

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro

7.1. INTRODUCCIÓN

En la última década los derechos sociales, a saber los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, han tenido un creciente protagonismo en los países iberoamericanos,²⁴³ en la doctrina de

Este trabajo se incluye en el libro *Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, coordinado por Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Lumen Juris, Río de Janeiro 2010.

- ²⁴³ Díez-Picazo, L. M. y Ponthoreau, M. C. (eds.), *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, Florence, 1991; Nino, C. S., “On Social Rights”, en Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1993, pp. 295-299; Arango, R., “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, en *Pensamiento Jurídico* 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72; Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Peces-Barba, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34; Pisarello, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, M.; Cruz Parceró, J. A. y Vázquez, R. (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001, pp.113-138; Sunstein, C. R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *U. of Chicago Public Law Working Paper*, núm. 12, Chicago 2001; Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002; Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005; Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos socia-*

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

tratadis- tas²⁴⁴ y organismos de derechos humanos,²⁴⁵ así como también, aunque en menor medida, en la jurisprudencia de la Corte IDH.²⁴⁶ Los derechos sociales han adquirido importancia tanto en el discurso político como en la práctica de los movimientos sociales hasta el punto de obtener un creciente reconocimiento en los estratos judiciales.

En vista de estas transformaciones políticas y jurídicas, es posible afirmar que los sistemas regional e internacional de protección de derechos humanos presentan un avance perceptible pero insuficiente para la realización de los derechos sociales en Iberoamérica. La insuficiente realización de los derechos sociales en la práctica puede ser enfrentada, entre otras estrategias, con el establecimiento de los derechos sociales a nivel nacional y su aseguramiento mediante un sistema de protección óptimo; con la garantía adicional de los mismos a nivel regional e internacional, y con su apropiación por parte de la población en la práctica política y jurídica. La anterior tesis será sustentada a continuación en tres pasos: (i) La situación actual de los derechos sociales; (ii)

les, Buenos Aires, 2006; Escobar Roca, G., *Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006; Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; Pérez, L. E.; Rodríguez C. y Uprimny, R., *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, 2007; Chacón Mata, A. M., *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007; Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007; Pereira de Souza Neto, C. y Sarmiento, D. (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.

²⁴⁴ Craven, M. C. R., *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995; Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, 2000; Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2ª ed., Dordrecht, 2001; Chapman A. y Russell, S. (eds.), *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Mortsels, 2002.

²⁴⁵ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *El Nuevo Orden Económico Internacional y la promoción de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá 1993; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, 2004.

²⁴⁶ Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

La problemática de los derechos sociales en Iberoamérica, y (iii) Estrategias para enfrentar los desafíos a la su realización.

El interés teórico y práctico por los derechos sociales crece en forma directamente proporcional al aumento de la desigualdad y de la pobreza en el mundo.²⁴⁷ El gran reto político y teórico consiste en que estos derechos no se conviertan en una utopía irrealizable más y en una nueva frustración para los excluidos de los beneficios del progreso. Para evitarlo los avances doctrinarios son indispensables, siempre que se acompañen de una movilización social activa, la cual puede ser promovida activamente desde y por los organismos de defensa, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y fundamentales.

7.2. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. La actual depresión económica mundial, iniciada según algunos por la especulación financiera con préstamos sin respaldo y, por otros, derivada de la sobreproducción industrial de las grandes potencias, evidencia una crisis del modelo librecambista y de mera acumulación de capital. Sea la avaricia especulativa de los grandes capitales o la producción industrial a bajos precios en la competencia entre China, India e Indonesia contra Occidente, lo cierto es que hoy el mundo es más pobre y los pobres más pobres. Esta situación representa un tangible retroceso de los derechos sociales, también en los países iberoamericanos.

1.1. Luego de décadas de avance del capitalismo trasnacional la realidad es desoladora. La privatización de los servicios públicos esenciales —acueducto y alcantarillado, salud, telefonía y televisión, electricidad, aseo— denota un retroceso del Estado como garante principal de la satisfacción de los derechos sociales para todos los miembros de la población, no solo para aquellos quienes pueden cancelar las crecientes tarifas de dichos servicios. La alta participación de empresas trasnacionales proceden-

²⁴⁷ Pogge, T., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, 2005; Milanovic, B., *La era de las desigualdades*, Madrid, 2006; Baderin, A. y McCorquodale, R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, 2007; Reinert, E. S., *La globalización de la pobreza*, Barcelona, 2007.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

tes del mundo industrializado es un signo claro del proceso de recolonización de los países de Iberoamérica. Empresas españolas, como la Triple A, Sanitas o Telefónica, francesas como Carrefour, a alemanas como Siemens, se apropian de la prestación de servicios públicos y el suministro de bienes y servicios técnicos. Bien sabido es que las condiciones tarifarias —así como los garantías de seguridad a la inversión que eliminan todo riesgo a los operadores económicos— son impuestas por las multinacionales a los Estados necesitados de inversión extranjera para la generación de empleo. En el caso de los servicios públicos esenciales tales tarifas garantizan el flujo de recursos económicos del Sur al Norte, como también lo hace el sistema financiero internacional —BM, Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID)—, de forma que se asegure el buen nivel de vida de la población de los países desarrollados, excluidos los inmigrantes.

1.2. No solo la incapacidad económica o empresarial de los países latinoamericanos, sino también la competencia, cada vez más exigente y cerrada de las grandes potencias, y la ideología del fin de los estados de bienestar, explican el agravamiento del acceso de la población pobre a los servicios sociales básicos. La mercantilización del agua, de los alimentos básicos, de los servicios públicos esenciales de aseo, acueducto, salud, comunicaciones, etc., pugna contra el principio constitucional de universalidad de los derechos sociales, así como contra los compromisos internacionales de los Estados miembros de la ONU y la OEA para la realización integral de los derechos humanos.

