheverry, “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”, *op. cit.*, pp. 51-336.

tución misma, frente a este tipo de regulaciones. No se puede cumplir con la aplicación de la cláusula del ESD, si dicho uso se supedita al cumplimiento de normas infraconstitucionales.

En suma, se puede observar cómo la Corte, en el caso de las madres comunitarias, se basó en la inexistencia de normas infraconstitucionales para impedir la protección de los derechos constitucionales de esta población y, en el caso sobre la Caja Nacional de Previsión, usó los requerimientos legales para declarar improcedente la protección constitucional solicitada. Ambos escenarios muestran una aparente decisión discrecional de la Corte que, en realidad, desconoce la superioridad de la Constitución sobre las otras fuentes jurídicas, llevando incluso a tomar decisiones erradas como consecuencia de la inaplicación de la misma cláusula del Estado social de derecho, pues sus decisiones no reconocen la superioridad constitucional, no garantizan en la realidad los derechos constitucionales y hacen aún más gravosa la situación de las tutelantes. Por lo tanto, las decisiones tomadas por la Corte estarían incluso por fuera de las posibles decisiones abaladas por el derecho colombiano al ser decisiones profundamente erradas en cuanto a la debida forma de aplicación de la cláusula del Estado social de derecho.

## 4.2. Desprotección de la población vulnerable

La cláusula del Estado social de derecho imprime no solo un sentir social al Estado sino, además, una búsqueda de la garantía de los derechos constitucionales, y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta cláusula dota de identidad al Estado colombiano y supone un rol de los jueces que vaya más allá de la aplicación silogística o mecánica del derecho, pues se espera que estos, a través de sus decisiones, puedan materializar realmente las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, so pena de que se conviertan en simples declaraciones discursivas.<sup>104</sup>

Los jueces, por mandato constitucional a través de la cláusula del Estado social de derecho, deben siempre procurar la materialización efectiva de los derechos, más allá de las dificultades u obstrucciones regulatorias frente a los cuales las personas puedan enfrentarse. Sin embargo, en ambos casos estudiados se observa un factor determinante que no fue tenido en cuenta o, al menos, no se le dio la importancia necesaria al momento de tomar la decisión judicial, esto es la situación de vulnerabilidad de las accionantes.

104 Luis Villar Borda, "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado* 20 (2007), p. 73; José Gabriel Nieves López, "El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho", *op. cit.*, pp. 13-19; Luisa Fernanda García Lozano, "La incidencia del concepto Estado de derecho y Estado social de derecho en la independencia judicial", *Prolegómenos, Derechos y Valores* 14, 27 (2011), pp. 98-181; Álvaro Pío Guerrero Vinuesa, "Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho", *Criterio Jurídico* 12, 1 (2012); Gerardo Pisarello Prados, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", *op. cit.*, pp. 3-10.

Esta situación de vulnerabilidad es un indicio de la necesidad de tomar decisiones judiciales que permitan una garantía real y efectiva de los derechos en el caso concreto. Si bien hay una serie regulaciones de carácter infraconstitucional que impiden en un caso el acceso a servicios de salud y en el otro reconocer una relación laboral y la subsiguiente garantía a la protección social, también es cierto que en ambos escenarios la vulnerabilidad de las accionantes hace necesario que la decisión tomada en el marco de la discrecionalidad tenga en cuenta esta situación y busque proteger a estos grupos poblacionales desde una perspectiva derivada directamente de la aplicación de la cláusula del Estado social de derecho.

Dicho de otra forma, frente a situaciones de vulnerabilidad el juez, en el marco de un Estado social de derecho, no puede dejar a la deriva las garantías constitucionales y, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales, y debe actuar para proteger a esta población,<sup>105</sup> que en ambos casos contaba con una evidente condición de vulnerabilidad. En el caso de la Sentencia SU-111 de 1997, por el precario estado de salud de la accionante, y en el caso de la Sentencia SU-079 de 2018, por tratarse de mujeres, algunas de ellas de la tercera edad o cabeza de familia.

Encontramos entonces cómo, en la primera sentencia estudiada, la Corte Constitucional en sala plena, a pesar de reconocer la situación de vulnerabilidad de la accionante, hace caso omiso de ello, lo cual hace aún más grave para la accionante que el Tribunal Constitucional le haya dado más valor a una serie de regulaciones infraconstitucionales que impiden el acceso al servicio de salud de la demandante. En el segundo caso, la Corte reconoce la situación de vulnerabilidad de las madres comunitarias, pero, y al igual que el primer caso, decide conforme a una serie de regulaciones, también infraconstitucionales, que profundizan la vulneración de los derechos de las demandantes al cerrar la posibilidad jurídica de reconocer la existencia de una relación laboral entre las trabajadoras del cuidado y el Estado.

