

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. EL CASO DE COLOMBIA *

The enforcement of social rights. The case of Colombia

Ramón Ruiz Ruiz y Clara Viviana Plazas Gómez **

RESUMEN: Los derechos económicos, sociales y culturales no son considerados “verdaderos” derechos por ciertos sectores doctrinales por considerar, principalmente, que no son directamente justiciables y que su implementación resulta demasiado cara como para ser efectivos en muchos Estados. En este trabajo se defenderá, sin embargo, que estos argumentos no son válidos y que, por tanto, los derechos sociales han de ser tan exigibles como los civiles o los políticos. Se hará referencia, asimismo, a la situación de estos derechos en Colombia y a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional de este país al respecto.

ABSTRACT: *The economic, social and cultural rights are not considered "real" rights by some scholars who think, firstly, that they are not directly enforceable, and that their implementation is too expensive to be effective in many countries. In this paper we defend, however, that these arguments are not valid and that, therefore, social rights are as enforceable as civil or political ones. We will also approach to the human rights situation in Colombia and the jurisprudence of the Constitutional Court of this country about it.*

PALABRAS CLAVE: Pobreza, derechos sociales, exigibilidad de los derechos, jurisprudencia constitucional, Corte Constitucional colombiana.

KEY WORDS: *Poverty, social rights, enforceability of rights, constitutional case law, Constitutional Court of Colombia.*

Fecha de recepción: 18-03-2011

Fecha de aceptación: 24-6-2011

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales establecen a favor de sus titulares una prestación a cargo de los poderes públicos –normalmente, si bien, en ocasiones, puede estar a cargo de otros particulares– que encuentra su justificación en la convicción de que resuelven una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de los beneficiarios de los mismos¹.

Ahora bien, ¿puede afirmarse que los derechos sociales son “verdaderos” derechos? ¿que se conforman a la idea general de los derechos humanos? A nuestro juicio, no hay duda de ello, toda vez

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (HURI-AGE).

** Universidad de Jaén (España) y Universidad del Rosario (Colombia).

¹ Vid. Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 58.

que estos derechos, al igual que los demás: 1. proporcionan protección para muy importantes necesidades e intereses humanos; 2. son normas que conceden a sus titulares potestades e inmunidades; 3. atribuyen obligaciones y deberes a terceros; 4. y, en fin, deben ser implementados mediante la legislación y los fallos judiciales².

Compartimos, por tanto, la tesis del profesor Peces-Barba³ para quien no hay duda de que los derechos sociales deben ser considerados plenamente derechos humanos porque cumplen el mismo rol en la ética pública, a saber, ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el máximo nivel de humanización posible en cada momento histórico; esto es, son medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran nuestra dignidad, que es, al fin y al cabo, lo que identifica el concepto de derechos humanos y sirve de justificación o fundamento a su existencia. Cada grupo o generación de derechos cumple esta tarea de forma acorde con sus características y no existe razón para excluir del concepto de derechos a ninguna categoría de ellos, si se sitúan en el objetivo último y común a todos.

No obstante, parte de la doctrina considera que los derechos sociales son unos derechos “inferiores” a los individuales, civiles y políticos. Se trata de una desafortunada –pero extendida– opinión que se funda en condicionantes ideológicos⁴ y que, si bien data de mucho antes, se consolidó –a juicio del profesor Hierro⁵– a partir de los pactos sobre derechos humanos de 1966, que vinieron a consagrar la división histórica de los derechos humanos en dos grandes categorías –haciéndose eco del contexto ideológico de la guerra fría–: la de los derechos civiles y políticos y la de los derechos económicos, sociales y culturales.

Para el pensamiento liberal, la primera categoría incluía a los derechos auténticos, a los que cabía entender como derechos universales o de todos los seres humanos, frente a los derechos sociales que serían derechos específicos de los trabajadores; como derechos absolutos o contra todos, frente a los derechos sociales que serían derechos relativos o frente a un obligado determinado (el

² Vid. Nickel, James W.: “Poverty and rights”, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 55, nº 220, 2005, pág. 395.

³ Vid. Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pág. 61.