1.2.1. El caso de la salud en Colombia es un buen ejemplo del retroceso en la protección de los derechos sociales.²⁴⁸ Pese a avances importantes en la primera década, luego de la reforma constitucional de 1991 que universalizó la garantía del derecho a la salud, con un perceptible avance en el cubrimiento del servicio público de la salud, lo cierto es que la privatización de la prestación del servicio público y el ánimo de lucro que impera en las entidades prestadoras de la salud evidencian fallas significativas

²⁴⁸ Parra, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2002; Restrepo, J., “El seguro de salud en Colombia ¿Cobertura universal?”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, núm. 2, Bogotá, 2002.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

del diseño institucional, bien sea en el diseño de la política pública como en su ejecución administrativa, en especial en materia de supervisión y control por parte de agencias administrativas del Estado.²⁴⁹

1.2.2. Una sentencia que diagnostica ampliamente las falencias de la prestación del servicio público de la salud por particulares fue proferida por la Corte Constitucional de Colombia. Se trata de la sentencia T-760 de 2008. En esta decisión de control constitucional a la política pública en materia del derecho a la salud se ven reflejadas todas las contradicciones en materia de garantía del derecho fundamental en cabeza de todos los habitantes del país y el medio elegido por el constituyente colombiano y el legislador para la realización de este derecho. En resumen, el ánimo de lucro en la prestación, la ineficacia del control del Estado y la alta desprotección de amplios sectores de la población debido a un inexistente o deficiente cubrimiento del servicio, son factores que contribuyen a la violación sistemática y flagrante de los derechos sociales.

1.3. El retroceso en la protección de los derechos sociales viene acompañado de la reducción del tamaño del Estado como consecuencia de la ideología neoliberal y los ajustes estructurales exigidos por organismos internacionales de crédito como el Fondo Monetario y el BM. Mientras que el Estado se desmonta de la prestación de los servicios públicos básicos en los países emergentes, las reformas tampoco aciertan a dotar a las autoridades públicas de los instrumentos, procedimientos y recursos adecuados para una vigilancia y control efectivos sobre las actividades de los particulares en la materia.

1.4. La persistencia del neocolonialismo en el siglo XXI, de la mano de las multinacionales, también se ve reflejada en la explotación minera y de recursos naturales con destrucción de la selva amazónica y los páramos. En países de Latinoamérica son pan de todos los días los megaproyectos de extracción minera —petróleo, carbón, cinc, níquel, oro, aluminio, maderas preciosas, entre

²⁴⁹ Arango, R., “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”, en Cepeda, M. J. y Montealegre, E. (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007, pp. 87-163.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

otros— con la aquiescencia de los gobiernos y la presión del capital internacional que conducen al desplazamiento de comunidades aborígenes o de campesinos, expulsados de sus tierras a manos de hábiles intermediarios. Solo la denuncia internacional por vía de organizaciones no gubernamentales o por la movilización política de los indígenas o de las poblaciones tribales han permitido, en ciertos casos, neutralizar el desenfreno del capital inversionista.

1.5. El aumento de la brecha entre ricos y pobres, entre incluidos y excluidos, entre pocos partícipes del desarrollo capitalista y los muchos abandonados a su suerte por el retroceso del Estado social de derecho, conlleva un aumento de la criminalidad y la destrucción del tejido social. El caso del tráfico de narcóticos y su penalización fomentan la criminalidad en Colombia, México, el Caribe y recientemente Venezuela, países donde se concentran las cadenas de producción y de transporte del alcaloide. Mientras la comunidad internacional no entienda que la mejor manera de combatir el fenómeno cultural de las drogas es la educación y no la represión, el continente americano estará condenado a librar una guerra perdida contra el poder criminal de un negocio con réditos económicos superiores a los del petróleo.

2. La crisis del modelo liberal capitalista es aún más grave si tenemos en cuenta la no disposición de un modelo político alternativo. La caída o la crisis del socialismo de Estado —en Cuba, en Alemania Oriental y en los países de la Cortina de Hierro— restan esperanzas a esta opción histórica. La fórmula político-económica del Estado social de derecho enfrenta en Europa los embistes de la globalización de la economía desde hace décadas, la cual presiona por el desmonte de las garantías sociales a las clases trabajadoras y a los sectores deprimidos que van quedando en el camino de la homogenización del mercado laboral así como de la sociedad (véase para la muestra la generalización de la televisión gringa y la basura cultural que exporta homogéneamente a todos los rincones de la tierra).

2.1. La insuficiencia de la respuesta del Estado social de derecho en materia de protección, promoción y garantía de los derechos sociales, es manifiesta frente a las cifras de pobreza, trabajo informal (*ca.* el 60% de la población) o desnutrición y mortalidad

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

infantil.²⁵⁰ El aumento de las demandas ciudadanas y la manifiesta incapacidad de los sistemas de justicia en Iberoamérica para tramitar las demandas por realización mínima de derechos sociales, esclarecen la situación real de estos derechos en la práctica.

2.2. El abandono de la economía social de mercado y el desmonte del Estado social de derecho en Europa son igualmente manifestaciones preocupantes del retroceso de las garantías institucionales a los derechos sociales. Parece cuestión de tiempo que las conquistas políticas en el ámbito laboral y de seguridad social se desvanezcan sin que encuentren un discurso, un proyecto y un modelo alternativo al liberalismo capitalista compatible con la realización de los derechos sociales.

3. Ante el cierre de alternativas al modelo del capitalismo liberal y al del socialismo de Estado, es comprensible el renacer del interés por las obras de Marx. No solo sus análisis sobre las crisis cíclicas del capitalismo o sobre la acumulación creciente de capital en pocas manos en desmedro de la participación de las clases oprimidas cobran decidida actualidad. También lo hace su denuncia de la manipulación que mediante el discurso de los derechos humanos se hace con fines de legitimar regímenes políticos despóticos.²⁵¹ El renovado interés por Marx y el coqueteo con modelos totalitarios de Estado asentados en economía centralizada y aparato burocrático administrativo, se ven como una opción no del todo descartable para jóvenes desesperanzados frente a la dureza e injusticia de la realidad actual.