De ahí que pueda concluirse que existió un defecto en la valoración que realizó la Corte Constitucional por mantener una postura meramente legalista, propia de los Estados de derecho, sin valorar en debida forma la condición de vulnerabilidad de las accionantes a la luz, no de las normas infraconstitucionales, sino frente a la cláusula del Estado social de derecho, que por demás es el valor identitario del Estado colombiano y bajo cuya aplicación se habría llegado a una decisión diferente.

105 Luisa Fernanda García Lozano, "La incidencia del concepto Estado de derecho y Estado social de derecho en la independencia judicial", *op. cit.*, pp. 98-181; Josefina Quintero Lyons, Angélica Matilde Navarro Monterroza y Malka Irina Meza, "La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 3, 1 (2011), pp. 69-80; Diana Patricia Quintero Mosquera, *La salud como derecho: estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2011.

En ese sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-507 de 2004, fue clara en expresar que “ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que esta [la ley] proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede, sin embargo, proteger de forma diferente a las personas”, de tal forma que, si bien es deber del constituyente derivado el determinar el tipo de protección que requieren los distintos grupos de personas, también ha dicho la Corte en la Sentencia C-507-2004 que le compete al juez “determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido”.

Pues bien, desde tal perspectiva se evidencia un flagrante desconocimiento de la cláusula del Estado social de derecho como consecuencia de la inobservancia de la condición de vulnerabilidad de las accionantes, como producto de un indebido uso de la discrecionalidad judicial. En el caso de las madres comunitarias, la misma Corte ya había determinado que se trataba de mujeres, que son constitucionalmente protegidas,<sup>106</sup> y que además son cabeza de familia,<sup>107</sup> pertenecientes a la población considerada adulto mayor,<sup>108</sup> y cuya labor se realiza directamente con los niños y niñas pertenecientes a las poblaciones socioeconómicas más vulnerables del país, lo que contribuye así a la suma de formas de discriminación y desprotección a las que está sometido este gremio de trabajadoras.

De igual forma, en la decisión de la Sentencia SU-111 de 1997 se observa el error de la Corte en que, si bien reconoce la condición de vulnerabilidad de la accionante, tal como se desprende de la plataforma fáctica del caso,<sup>109</sup> en el análisis jurídico esta situación no es tomada en cuenta, lo que lleva a que la Corte Constitucional decida el caso desde una posición meramente legalista y en total desconocimiento de la situación de vulnerabilidad reconocida y resumida por la propia Corte en el acápite de antecedentes de su providencia. Lo anterior evidencia una administración de justicia errada, arbitraria y alejada de los preceptos constitucionales, toda vez que realiza una aplicación incorrecta de la cláusula del Estado social de derecho al tomar una decisión que desconoce, en su análisis jurídico, la condición de vulnerabilidad.

106 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-386 de 2013, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

107 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 803 de 2013 y T-084 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

108 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 252 de 2017 y T-066 de 2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

109 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-111 de 1997, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

En síntesis, lo anterior demuestra que el contexto particular de las accionantes ha debido ser considerado por la Corte Constitucional previo a resolver de fondo la providencia SU-111 de 1997 y, más aún, en el caso de la Sentencia SU-079 de 2018, pues al momento de adoptar tal decisión existía una línea jurisprudencial clara en las sentencias C-406 de 1992, SU-747 de 1998, SU-846 de 2000, C-507 de 2004, C-425 de 2005, C-075 de 2007, C-415 de 2012, C-191 de 2016, C-272 de 2016 y C-701 de 2017 que impedían la aplicación rígida de los contenidos normativos que generaran una desprotección o discriminación excesivas sobre un grupo determinado de personas.

## Conclusiones

La pregunta que se buscó responder en la primera parte del escrito fue: ¿se aplicó correctamente la cláusula del Estado social de derecho en los casos de estudio, por parte de la Corte Constitucional? Al respecto, este texto logró demostrar que, en efecto, la Corte Constitucional aplicó erróneamente dicha cláusula en las sentencias SU-111 de 1997 y SU-079 de 2018. Esto, toda vez que se logró determinar cómo las decisiones de la Corte pasaron de lo discrecional a lo arbitrario, creando jurisprudencia a partir del desconocimiento de la cláusula del Estado social de derecho como núcleo esencial de la identidad estatal, aspecto evidenciado en la primacía que los administradores de justicia dieron a normas infraconstitucionales sobre las normas constitucionales y la desprotección de población vulnerable, en los casos estudiados.