⁴ Vid. Asís, Rafael de: “Sobre la interpretación de los derechos sociales”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.): *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 73.

⁵ Vid. Hierro, Liborio L.: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Doxa*, nº 30, 2007, pág. 250.

Estado, el empresario, etc.); como derechos definitivos en cuanto su mero enunciado define su contenido, frente a los derechos sociales, cuyo contenido moral no quedaría establecido por su mero enunciado sino que requeriría una cierta forma institucional; como derechos inmediatamente eficaces contra el Estado, frente a los derechos sociales, cuya eficacia dependería de la instrumentación de medios costosos por el propio Estado; y consecuentemente con todo ello, como derechos justiciables, frente a la falta de justiciabilidad característica de los derechos sociales, que sólo la alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.

Puede resultar sorprendente que una distinción surgida y consolidada por factores históricos tan contingentes penetrase tan profundamente como lo ha hecho en la Teoría de los Derechos contemporánea, pero no cabe duda –lamenta el citado profesor Hierro⁶– de que lo ha hecho. Y lo cierto es que, hoy, para un gran número de autores, los derechos sociales parecen no ser más que meras aspiraciones políticas, toda vez que, por un lado, carecerían de ciertos rasgos esenciales de los “auténticos” derechos, tales como su imperfecta protección o la falta de un obligado claro y, por otro, dado lo complejo y lo caro de su efectiva implementación, no podrían llegar a convertirse en verdaderos derechos universales. Veamos algunas de estas objeciones.

2. LAS SUPUESTAS DEFICIENCIAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

2.1. Los derechos sociales no son directamente justiciables.

Suele sostenerse que los derechos individuales, civiles y políticos son directamente justiciables mientras que los derechos sociales no lo son, toda vez que, por un lado, las normas que estipulan las obligaciones estatales en materia de derechos sociales son por lo general demasiado vagas y, por otro, es innegable que la satisfacción de muchos de estos derechos no puede obtenerse de forma directa mediante una decisión judicial, sin una previa actividad legislativa y sin contar para su realización con una determinada estructura y organización en el campo económico y social. Estaríamos, por tanto, ante la manida falacia de las dificultades de protección judicial de los derechos sociales frente a la supuesta facilidad en la protección judicial de los derechos individuales –falacia que, aún si fuera cierta, no restaría nada de fuerza al argumento moral que exige que tales derechos sean satisfechos–.

⁶ Vid. Hierro, Liborio L.: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, cit., pág. 250.

En relación con el primer punto En realidad se trata de una dificultad de la que no están exentos los demás derechos constitucionales y que obliga a concebir la certeza jurídica, antes que como punto de partida, como producto y punto llegada⁷. Y respecto a la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales que suele darse por evidente, parece insinuarse que el juez no ha requerido la intervención del legislador para proteger los derechos individuales. Pero lo cierto es que es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor, por ejemplo, sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, por tanto, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada —principalmente mediante su generalización formal y su sistematización— en el período de las revoluciones burguesas, mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose⁸.

2.2. No está claro quiénes son los obligados por los derechos sociales

Se objeta con frecuencia, por otra parte, que no es posible identificar a los obligados por los derechos económicos, sociales y culturales, esto es, a los encargados de cumplir la pretensión que ellos imponen, lo que los diferenciaría de los derechos civiles y políticos. No es esta, sin embargo, la opinión del profesor Peces-Barba⁹, a cuyo juicio, si los analizamos desde el tipo de reacción jurídica que suponen, debemos considerarlos, sin duda, como derechos subjetivos, puesto que frente al titular del derecho –sujeto activo–, existe un sujeto obligado, concreto e identificado a priori por ese derecho –sujeto pasivo, que suelen ser los poderes públicos–. Así, por ejemplo, si consideramos el caso del derecho a la educación,

⁷ Vid. Pisarello, Gerardo: "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía*, nº 15, 2001, pág. 99.

⁸ Hierro, Liborio L.: "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", cit., pág. 260.

⁹ Vid. Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pág. 61.

el deber de satisfacerlo corresponde a la administración educativa competente.