3.1. Un primer hecho que reafirma el interés por Marx y por su denuncia de los derechos individuales como expresión de la ideología burguesa, es la negativa a reconocer el igual estatus de los DESC frente a los derechos civiles y políticos (DCP).²⁵²

²⁵⁰ Garay, L. J. y Rodríguez, A. (eds.), *Colombia: Diálogo pendiente*, Bogotá, 2005, pp. 225 y ss.

²⁵¹ Marx, Karl, "Sobre la cuestión judía", en *Escritos de Juventud*, FCE, México, 1982, pp. 463-490.

²⁵² Véase entre otros autores a Böckenförde, E. W., "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, 1993; Laporta, F., "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón J. et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Los renovados pero fallidos intentos en Europa de dotar a los DESC de igual fundamentalidad que la reconocida a los DCP, por ejemplo al incorporar una ambiciosa Carta de Derechos Sociales al proyecto de Constitución de Europa,²⁵³ reafirman el análisis de clases sociales y formas de producción popularizado en sus escritos por Marx. Mientras que los DCP son reconocidos como fundamentales en cabeza de los nacionales con ciertos privilegios —clase burguesa—, los derechos sociales son degradados a meras aspiraciones del proletariado —clase proletaria—, que deben conquistarse en la arena política y recibir consagración legal como derechos de desarrollo progresivo, no exigibles directamente ante los jueces. Este trasfondo político e ideológico que diferencia entre tipos de derechos ha sido proscrito a nivel de las declaraciones internacionales de derechos humanos.²⁵⁴ No obstante, falta aún mucho trecho para que tal proscripción se traduzca en una efectiva igualdad de trato jurídico en su reconocimiento judicial y su goce efectivo por parte de toda la población.

3.2. Las dificultades en la expedición de un tímido Protocolo Facultativo adicional al PIDESC para proteger más efectivamente los derechos sociales, entre otras, mediante la consagración de la posibilidad jurídica de elevar reclamaciones individuales por vulneración de los compromisos internacionales adoptados por los Estados que han ratificado el Protocolo, también alimentan el escepticismo hacia la realización de estándares mínimos de justicia social en el Estado capitalista.

3.3. La angustia social como consecuencia de los procesos de ajuste estructural que buscan reducir el tamaño del Estado; el desmonte de garantías laborales por vía de la tercerización de las relaciones laborales; el auge de las empresas de servicios temporales que escamotean los derechos y las garantías sociales de los trabajadores; la pérdida de poder adquisitivo del salario en estratos asalariados con ingresos laborales más bajos por el hecho de que la inflación golpea con mayor fuerza a los sectores

²⁵³ Herrera, C. M., *Les droits sociaux*, París, 2009, pp. 99 y ss.

²⁵⁴ ONU, Resolución 32/130 de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1977 —en que se afirma que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes—; Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (Viena).

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

desfavorecidos de la población; el abandono de los ideales y de los principios de una política social humanista; los retrocesos en el cubrimiento de la seguridad social en salud y pensiones; todos estos son síntomas innegables de que la lógica de negocios y del enriquecimiento individual triunfa por el momento sobre la vigencia efectiva de derechos humanos.

Pero veamos de qué forma se refleja la situación descrita sobre la realidad de los países emergentes de América Latina.

7.3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

La situación de los derechos sociales en América Latina presenta síntomas adicionales a los anteriores que tienen relación con las particularidades de la débil posición negociadora de los países emergentes en el contexto de la globalización económica.

1. Retrocesos concretos de las economías latinoamericanas ante el avance del capitalismo global se ven reflejados en los tratados de libre comercio firmados por diferentes países. La asimetría entre las economías del Norte y las del Sur; el desigual intercambio de materias primas por bienes industriales intensivos en tecnología; los desequilibrios en el nivel de desarrollo económico, social y de estabilidad política entre las poblaciones de los países industrializados y los países no o incipientemente industrializados; la dependencia del crédito externo; todos estos son elementos que llevan a poner en duda las posibilidades de universalizar el goce y el disfrute de los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social, al esparcimiento en el tiempo libre.

2. A lo anterior es necesario adicionar las asimetrías existentes en las economías del continente americano. Potencias como Brasil o México —salvo zonas abandonadas y excluidas del progreso— no son comparables con economías menores como las de Haití, Bolivia, El Salvador o Ecuador. Dichas asimetrías dificultan el proceso de integración latinoamericana con miras a mejorar la posición negociadora frente a otros bloques económicos como los representados por Estados Unidos o la Comunidad Europea.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

3. Los procesos políticos en los países de Iberoamérica son igualmente desiguales, con las complejidades que ello trae aparejado en conciencia sobre la importancia de los derechos humanos en las relaciones internas e internacionales. El ingreso *per capita* es también desigual en la región y al interior de los diferentes países, lo cual hace necesario pensar en sistemas de compensación y cooperación económica aún no disponibles en el continente americano. El proceso de integración europeo tiene como condición economías industrializadas que jalonan el proceso político, incluso hasta el extremo de poder incluir a los antes países socialistas. Si bien Brasil, México y Argentina podrían jugar el papel de economías “jalonadotas de progreso”, lo cierto es que el proceso de integración latinoamericano es aún incipiente y su posibilidad dudosa ante el incipiente grado de desarrollo político y económico de los diferentes países del área.

4. Las diferencias étnicas y culturales son igualmente considerables. Este hecho sociológico exige de una visión diferenciada de los derechos sociales en lo que concierne a su cumplimiento. Una visión diversificada que tenga en cuenta las particularidades de los diferentes pueblos y culturas es un desafío adicional al proceso primariamente económico que ha caracterizado la integración de las naciones europeas. La ejecución de tratados de libre comercio firmados entre países no desarrollados y Estados Unidos, por ejemplo, puede conducir a la violación masiva de los derechos humanos de comunidades étnicas y culturales, como ha quedado en claro con el enfrentamiento entre fuerzas del orden en Perú y comunidades indígenas opuestas al TLCAN con el país del Norte.²⁵⁵

5. Un quinto factor que agrava las posibilidades de realización plena de los derechos sociales en la región obedece a la insuficiencia del diseño y del funcionamiento institucional en nuestros países. Estas deficiencias llevan implícitas barreras u obstáculos conceptuales, ideológicos y presupuestales.