La existencia de dos decisiones de sala plena de la Corte Constitucional colombiana, y con aproximadamente 20 años de diferencia, pone de presente los riesgos reales de un inadecuado uso de la discrecionalidad. La discrecionalidad es una facultad importante y necesaria, que debe ser ejercida con mucha prudencia por los operadores judiciales y gran parte de su uso adecuado parte de identificar si realmente es necesaria o no su aplicación.

El estudio aquí analizado presenta cómo el Tribunal Constitucional tomó dos decisiones en absoluta contravía de la cláusula del Estado social de derecho, pues i) identificó erróneamente que en ambos contextos existían al menos dos opciones posibles avaladas por el derecho, cuando en realidad y derivado de la identidad del Estado colombiano, solo una de las decisiones permitía decidir conforme a la Constitución Política (más allá de los matices que podría tener una decisión favorable a las demandantes en los casos); ii) una vez iniciado el análisis, la Corte Constitucional fundamentó en razones infraconstitucionales la aplicación errada de la cláusula cuando, no solo por jerarquía normativa, sino por la naturaleza propia del Estado social de derecho ninguna norma por debajo de la Constitución puede impedir su correcta aplicación, y iii) desconoció completamente la situación de vulnerabilidad de las accionan-

tes, ignorando, por lo tanto, los fines del Estado social de derecho, de buscar la protección real y efectiva de todas las personas, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad.

Fruto del estudio aquí realizado, y salvo un mejor juicio, ambas decisiones de la Corte Constitucional, al ir en contravía de la cláusula del Estado social de derecho reflejarían no decisiones discrecionales, sino arbitrarias, pues serían decisiones por fuera de las opciones avaladas por el derecho colombiano. No se trata, pues, de afirmar que siempre que se invoquen normas constitucionales en un caso se deba acceder a todas las pretensiones, sino de garantizar que la decisión a la que llegue el juez siempre sea conforme a las normas constitucionales y, en especial, a sus elementos identitarios. En los casos estudiados lo que se observaría es que la Corte, en un presunto ejercicio discrecional, llega a decisiones contrarias a la propia cláusula del Estado social de derecho y, por ende, a decisiones no avaladas por el derecho.

La posibilidad de que la Corte protectora de la Constitución pueda tomar este tipo de decisiones pone de presente el riesgo de que los operadores judiciales, en el marco de su ejercicio discrecional, puedan perder de vista los componentes esenciales del modelo de Estado colombiano y, en consecuencia, se avalaría la existencia de decisiones inconstitucionales dentro de la jurisprudencia constitucional. Al respecto, quizás la existencia de la figura de tutela contra providencia judicial sea fruto precisamente de la materialización frecuente de este riesgo; no obstante, valdría la pena cuestionarse por la posibilidad de límites que permitan mitigar este riesgo, no a través de acciones o nuevas instancias, sino mediante pautas para la interpretación y argumentación jurídicas, que permitan mitigar estos riesgos y así evitar que la aplicación de la Constitución y sus cláusulas está supeditada a la voluntad del juzgador.

## Referencias

- Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1983.
- Arango, Rodolfo, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de Derecho Público* 12 (2001), pp. 185-212.
- Arango, Rodolfo y Robert Alexy, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- Bandieri, Luis María, "Patria Nación Estado et de quibusdam aliis", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 106 (2007), pp. 13-53.