Coincide en tal afirmación, entre otros muchos, James Nickel¹⁰ quien, no obstante, si bien considera que los gobiernos son los primeros obligados de los derechos humanos de sus residentes, con deberes tanto para respetar como para defender los derechos de estos, añade que no debemos olvidar que los particulares también tienen responsabilidades tanto negativas para respetar los derechos humanos de los demás individuos como positivas, en tanto votantes y ciudadanos, para promover los derechos humanos en su propia comunidad.

Sin embargo, los críticos, sobre todo desde posturas neoliberales, objetan que los derechos sociales imponen obligaciones a personas que no las aceptaron previamente y que, por tanto, no dependen de acciones voluntarias. Así, por ejemplo, Kelley arremete contra la idea de los derechos sociales con las siguientes palabras: "Tengo la obligación de no matar o robar a otras personas, incluyendo a aquellas que no conozco y nunca conoceré. Sin embargo, ningún defensor de los derechos de bienestar puede pensar seriamente que una persona pobre tiene el derecho de aparecer frente a mi puerta y exigir comida, habitación o cualquier otro bien. La obligación de proporcionar estos bienes no recae en un individuo en especial sino de manera indiferente en todos los miembros de la sociedad (...) Como los derechos de bienestar se implementan a través de programas gubernamentales, por ejemplo, la obligación de implementarlos se distribuye entre los contribuyentes"¹¹.

David Kelley, por tanto, al igual que otros muchos neoliberales, piensa que los derechos sociales (o "de bienestar" como él los denomina) no tienen validez, que no existen argumentos para defenderlos. Los derechos como la educación, la salud, o la vivienda se han implementado obligando a ciertos grupos de una comunidad a pagar impuestos, de modo que el Estado ha propiciado que la caridad sea obligatoria y que, por lo tanto, desaparezcan los actos de benevolencia que tienen por objeto la ayuda de las personas que se encuentran en una situación de pobreza extrema. Sin embargo, a juicio de estos autores, el único mecanismo que existe para promover el bienestar de una comunidad es el mercado¹².

Sin embargo, son muchos también quienes responden a estas críticas con sólidos argumentos. Así, por ejemplo, Carlos Santiago

¹⁰ Vid. Nickel, James W.: "Poverty and rights", cit., pág. 396.

¹¹ Kelley, D.: *A life of One's Own*, Cato Institute, Washington, 1998, pág. 24.

¹² Vid. Dieterlen, Paulette: *La pobreza: un estudio filosófico*, F.C.E., México, 2003, págs. 98 y 99.

Nino¹³ sostiene, por un lado, que nada está más alejado de la verdad que la afirmación de que el mercado genera mecanismos redistributivos justos, puesto que el mercado está basado en la estructura de la propiedad que se establece por leyes estatales promulgadas y aplicadas deliberadamente, las cuales convalidan ciertos actos de posesión y de transferencia de bienes que podrían no ser reconocidos; pero es que, además, estas leyes atribuyen ciertos derechos y obligaciones –que tienen diferentes alcances– y establecen sanciones penales contra quienes interfieren con ellos que son aplicadas por tribunales y cuerpos policiales que son sostenidos, precisamente, mediante ingresos derivados de los deberes de los contribuyentes¹⁴.

2.3. Los derechos sociales son demasiado caros para devenir derechos universales

Y una tercera falacia muy extendida es que los derechos civiles y políticos son derechos de autonomía, en tanto que los derechos sociales son derechos de prestación, por lo que para garantizar los primeros será suficiente prohibir que terceros, incluido el Estado mismo, interfieran con el derecho del titular para decidir lo que más le convenga, en tanto que para garantizar los segundos es necesario, no solamente la abstención de comportamientos que puedan limitar su ejercicio, sino que se precisa la acción positiva por parte de alguien (el Estado en muchas ocasiones).

Pero la realidad no es tan simple como a veces se nos quiere hacer creer. Así, apunta el profesor Ansuátegui¹⁵ que, por ejemplo, la efectividad del derecho a la vida no solo exige la ausencia de agresiones, sino que –como ya ha quedado apuntado– requiere también la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tienen que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad; o los derechos de participación implican una estructura institucional muy

¹³ Vid. Nino, Carlos S.: "Sobre los derechos sociales", en Carbonell, M., Cruz Parceró, J.A., y Vázquez, R. (comps): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pág.138.