5.1. Las barreras conceptuales a los derechos sociales han sido señaladas insistentemente por teóricos del tema. En espe-

²⁵⁵ <http://www.losandes.com.pe/Nacional/20090523/22458.html> (consultado 07.05.2009).

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

cial se ha anotado que no existe diferencia estructural significativa entre DCP y derechos sociales²⁵⁶ para efectos de su reconocimiento judicial. Un problema conceptual más profundo es el teórico. Este tiene que ver tanto con aspectos conceptuales como prácticos.

5.1.1. El concepto de derechos subjetivos sigue vinculado a las tradicionales teorías de la voluntad y del interés. Frente a tal realidad teórica es necesario abstraer más para definir el concepto de derechos subjetivos de forma que estos sean entendidos como posiciones normativas de un sujeto —individual o colectivo— para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a dicho sujeto.²⁵⁷

5.1.2. Respecto a los conceptos de derechos fundamentales y de derechos humanos, al igual que en relación con el concepto de derechos subjetivos, han corrido ríos de tinta en la literatura moderna y contemporánea, tanto jurídica, como ética y política, y aún queda mucho por clarificar. Un concepto defendible, por lo practicable y sencillo, es el que define los derechos fundamentales “como derechos subjetivos con alto grado de importancia”,²⁵⁸ grado que se observa indiscutiblemente en la inclusión de ciertas posiciones normativas en las constituciones nacionales bajo la forma explícita de derechos fundamentales.²⁵⁹

5.1.3. La no apropiación del discurso de los derechos por poblaciones excluidas y la ausencia de una debida difusión de las

²⁵⁶ Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, nota 1, pp. 47 y ss.

²⁵⁷ Arango, R., “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”..., *cit.*, nota 1, p. 298.

²⁵⁸ Arango, R., “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”..., *cit.*, nota 1, p. 31.

²⁵⁹ Lo anterior no significa, claro está, la imposibilidad de defender y obtener reconocimiento de derechos fundamentales innominados a partir del texto constitucional. El ejemplo del derecho fundamental innominado al mínimo vital necesario para la satisfacción de las necesidades básicas se encuentra en la jurisprudencia constitucional colombiana. Véase Arango, R. y Lemaitre, J., “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”..., *cit.*, pp. 7-74.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

posibilidades de estrategias combinadas y coordinadas, son impedimentos adicionales que atentan contra la efectiva realización de los derechos sociales. En el primer caso, el profesor Víctor Abramovich ha llamado la atención sobre la necesidad de diseñar estrategias jurídico-políticas para asegurar la satisfacción de los derechos sociales.²⁶⁰ Otros teóricos han subrayado además la existencia de un sistema de garantías de los derechos humanos, en particular de los derechos sociales que se caracteriza por sus múltiples niveles y sus mecanismos y procedimientos que aseguren su vigencia.²⁶¹

5.1.4. Una limitante conceptual adicional tiene relación con el abuso de la retórica de los derechos. Diferentes autores han advertido sobre los peligros que se ciernen sobre el disfrute real de los derechos como consecuencia de un uso exclusivamente simbólico o legitimador del discurso jurídico.²⁶²

5.2. Las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Es necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales,²⁶³ que debe ser reemplazada por

²⁶⁰ Abramovich, V., “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, en Zalaquett, J. (coord.), *Grupo de Reflexión Regional. Temas de derechos humanos en debate*, Santiago de Chile, 2004; Alegre, M., “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en Gargarella, Roberto (coord.), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid, Miño y Dávila Editores, 2005, pp. 59-78.

²⁶¹ Pisarello, G., “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías (...)*, op. cit., nota, pp. 123 y ss.; Courtis, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en Gargarella, R. et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006, pp. 169-184.

²⁶² Tushnet, M., “An Essay on Rights”, en *Texas Law Review*, vol. 62, núm. 4, pp. 1363-1403; García, M., “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Uprimny, R.; Rodríguez, C. y García, M. (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233, aquí pp. 221 y ss.

²⁶³ Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª reimp., México, 1990, p. 7.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

una teoría social de los derechos, construida a partir de la reflexión crítica del discurso de los derechos.²⁶⁴ A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC (también designados como Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) cuando incluyen los derechos ambientales).

5.3. A las barreras conceptuales e ideológicas se suman los obstáculos presupuestales, especialmente problemáticos en sociedades con altos niveles de pobreza y de desigualdad. Los problemas de acceso a instancias de decisión política impiden a la población ganar el reconocimiento de los derechos sociales en la arena política, como lo pretenden entre otros autores Ernst Wolfgang Böckenförde,²⁶⁵ Jürgen Habermas,²⁶⁶ Francisco Laporta²⁶⁷ o Fernando Atria,²⁶⁸ este último en el ámbito latinoamericano. En contextos de crasa desigualdad un activismo judicial a favor de los derechos sociales no solo es bienvenido sino aconsejable.²⁶⁹

²⁶⁴ Sen, A. K., “Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos”, en *Estudios de Filosofía y Derecho*, núm. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 11-42; Ari Mello, C. (coord.), “Os Desafios dos Direitos Sociais”, en *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, núm. 56, sep-dic, 2005.

²⁶⁵ Böckenförde, E. W., *op. cit.*, nota 10.

²⁶⁶ Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, p. 489; Habermas, J., *La inclusión del otro*, Barcelona, 1999, p. 197.

²⁶⁷ Laporta, F., *op. cit.*, nota 10.

²⁶⁸ Atria, F., “¿Existen los derechos sociales?”, en *Doxa. Discusiones: derechos sociales*, núm. 4 (2004), pp. 15-59.

²⁶⁹ Arango, R., “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, Oxford, 2003, pp. 141-154; Uprimny, R., “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Gargarella, R. et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?...*, cit., Aldershot, 2006, pp. 127-152; Gargarella, R., “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?” en Arango, R., *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007, pp. 377-408; Saffon, M. P., “Can Constitutional

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Esto porque el clientelismo, la apatía política de buena parte de la población descreída del proceso democrático y la dificultad de movilización popular por vía del derecho, están a la orden del día. Es necesario superar el escepticismo frente a la política tradicional que impide la participación en la política económica y en las decisiones distributivas a buena parte de la población. Por eso de la mano del reforzamiento de los mecanismos judiciales para proteger los derechos sociales es necesario avanzar en un proceso de aumento de la conciencia moral, de judicialización de los derechos y de activismo político para su efectiva realización.