- Barcellona, Pietro, "Estado de derecho, igualdad formal y poder económico (Apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1989, pp. 45-62.
- Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2 ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- Bisogni, Giovanni, "Derecho, moral y justicia constitucional: entre Robert Alexy y Carlos Santiago Nino", *Soft Power* 6, 1 (2019), pp. 88-266. DOI: <https://doi.org/10.14718/SoftPower.2019.6.1.13>
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Florencia, 1576.
- Maestro Buelga, Gonzalo, "El Estado social 40 años después: la desconstitucionalización del programa constitucional", *Revista de Derecho Político* 100, (2017), pp. 98-769. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20717>
- Bueno Trill, María, *El hombre bueno y el buen ciudadano en Aristóteles. El hombre bueno y el buen ciudadano en Aristóteles*, Navarra, Eunsa, 2017, pp. 1-514.
- Cano Blandón, Luisa Fernanda, "Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia", *Revista Derecho del Estado* 49 (2021), pp. 58-131. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.08>
- Carvajal Martínez, Jorge Enrique, "Transformaciones del derecho y del Estado un espacio de reflexión de *Novum Jus*", *Novum Jus* 11, 2 (2017), pp. 7-12. DOI: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.1>
- Colmenares Uribe, Carlos Alberto, "El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia", *Academia & Derecho* 5 (2012), pp. 65-81.
- Costa, Pietro, "The rule of law: An outline of its historical foundations", en *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.
- Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 2011.
- Dubber, Markus, y Christopher Tomlins, *The Oxford handbook of legal history*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198794356.001.0001>
- Encinas Duarte, Gabriel Alejandro, "Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial", *Nuevo derecho* 15, 25 (2019), pp. 88-109. DOI: <https://doi.org/10.25057/2500672X.1229>

- Etcheverry, Juan Bautista, "Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. Teoría & Derecho", *Revista de pensamiento jurídico*, 15 (2014), pp. 71-149.
- Etcheverry, Juan Bautista, "Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial" *Dikaion* 29, 2 (2021), pp.52-336. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>
- Etcheverry, Juan Bautista, "Rule of Law y Discrecionalidad Judicial: Compatibilidad y Recíproca Limitación (Rule of Law and Judicial Discretion: Compatibility and Reciprocal Limitation)", *Revista Derecho del Estado*, 38 (2017). DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.01>
- Eunomía, "Neoconstitucionalismo = Neoconstitutionalism", *Revista en Cultura de la Legalidad* (2016), pp. 51-142.
- Ferrajoli Luigi, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, 2006. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>
- Ferrajoli Luigi, *¿Democracia sin Estado?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011. <https://rebellion.org/democracia-sin-estado/>
- Fioravanti, Maurizio, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 1998.
- Fiorentini, Quaderni, *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Italia, Rebiun, 1999.
- Flórez Aristizábal, Eduardo Alonso y Carlos Alberto Mojica Araque, "Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción", *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, 3 (2020), pp. 50-60.
- Freixes Sanjuan, Teresa, "La jefatura del Estado monárquica", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (1991), pp. 84 y ss.
- García Lozano, Luisa Fernanda, "La incidencia del concepto Estado de derecho y Estado social de derecho en la independencia judicial", *Prolegómenos, derechos y valores* 14, 27 (2011). DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2412>
- Gargarella, Roberto, *El constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas*, New York, Cornell University Press, 2008.
- Gellner, Ernest, *Nations and Nationalism*, New York, Cornell University Press, 2 ed., 2008. [https://books.google.com.co/books/about/Nations\\_and\\_Nationalism.html?id=XPHpUSUAsF0C&redir\\_esc=y](https://books.google.com.co/books/about/Nations_and_Nationalism.html?id=XPHpUSUAsF0C&redir_esc=y) .
- Gómez Isaza, María Cristina, *La historia del Estado Social de Derecho*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2006, pp. 75-80.

Gracia Cárdenas, Jaime Fernando, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Guastini, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", *Jueces para la democracia* 34 (1999), pp. 39-46.

Guerrero Vinuesa, Álvaro Pío, "Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho", *Criterio jurídico* 12, 1 (2012).

Guzmán Napurí, Christian, *El concepto de Estado y su evolución*, Perú, Universidad Continental.

Heller, Hermann, *Staatslehre*, Tübingen, 1983.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Madres Comunitarias*, en <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/primera-infancia/acerca-de/madres-comunitarias>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954, p. 295.

León Castaño, Silvio, "Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991", *Revista Inciso* 18, 2 (2016), pp. 87-104. DOI: <https://doi.org/10.18634/incj.18v.2i.464>

Mangabeira Unger, Roberto, *The universal history of legal thought*, Deep Freedom Books, 2021.

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748, cap. III.

Moreso, "Estado de derecho", en *Razones públicas: una introducción a la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 2021, pp. 258-279.

Murphy, Colleen, "Lon Fuller and the moral value of the rule of law", *Law and Philosophy* 24, 3 (2005), pp. 62-239.