¹⁴ Por tanto, podríamos concluir que, frente a lo que se suele afirmar desde sectores neoliberales, los derechos sociales, en realidad, son menos exigentes para el ciudadano que los derechos civiles, en tanto que mientras estos le exigen un determinado comportamiento –una abstención, por lo general– además de una contribución económica a través de los impuestos para hacer frente a los costos del entramado institucional, judicial, etc. que se requiere para su protección, los derechos sociales sólo le demandan esta segunda prestación económica, pero no una prestación personal, ni les convierte en obligados directos de su respeto o cumplimiento.

¹⁵ Vid. Ansuátegui Roig, F. J.: "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, cit., págs. 57 a 59.

relevante, que se pone en marcha cada vez que se convocan elecciones. Podría sostenerse, en definitiva, que todos los derechos son derechos de prestación, desde el momento que todos, por un lado, exigen el reconocimiento en forma de constitucionalización y desarrollo legislativo por parte de los poderes públicos y, por otro, implican obligaciones dirigidas a los poderes públicos, tales como la obligación de respeto, de promoción o de protección, por lo que, en una u otra medida, exigen respuestas afirmativas y no meramente negativas por parte del gobierno.

Y, precisamente por ello, no tiene sentido continuar afirmando que hay derechos baratos, que serían los derechos de autonomía o las libertades negativas que exigirían abstenciones que no implican ninguna decisión económica o presupuestaria, y derechos caros, los derechos sociales, entendidos como derechos o libertades positivas que, desde el momento en que presentan una dimensión prestacional no solo implican decisiones de trascendencia económica, sino que además, y precisamente por lo anterior, están sometidos a lo que se ha denominado la "reserva de lo posible", entendida como "dimensión lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros"¹⁶.

Porque, como ya hemos tenido ocasión de ver, lo cierto es que todos los derechos son caros, pues tomárselos en serio exige un entramado institucional y organizativo sin el cual los derechos quedan en proclamaciones retóricas. Ciertamente, ningún liberal ha suscrito nunca que hay derechos o libertades que se satisfacen con la mera abstención del Estado; los liberales, desde Locke hasta los contemporáneos, incluyendo a los más radicales como Hayek y Nozick, han sostenido sin empacho alguno que el Estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia¹⁷. Obvio es decir que todos ellos son caros y, con toda probabilidad, muy caros. Que el sistema educativo público o el sistema sanitario público sea más costoso que el sistema policial o el sistema electoral, aparte de ser empíricamente discutible, sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica entre el derecho a la educación o el

¹⁶ Rentería Díaz, Adrián: "Derechos humanos. Justificación y garantías", en *Isonomía*, nº 28, 2008, p.106.

¹⁷ Además de que, como señala Nickel, salvo algunas excepciones como la sanidad y la educación, las prestaciones a que dan derecho los derechos sociales, por lo general, no hay que proporcionárselas a toda la ciudadanía, sino sólo a una pequeña parte de la misma (vid. Nickel, James W.: "Poverty and rights", cit., pág. 398).

derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro¹⁸. Así lo cree también profesor Ansuátegui quien sentencia que “la distinción entre derechos baratos y derechos caros se instrumentaliza política e interesadamente desde aquellas posiciones más proclives a primar aquellos sobre estos”¹⁹.

3. LOS DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA

3.1. Las políticas sociales en Latinoamérica

Si bien el gasto público siempre ha sido muy bajo en América Latina para estándares desarrollados, especialmente en lo que respecta a las políticas sociales, y las regulaciones siempre han sido muy laxas –excepto en Costa Rica y en los algo más avanzados países del Cono Sur–, por lo que la gran mayoría de la población ha permanecido desprotegida y su acceso a los servicios básicos ha sido siempre muy limitado²⁰, en las dos últimas décadas del siglo XX – como nos explican Draibe y Riesco²¹–, la situación empeoró aun más como consecuencia de la adopción en la gran mayoría de los estados de la región de lo que más tarde se denominaría el Consenso de Washington, que se tradujo en un severo desmantelamiento de las instituciones del Estado, especialmente de las concernientes a la política social, a medida que un frenesí de privatizaciones y rebajas arancelarias pareció apoderarse de las élites latinoamericanas.