Veamos, por último, algunas estrategias para enfrentar la problemática de los derechos sociales y modificar gradualmente el contexto político, económico, social y cultural necesario para su realización efectiva en Iberoamérica.

7.4. ESTRATEGIAS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Cualquier percepción de la realidad de nuestros países pasa por el conocimiento de experiencias particulares que pueden contribuir en la búsqueda de salidas a la situación de pobreza y de desigualdad. Un ejemplo que tengo a la mano y que deseo mencionar es el caso colombiano. El relativamente exitoso diseño institucional de los organismos y de los procedimientos constitucionales para la defensa de los derechos sociales a nivel nacional justifica ocuparnos de esta experiencia constitucional, no sin advertir que ella muestra aún enormes brechas entre ricos y pobres y alto grado de desigualdad e inequidad sociales. No obstante, en términos generales la jurisprudencia constitucional colombiana es progresista,²⁷⁰ pese al contexto de conflicto armado que vive hace más de cuarenta años el país. A continuación se exponen sintéticamente algunas estrategias para enfrentar la problemática

Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567.

²⁷⁰ Uprimny, R., *op. cit.*, nota 27; Saffón, M. P., *op. cit.*, nota 27.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

de la situación mundial y regional de los derechos sociales.²⁷¹ Tal reflexión es inspirada en el caso colombiano pero también toma en cuenta algunos casos de otros países latinoamericanos.

1. Las estrategias jurídicas versan básicamente con la determinación de cuáles son los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, cuál es el alcance de su contenido; quiénes son sus titulares y obligados; y cómo se establecen sus límites.

1.1. La definición de los derechos sociales en la Constitución colombiana de 1991 no fue clara. Al ser enlistados en un capítulo diferente al capítulo de los derechos fundamentales, se pensó en un primer momento que el constituyente colombiano había querido diferenciar entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, al reconocer a los primeros el carácter de derechos fundamentales mientras que a los segundos simplemente el carácter de derechos de desarrollo legal progresivo. No obstante, la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones en el año 1992, restó fuerza normativa al argumento a rúbrica como criterio para la determinación de los derechos fundamentales. La fundamentalidad de un derecho no depende, así la jurisprudencia constitucional, de cómo estén organizados los derechos constitucionales en el texto constitucional, esto es, cómo estén rubricados.

El debate sobre el carácter fundamental de los derechos sociales no es meramente teórico. De esta propiedad depende en Colombia la posibilidad de acudir a la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales violados o amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares en posición jerárquica de poder respecto del titular del derecho (art. 86 de la Constitución política). Por su parte, la Corte Constitucional aplicó en una primera etapa la tesis de la conexidad consistente en tutelar mediante decisiones de los jueces constitu-

²⁷¹ Sobre estrategias para realizar el estado social de derecho, en general, y los derechos sociales, en particular, véase Tomasevski, K., *Education denied. Costs and Remedies*, Londres, 2003; Abramovich, V., *op. cit.*, nota 18; Arango, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, 2004, pp. 59-94; Pérez, L. E.; Rodríguez C. y Uprimny, R., *op. cit.*, nota 1; Pérez L. E. et al. (eds.), *Seis ciudades, cuatro países, un derecho: análisis comparativo de políticas educativas*, Bogotá, 2007.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

cionales los derechos sociales cuando su no protección inmediata pudiera conllevar la vulneración de derechos fundamentales indiscutibles. Con posterioridad a esta doctrina, la Corte ha reconocido en sucesivas pronunciamientos con valor de precedente constitucional el carácter fundamental de derechos como los de mínimo vital, educación, salud y seguridad social.

1.2. El alcance de los derechos sociales ha sido establecido caso por caso en la jurisprudencia constitucional. Mediante la aplicación de los parámetros internacionales de interpretación de derechos humanos, en particular las observaciones generales expedidas por el Comité DESC de las Naciones Unidas, la Corte ha fijado el contenido de los DESC que los Estados nacionales deben garantizar a partir del criterio del máximo de los recursos disponibles, debiendo ser dicha protección progresiva, esto es, quedando prohibida la regresividad en la garantía de los mencionados derechos.²⁷² La Corte Constitucional, en su extensa jurisprudencia sobre derechos sociales ha dejado en claro que, de cualquier forma, el contenido mínimo de los derechos sociales debe ser asegurado por el Estado en cada caso concreto, y ello en virtud de la doctrina constitucional que reconoce carácter fundamental al derecho al mínimo vital como parte integrante de los derechos sociales.²⁷³

1.3. En relación con los derechos sociales, la Corte Constitucional diferencia entre titulares individuales y titulares colectivos. En el primer caso, los titulares pueden ser todas las personas —titularidad universal—, los nacionales y residentes en Colombia —titularidad general abierta—, los colombianos que hayan cumplido condiciones establecidas en la ley —titularidad general cerrada—, según se trate de derechos económicos, sociales o cul-

²⁷² Sobre el particular consultar el libro de Coutis, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.

²⁷³ La primera sentencia de la Corte Constitucional colombiana que reconoce el derecho innominado al mínimo vital, inspirada en la jurisprudencia alemana del *Existenzminimum*, es la T-426 de 1992, en la que se ampararon los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad personal, a obtener una pronta y oportuna respuesta a las peticiones, y al mínimo vital de un adulto mayor sin medios económicos a quien las autoridades públicas competentes no daban respuesta a una solicitud pensional.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

turales. En el caso de los derechos sociales de naturaleza colectiva, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado —máximo tribunal de la jurisdicción del Contencioso Administrativo— han reconocido titularidad de derechos sociales en cabeza de comunidades indígenas o grupos de personas organizados.²⁷⁴

1.4. Obligados de los derechos sociales en Colombia no son exclusivamente las autoridades públicas por su acción u omisión, sino igualmente los particulares respecto de los cuales el titular del derecho está en una relación de subordinación o de indefensión. Las autoridades públicas pasibles de acciones constitucionales por violación o amenaza de los derechos sociales cuando estos exhiben naturaleza de derechos fundamentales incluyen a la administración, al legislador y a los jueces, así como a las demás organismos o servidores públicos del Estado.