Nieves López, José Gabriel, "El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho", *Justicia juris* 9, 2 (2013), pp. 13-19. DOI: <https://doi.org/10.15665/rj.v9i2.86>

Sendra Moll, Jorge, "La concepción del Derecho como integridad: Ronald Dworkin", *Ciencia jurídica* 4, 8 (2015), pp. 36-117. DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.153>

Ordóñez Robina, José María, *Las formas de gobierno en Montesquieu*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 71 y ss.

34 Ortiz Leroux, Sergio, "República y Republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo", *Nueva Época*, Año 20, 53 (2007), p. 14.

- Pisarello Prados, Gerardo, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", *Jueces para la democracia*, 41 (2001), pp. 3-10.
- Pozzolo, Susanna, "Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?", *Derecho & Sociedad* 48 (2017), pp. 23-213.
- Pozzolo, Susanna, "El constitucionalismo de los derechos y la justicia", *Perfiles de las Ciencias Sociales* 5, 9 (2017).
- Prieto Sanchís, Luis, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Doxa* 23 (2000). DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.07>
- Ruiz Ruiz, Ramón y Clara Viviana Plazas Gómez, "La exigibilidad de los derechos sociales: El caso de Colombia", *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, 14 (2011), pp. 3-20.
- Ruiz Ruiz, Ramón, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 20 (2010), pp. 32-119.
- Quintero Lyons, Josefina, Angélica Matilde Navarro Monterroza y Malka Irina Meza, "La figura del Estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 3, 1 (2011).
- Quintero Mosquera, Diana Patricia, *La salud como derecho: estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.
- Rawls, Jhon, *Liberalismo político*, Universidad Nacional de Autónoma de México, 1995.
- Rawls, Jhon, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Rosas Andreu, Jaime de, "Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la 'novela en cadena' en Ronald Dworkin", *Revista de la Facultad de Derecho* 47 (2019). DOI: <https://doi.org/10.22187/rfd2019n47a15>
- Segura Ortega, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- Stein, Ekkehart, *Staatsrecht*, Tübingen, Gunter Narr Verlag, 1990.
- Sterling Casas, Juan Pablo, "Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial", en *Dworkin sobre el derecho internacional, Tendencias contemporáneas del derecho* 46 (2017).
- Suárez, Lizandro y Alfonso Cabrera, "El significado real de que Colombia sea un Estado Social de Derecho", *DIXI* 20, 27 (2018). DOI: <https://doi.org/10.16925/di.v20i27.2390>

Taruffo, Michele, "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", *Revista Cap Jurídica Central* 3, 4 (2019), pp. 96-275. DOI: <https://doi.org/10.29166/cap.v3i4.1957>

Villalobos Atúnez, José, José Guerrero y Luis Romero Neces, "Hermenéutica de la política y legitimidad de su ejercicio: democracia y Estado de derecho", *Utopía y Praxis Latinoamericana* 24, 86 (2019).

Villar Borda, Luis, "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado* 20 (2007).

Uprimny Yepes, Rodrigo, "Autoridad y poder del juez. Sentencias con dimensión humana en el Estado social y democrático de derecho", en *Perfiles liberales*, 49 ed., 1996.

Zeza, Michele, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini", *Materiales de filosofía del derecho* 3 (2018).

Waldron, Jeremy, *Essay, "The Concept and the Rule of Law"*, *Law & Legal Theory Research Papers Series, Working Paper*, 2008, pp. 1-66, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10982-004-7990-3>

## Normas y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional* 116 (1991).

Congreso de la República de Colombia, Ley 89 de 1988 Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones, artículo 1, *Diario Oficial* 38.635 (1988).

Organización de los Estados Americanos (OEA), Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador".

Organización Internacional del Trabajo, *Trabajo: La revista de la OIT* 67 (2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-079 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-111 de 1997, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021

Corte Constitucional De Colombia, Sentencia C-104 de 1993, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.

- Corte Constitucional de Colombia, C-046 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, C-027 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-272 de 2016, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-172 de 2015, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-224 de 1998, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-747 de 1998, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-701 de 2017, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-846 del 2000, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-425 de 2005, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-006 de 1992, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-1290 de 2001, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-415 de 2012 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191 de 2016. en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-244 de 2012, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-048 de 2001, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-178 de 2014, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-386 de 2013, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-803 de 2013, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional De Colombia, Sentencia T-084 de 2018, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-252 de 2017, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-066 de 2020, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 06 de abril de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-534 de 2005, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, fecha de consulta: 07 de abril de 2022.