Tales medidas, como era previsible, beneficiaron considerablemente a unos pocos, sobre todo, a las multinacionales extranjeras, pero también el capital local, en la medida en que se quedó con las empresas privatizadas a precio de liquidación. Sin embargo, como también era de esperar, tal desmantelamiento de las políticas sociales públicas afectó especialmente a los sectores medios, que quedaron desprotegidos en buena medida, al tiempo que sus empleos se tornaban más precarios y su vida en general más insegura. Mientras tanto, un reducido gasto público social se focalizaba en los extremadamente pobres, aliviando un poco su atroz condición o, al menos, impidiendo que se deteriorase aún más.

¹⁸ Vid. Hierro, Liborio L.: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, cit., pág. 258.

¹⁹ Ansuátegui Roig, F. J.: “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, cit., págs. 61 a 62.

²⁰ Vid. Barrientos, Armando, Gideon, Jasmine y Molyneux, Maxine: “New developments in Latin America’s Social Policy”, en *Development and change*, n° 39, 2008, pág. 760.

²¹ Vid. Draibe, Sonia M. y Riesco, Manuel: *El Estado de Bienestar en América Latina. Una nueva estrategia de desarrollo*, Documento de Trabajo n° 31, Fundación Carolina, Madrid, 2009, págs. 5 a 10.

No obstante, con la llegada del nuevo siglo se produjo un nuevo giro que se apartaba del neoliberalismo²² y una nueva estrategia de desarrollo empezó a emerger, con lo que la política social tomaba nuevamente el centro del escenario. Ahora bien, el eje de las nuevas estrategias de lucha contra la pobreza en América Latina se basa esencialmente en los llamados “Programas de Transferencias Condicionadas”, como es el caso del programa “Familias en Acción” de Colombia. Estos programas son del tipo *cash benefits*, es decir, consisten en auxilios monetarios asistenciales, sin contrapartida contributiva, y operan con condicionantes, esto es, la entrega del beneficio tiene como contrapartida el cumplimiento por parte de los miembros de la familia beneficiaria²³ de ciertos requisitos en las áreas de la educación (matrícula y asistencia mínima a las clases), sanidad (asistencia regular a los servicios de salud) y, en ciertos casos, capacitación y búsqueda de trabajo. Este diseño responde al doble objetivo de estos programas: el alivio inmediato de la pobreza (objetivo a corto plazo) y la reducción de la pobreza futura, a través del aumento del capital humano de los miembros más jóvenes de las familias, que ha de ser logrado mediante inversiones en nutrición, sanidad y educación (objetivo a largo plazo).

Los Programas de Transferencias Condicionadas han registrado resultados bastante heterogéneos y contradictorios, razón por la cual este tema es altamente controvertido y objeto de un continuo debate entre defensores y críticos de los mismos. Por un lado, los programas cuentan con numerosos apoyos por parte de los beneficiarios y de buena parte de la opinión pública, además de presentar innegables ventajas operativas y bajos costos, y se muestran positivos en términos de mejora del consumo actual de las familias y de acceso a los servicios sociales fijados en los requisitos. Pero por otro, tienden a ser poco concluyentes respecto de sus principales objetivos, esto es, la efectiva reducción de la pobreza y el aumento del capital humano de las generaciones jóvenes y lo cierto es que no se vislumbran resquicios que permitan a las familias salir de forma sostenida de la situación de dependencia. Y además, hay que considerar, precisamente por esto último, que se trata de programas muy porosos a la manipulación clientelista y, de hecho, en muchos casos

²² El pensamiento neoliberal es fuerte aún y dominante en la academia y entre los cuadros de gobierno y mantiene inexpugnables hasta el momento sus bastiones en los ministerios de finanzas y en los bancos centrales. Sin embargo, aparece claramente a la defensiva y ni siquiera los partidos de derecha hacen campaña con sus consignas (vid. Draibe, Sonia M. y Riesco, Manuel: *El Estado de Bienestar en América Latina. Una nueva estrategia de desarrollo*, Documento de Trabajo n° 31, Fundación Carolina, Madrid, 2009, pág. 5).