1.5. Principios fundamentales incluidos en los pactos y tratados internacionales de derechos humanos —PIDESC, Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.— establecen la obligación de los Estados que hacen parte del sistema mundial o regional de derechos humanos de garantizar la efectividad de los derechos sociales hasta el límite de los recursos disponibles. La jurisprudencia constitucional ha reconocido igualmente que el ámbito de protección de los derechos sociales debe ser tan amplio como lo determina el límite de lo posible fáctica y jurídicamente, sin que en ningún caso dejen de asegurarse el derecho fundamental al mínimo vital.²⁷⁵

2. Las estrategias políticas se relacionan fundamentalmente con las reformas de diseño institucional a favor de los derechos sociales y su mayor grado de realización;²⁷⁶ con el activismo de

²⁷⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-380 de 1993 reconoció el derecho fundamental colectivo en cabeza de la comunidad indígena a la vida como comunidad cultural y étnica. En ella la Corte ordenó cesar la explotación maderera que una empresa venía adelantando en territorios de la comunidad indígena.

²⁷⁵ Sobre la conexión entre derechos sociales y derecho al mínimo vital, véase Arango R. y Lemaitre, J., *op. cit.*, nota 17.

²⁷⁶ Pogge, T., “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Cortés, F. y Giusti, M. (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidades*, Bogotá, 2007, pp. 27-76.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

organizaciones sociales y la movilización ciudadana en el proceso político y en la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales;²⁷⁷ y con la protección multinivel utilizada para satisfacer este tipo de derechos.²⁷⁸

2.1. Para la teoría constitucional de sociedades donde los derechos sociales han tenido un desarrollo legislativo y un reconocimiento efectivo por parte de la administración pública, en particular los Estados sociales europeos, es difícilmente comprensible el apalancamiento y el activismo de la jurisdicción constitucional para la realización de los derechos sociales.²⁷⁹ A la falta de un contexto sociológico que explique el auge de los derechos sociales y su relevancia constitucional, los teóricos del viejo continente carecen de igual forma de experiencia en el diseño y funcionamiento de una jurisdicción constitucional que reconoce y protege esta clase de derechos sin por ello convertirse en colegislador o coadministrador y hacer saltar por los aires los fundamentos del Estado de derecho democrático.

2.1.1. El diseño institucional consistente en un control difuso de constitucionalidad —todos los jueces del país son jueces constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales—, unificado mediante los pronunciamientos de una Corte Constitucional encargada de la interpretación última de la Carta política en su calidad de órgano de cierre, ha mostrado sus bondades a la hora del reconocimiento de derechos sociales como en materia salarial, pensional, de salud, de vivienda o de asistencia pública. Desde sus inicios en 1992, la Corte Constitucional formuló la doctrina del mínimo vital con el fin de señalar el ámbito constitucional inaplazable y directamente exigible de los derechos prestacionales y distinguirlo del ámbito legal de desarrollo de los derechos sociales, cuya protección corresponde a los jueces ordinarios. Trazar esta línea entre el derecho constitucional y el derecho ordinario no ha sido tarea fácil, pero dieciocho

²⁷⁷ Habermas, J., *Facticidad y validez*, cit., nota 24; Abramovich, V., *op. cit.*, nota 18.

²⁷⁸ Pisarello, G., *op. cit.*, nota 19.

²⁷⁹ Lo afirmado es manifiesto en los escritos, entre otros, de F. Laporta, *op. cit.*, o de Böckenförde, E. W., *op. cit.*, ambos en nota 10.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

años de jurisprudencia muestran ya sus frutos en el campo. Es así como en una reciente sentencia la Corte Constitucional declaró contrario a los derechos fundamentales —civiles y sociales— de recicladores de basuras la licitación pública celebrada para la explotación del servicio público de aseo por firmas privadas. Ello porque la administración, al diseñar y ejecutar el plan de privatización de la prestación de dicho servicio público, no tuvo en cuenta el derecho constitucional fundamental de las personas que con su oficio digno se encargaban de la selección, clasificación y reventa de desechos. Ya en otra ocasión la misma Corte había encontrado contraria a los derechos fundamentales de las personas con alguna discapacidad el diseño y la ejecución de la política pública de servicio de transporte urbano *Transmilenio* en la ciudad de Bogotá porque no se contemplaron suficientemente las necesidades de las personas en situación de desventaja manifiesta.²⁸⁰

Una segunda exitosa decisión en el diseño de los mecanismos judiciales de protección de derechos fundamentales fue la adopción de una acción de tutela —de amparo en otros países— con alto grado de informalidad y generalidad para garantizar el acceso efectivo de todos los habitantes a la jurisdicción constitucional.²⁸¹ Al no restringirse la acción de tutela a la defensa de derechos fundamentales de libertad sino admitir conceptualmente la protección de derechos de igualdad y de prestación, la jurisdicción constitucional ha podido desarrollar caso a caso la exigibilidad de los derechos sociales e impedir la sustitución integral de la justicia ordinaria por los jueces constitucionales. En este proceso la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del PIDESC ha sido constante, en particular bajo la doctrina del bloque de constitucionalidad.

2.1.2. Una tercera decisión que merece especial mención es la sentencia T-760 de 2008 con la cual la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales a la salud de multiplicidad de usuarios del servicio de salud quienes eran víctimas de las accio-

²⁸⁰ Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-595 de 2002.

²⁸¹ Constitución Política de Colombia, artículo 86, desarrollado legalmente por el decreto 2591 de 1991.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

nes y omisiones, tanto de operadores privados de la prestación del servicio de salud como de los agentes estatales encargados de la vigilancia y control de dicha actividad. En esa ocasión el Alto Tribunal llevó acabo un minucioso examen del funcionamiento del servicio ante las reiterada queja de los usuarios de la salud, estableció los casos de violación de sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal y ordenó una extensa serie de medidas para superar el ECI generado por el alto incumplimiento de los mandatos constitucionales y legales.²⁸²

2.1.3. Un examen general de la jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales en Colombia muestra un claro uso de las acciones constitucionales de control normativo abstracto —acción de inconstitucionalidad— y de control concreto de constitucionalidad —acción de tutela— para impedir retrocesos en la realización de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular. Tal uso lo he denominado “estrategia de resistencia constitucional”.²⁸³ La resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma Constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales. Las sentencias de constitucionalidad que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo;²⁸⁴ la sentencia que declaró la inconstitucional de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre;²⁸⁵ la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada²⁸⁶ o la que asegu-

²⁸² Un calificado comentario a esta sentencia se encuentra en Yamin, A. E. y Parra, O., “How do Courts set Health Policy? The case of the Colombian Constitutional Court”, en *PLoS Med* 6(2): e1000032.doi:10.1371/journal.pmed.1000032

²⁸³ Arango, R., *op. cit.*, nota 29, pp. 71-78; Saffon, M. P., *op. cit.*, nota 27.

²⁸⁴ Corte Constitucional colombiana, sentencias C-700 de 1999 y C-747 de 1999.

²⁸⁵ *Ibidem*, sentencia C-776 de 2003.

²⁸⁶ *Ibidem*, sentencia T-025 de 2004.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

ró el derecho al mínimo vital de los recicladores²⁸⁷ son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático.

2.2. Destacados teóricos han puesto de presente y desarrollado lo que llaman una protección de múltiples niveles de los derechos humanos y fundamentales, en particular los derechos sociales.²⁸⁸ La idea que se esconde detrás de esta garantía plural, coordinada y escalonada es diseñar estrategias para optimizar la protección jurídica y política de estos derechos. El uso de todos los mecanismos de protección de derechos sociales a nivel nacional, regional y universal exige un conocimiento detallado no solo del Derecho Internacional de Derechos Humanos —incluidas las directivas, observaciones y recomendaciones de los organismos encargados—, del derecho constitucional comparado, en particular la jurisprudencia constitucional, así como del contexto de la realidad nacional, regional y mundial

2.2.1. La integración de los tres niveles de protección —nacional, regional y universal— permite un enriquecimiento mutuo mediante los progresos en alguno de los niveles, una creciente convergencia de los mecanismos de garantía y una expansión de las posibilidades de acción de los actores sociales y de los titulares de derechos.²⁸⁹ Experiencias vividas por grupos defensores

²⁸⁷ *Ibidem*, sentencia T-291 de 2009.

²⁸⁸ Véase *supra* nota 19.

²⁸⁹ Sobre el particular es importante mencionar el libro de Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?...*, cit. En la misma dirección pero en sentido más práctico: International Commission of Jurists, “Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability”, en *Human Rights and the Rule of Law Series*, núm. 2, Génova, 2008. Una guía práctica para la defensa judicial de los derechos sociales en el sistema interamericano se encuentra en Melish, T., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven-Quito, 2003. Otros manuales de gran valor para la defensa de derechos humanos en general y de derechos humanos sociales, en particular, pueden consultarse en Sepúlveda, M. *et al.*, *Universal*

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

de derechos humanos con el litigio estratégico,²⁹⁰ así como con la internacionalización de los estándares de derechos humanos y fundamentales,²⁹¹ muestran cómo la integración de los múltiples niveles de garantía de los derechos sociales no solo es posible sino deseable.

2.2.2. Para el anterior desarrollo es de fundamental importancia la creación de una doctrina iberoamericana en derechos sociales. En este punto no cabe sino saludar con gran beneplácito la iniciativa adoptada por el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y de Derecho Comparado, bajo la dirección de los profesores, doctores Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum, apoyados entre otros por la investigadora Mariela Morales Antoniazzi, encargada del área iberoamericana.

3. Un peligro latente que se esconde tras el discurso de los derechos sociales consiste en la desmovilización social por vía del neopopulismo latino. Las experiencias del Peronismo y del Fujimorismo no están lejanas. El continente sufrió bajo la “democracia mediática” instaurada autoritariamente por los presidentes Chávez y Uribe. Mandatarios que se aferran al poder pretenden institucionalizar prácticas de clientelismo y de entrega de recursos estatales a personas y a poblaciones, según el arbitrio del presidente en turno. Claramente tales prácticas desvirtúan los principios de Estado social de derecho, de dignidad humana y de igualdad. Por otra parte, los avances de la doctrina del libre mercado sin restricciones —neoliberalismo— y el desmonte del Estado social de derecho ante las presiones de la competencia económica, han contribuido negativamente al retroceso de los derechos sociales,²⁹² como positivamente al crecimiento de los movimientos sociales que propugnan por la efectiva realización de los derechos sociales de todos.

and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries, Costa Rica, 2004.

²⁹⁰ Una organización no gubernamental que ha promovido el litigio estratégico en materia de derechos sociales es CEJIL. Para consultas visitar la página su web <http://www.cejil.org>

²⁹¹ Sepúlveda, M. et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.

²⁹² Cárdenas, M. E., *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2004.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

La movilización social emplea diferentes estrategias para alcanzar su objeto. Por ejemplo, en Colombia se adelanta por iniciativa de un numeroso grupo de ciudadanos un proyecto de referendo para preguntarle al pueblo si está de acuerdo en que el acceso al agua potable debe ser reconocido como derecho fundamental y un contenido mínimo vital de agua debe ser asegurado constitucionalmente en forma gratuita a toda persona, impidiendo su comercialización. En el país, grupos de ciudadanos también se han organizado para iniciar una campaña nacional contra el hambre, un movimiento nacional de la salud y una asociación nacional de deudores del sector financiero. Estas iniciativas recientes contrastan con una larga tradición de lucha de sectores oprimidos y discriminados de la sociedad representados en organizaciones sociales para la defensa de los derechos laborales y de los derechos indígenas, de la población afroamericana y de la población LGTB —lesbianas, gay, transexuales y bisexuales—.