²³ Pues, en efecto, el programa tiene por foco la familia y no cada uno de sus miembros individualmente, y la entrega del beneficio se hace preferentemente a la mujer.

operan como notables máquinas de ganar elecciones²⁴. No obstante, a pesar de sus modestos resultados, estos programas parecen estar siendo consolidados como pilar de las estrategias nacionales de enfrentamiento de la pobreza en la región.

3.2. Panorama de la pobreza en Colombia

Colombia es –o, al menos, eso dice su Constitución– un Estado Social de Derecho y su estructura política tiene como objetivo combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Para tales efectos, se exige el esfuerzo encaminado hacia la construcción de las condiciones indispensables para garantizar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance, asegurándoles, como mínimo, la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los medios dinerarios imprescindibles para desenvolverse en la sociedad. Sin embargo, pese al noble y altruista marco constitucional bajo el cual se cimentó el Estado colombiano, la realidad bajo la cual viven y se desarrollan un buen número de colombianos es otra²⁵. Ciertamente, la realidad cotidiana es una clara muestra del fracaso de las políticas sociales de los últimos años que no han podido detener la crisis social.

Así, en la última década, la pobreza ganó un espacio considerable, hasta llegar a considerarse como uno de los fenómenos más aberrantes y aterradores del siglo XXI. Concretamente, en el mes de agosto de 2009, el informe de la Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad, presentado por el Departamento Nacional de Estadísticas y del Departamento Nacional de Planeación reveló las nada alentadoras cifras de pobreza en Colombia, que arrojaron los niveles más altos de América Latina. El índice de pobreza en 2008 era del 46%, el equivalente a 19.850.238 de los habitantes del territorio nacional, lo que conlleva a denunciar que cerca de la mitad de la población en Colombia es pobre²⁶, además de que una sexta parte de la población es indigente (el

²⁴ Vid. Barrientos, Armando, Gideon, Jasmine y Molyneux, Maxine: "New developments in Latin America's Social Policy", cit., pág. 763.

²⁵ Vid. Londoño, Beatriz (y otros): Grupo de Investigación "Carlos Holguín Holguín", "La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano", Serie de Documentos, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, No.35, Bogotá, abril de 2004, pág. 17.

²⁶ La población total del territorio colombiano en 2008 era de 43.196.721 de habitantes, según el Informe presentado por la MESEP.

17.8%, el equivalente a 7.693.238 de los habitantes del territorio nacional)²⁷.

Es cierto, no obstante, que el informe correspondiente al año 2010, reveló que las cifras de pobreza pasaron del 46% en el año 2008 al 45% en el año 2009, y las de indigencia del 17.6% al 16.4%²⁸, por lo que las autoridades colombianas expresaron su satisfacción por los resultados obtenidos en el Informe, al considerar que se evidenciaba la reducción de la pobreza en Colombia, lo cual demostraba que los esfuerzos realizados obtuvieron sus frutos. Sin embargo, prestigiosos analistas económicos dejaron ver su descontento y preocupación, ya que la pobreza no tuvo una reducción considerable correlativamente frente al crecimiento económico obtenido en los últimos años –en el año 2006 el PIB fue del 6,9% y en el 2007 del 7,5%²⁹–, además de que también a pesar del crecimiento económico en los últimos años se disparó el desempleo, hasta llegar a cifras preocupantes como el 12.6% en 2010³⁰.