4. Finalmente estrategias económicas y culturales que favorezcan una mayor y mejor (re)distribución económica se topan en la práctica con factores adversos, entre ellos una situación prolongada de violencia; la existencia de intereses reales y poderes *de facto* en la sociedad renuentes al cambio social; una incipiente industrialización del país, con una economía extractiva de recursos naturales —renovables y no renovables— y empleos poco intensivos en mano de obra; un bajo nivel educativo de la población; deserción escolar y universitaria o deficiente calidad de la educación. Particularmente grave resulta la creciente dependencia frente a países extranjeros —como Estados Unidos que apoya la lucha contra las drogas pero a la vez la lucha contra-guerrillera—.

La realidad de pobreza y desigualdad no es muy diferente para la mayoría de los países hermanos. Se hace cada día más importante la integración de los países latinoamericanos con miras a alcanzar el objetivo común de crecimiento económico con equidad. El derecho público, y no solo el privado, tiene en este propósito gran peso. El hecho de compartir casi en su totalidad una sola lengua, el castellano, constituye una apreciable ventaja frente a la Comunidad Europea.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Prioritarios para los próximos años son el diseño y la ejecución de políticas públicas para enfrentar las problemáticas que impiden la realización de los derechos sociales. Estudios de expertos como “El conflicto, callejón con salida”,²⁹³ o como “Colombia: Diálogo pendiente. Documentos de política pública para la paz”,²⁹⁴ suministran numerosos elementos para tal fin. En especial, la perspectiva del desarrollo humano planteada con la participación de todos los actores sociales destinatarios de las políticas públicas, así como una visión de los problemas sociales a la vez históricamente fundada e imaginativa y científicamente estructurada para encontrar soluciones a los múltiples problemas que impiden la realización plena de todos los derechos humanos, permiten guardar esperanzas de un futuro mejor. Una buena muestra de que la inteligencia con algo de voluntad política permite enfrentar viejos y complejos problemas sociales es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia²⁹⁵ en la que se adopta una amplia serie de medidas para tutelar a los millones de habitantes desplazados forzosamente como consecuencia de la acción de los grupos armados ilegales. En la mencionada decisión judicial, así como en los autos de cumplimiento de la sentencia, se diseña, ordena y vigila la política pública de desplazamiento interno, se involucra a la sociedad civil en el monitoreo y control de su ejecución, se protege en forma prioritaria a las personas o a los grupos especialmente desfavorecidos y se emplean criterios de cumplimiento sensibles a las diferencias de género, edad, cultura, identidad étnica y demás diferencias constitucionalmente relevantes.²⁹⁶

²⁹³ Informe Nacional de Desarrollo Humano-2003, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá, 2003.

²⁹⁴ *Ibidem*, nota 8.

²⁹⁵ Sentencia T-025 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹⁶ Para una evaluación académica del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, véase entre otros los artículos de J. Cepeda, “The Constitutional Protection of Internal Displaced Persons” y Reales, C. E., “Design and Implementation of the Orders Imparted in Decision T-025 of 2004: An Assessment of the Process”, ambos artículos en Arango, R. (ed.), *Internal Displacement in Colombia*, Brookings Institute, e.p.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión...

7.5. CONCLUSIONES

La globalización económica, el aumento de la desigualdad y la pobreza en el mundo arrojan sombras y dudas sobre las posibilidades de una realización integral de los derechos humanos y fundamentales. La actual crisis económica, sobre la cual aún se desconocen sus causas y sus efectos, presenta problemas adicionales para la satisfacción de los derechos sociales entendidos como verdaderos derechos fundamentales.

La situación de los países latinoamericanos en materia de realización de los derechos sociales presenta un panorama aún más oscuro que en los países desarrollados. La dependencia económica, el incipiente nivel de industrialización de los países del sur, las desigualdades en el poder de negociación comercial frente a potencias extranjeras y los devastadores efectos sobre la población más pobre de las políticas económicas neoliberales acrecientan el desafío para los derechos sociales.

No obstante todo lo anterior, también existen avances importantes en diversos niveles, sea político, jurídico o social, que permiten señalar posibles sendas para resolver las diferentes problemáticas que se ciernen sobre los derechos sociales. El voto de confianza hacia el derecho constitucional —comparado—, la doctrina y la jurisprudencia de los organismos y tribunales nacionales e internacionales, así como el aumento de la sensibilidad en la doctrina jurídica sobre la pobreza, la exclusión y la inequidad, permiten vislumbrar nuevos campos de investigación, con importantes aplicaciones en el diseño, en la ejecución y en el control de las políticas públicas de derechos sociales.

La principal conclusión de este corto estudio puede formularse con ayuda de una comparación: mientras que la historia es fuente de conocimiento y de acción para el político, el derecho, internacional y constitucional comparado, de los derechos fundamentales es fuente de conocimiento y de acción para estadistas y reformadores que buscan por medio del derecho construir las condiciones que permitan la aclimatación y la permanencia de la paz, así como una vida digna y plena en oportunidades para todos.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Las perspectivas de futuro para los derechos sociales, y con ellos para millones de personas excluidas y condenadas a vivir con miedo por no poder salir de la trampa de la pobreza, dependen de un uso óptimo e inteligente de diversas estrategias, tanto políticas, sociales, jurídicas y económicas, con miras a realizar efectivamente los derechos humanos en contextos desventajosos por ausencia del diseño institucional adecuado, por la falta de voluntad política y por la carencia de un trabajo intelectual constante e imaginativo para resolver los problemas sociales²⁹⁷ que aquejan el abigarrado y complejo mundo actual.

²⁹⁷ En este contexto es imprescindible recordar la concepción de democracia de John Dewey. Para el filósofo estadounidense la democracia es la condición previa para la aplicación plena de la inteligencia a la solución de los problemas sociales. Véase Putnam, Hilary, *Cómo renovar la filosofía*, Madrid, 1994, p. 247.