En definitiva, la política económica colombiana no favorece el desarrollo humano y la erradicación de la pobreza, puesto que, como sostiene David Castell, “las políticas de tipo neoliberal han propiciado buenos resultados macroeconómicos y un buen ambiente empresarial, pero las políticas tanto de desarrollo de capital físico como de capital humano presentan serias dificultades y están subordinadas a las primeras. Asimismo, el modelo ha dejado al “mercado” el desarrollo social y, como sucediera en el resto de la región, tal desarrollo se ha estancado y los únicos favorecidos han sido los empresarios. El marco fiscal del país refleja, también a las claras, las prioridades del gobierno colombiano actual en cuanto a gasto público en defensa y servicio de la deuda, dejando recursos limitados para el desarrollo humano y la reducción de la pobreza –en

²⁷ Vid. Galvis Catro, Felipe: “¿Cohesión social? Colombia sigue siendo uno de los países más inequitativos de la región más inequitativa del mundo”, Boletín No.4: Serie sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Bogotá, octubre de 2009.

²⁸ Vid. Informe presentado en el mes de abril de 2010 por la MESEP.

²⁹ La Economista Consuelo Corredor considera, precisamente, que el principal problema relacionado con la falta de efectividad del crecimiento de la economía en Colombia, radica en la distribución: “La evidencia empírica ha demostrado que se puede tener altos niveles de crecimiento y sin embargo aumentar la situación de pobreza y de pobreza extrema en la medida que ese crecimiento se concentra en pocas manos. Colombia es uno de los países con mayor desigualdad en el continente y América Latina es el continente más desigual del mundo. Aquí hay concentración de la tierra, de los activos productivos y de los activos financieros. El crecimiento económico va a manos de aquellos que detentan los derechos de propiedad y la riqueza” (Entrevista con Consuelo Corredor, miembro de la Academia Colombiana de Ciencias Económicas desde 1984, Bogotá, 17 de octubre de 2009).

³⁰ Al mes de julio de 2010 había en Colombia un total de 2,75 millones de personas desempleadas, de acuerdo al Informe presentado por el DANE.

el 2004, según la Contraloría General de la República, tan solo un 2.1% del PIB colombiano estuvo destinado a la inversión social, frente a un 10% destinado a defensa³¹–.

Además, el carácter contingente y parcial de las políticas sociales las convierte en asistencialistas, sin lograr tocar la raíz de los problemas. En efecto, como en otros lugares de Latinoamérica, también en Colombia se adoptó una política asistencialista a través del programa “Familias en acción” dirigido a familias del nivel uno del Sisben³², a comunidades indígenas y a quienes están en situación de desplazamiento con hijos menores de 18 años, cuya misión era la entrega de una ayuda económica para la educación y la sanidad. Lamentablemente, estos programas no se orientaron a contrarrestar la pobreza, sino que su fin primordial fue la entrega de subsidios, lográndose únicamente conservar la concepción del Estado paternalista, donde lo más importante es ser un beneficiario.

Por ello, Colombia sigue siendo un país con una evidente desigualdad social, pues los factores como el desempleo, la crisis del sistema de seguridad social y el equivocado manejo de los subsidios focalizados conllevan al persistente nivel de inequidad que se manifiesta en la extrema pobreza de que son víctimas millones de personas, que son marginados, excluidos y discriminados³³.

No obstante, la naturaleza social del Estado de Derecho colombiano debería implicar un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social y la protección de la dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar los derechos sociales básicos y para promover las condiciones apropiadas para que la igualdad sea real y efectiva, así como adoptar las medidas necesarias para proteger a los grupos discriminados y marginados, como también a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en inferioridad manifiesta.

³¹ Vid. Castell, David: “¿Creciendo para quién? El modelo neoliberal de crecimiento colombiano anti pobres”, disponible en: www.zonaeconomica.com, consulta del 7 de febrero de 2011.

³² El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN) es una herramienta conformada por un conjunto de reglas, normas y procedimientos que busca obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los departamentos, distritos y municipios del país. Estos datos se emplean para focalizar el gasto público y garantizar que el gasto social se asigne a los sectores poblacionales más pobres y vulnerables. Mediante la aplicación de una encuesta se identifican los posibles beneficiarios de programas en las áreas de salud, educación y bienestar social, entre otras. Así, se establece un mecanismo técnico, objetivo, equitativo y uniforme que puede ser empleado por las entidades territoriales.

³³ Vid. López Obregón, Clara Eugenia: *Economía de los Derechos*, Biblioteca Jurídica DIKE-Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pág. 73.

Y así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional colombiana. Veamos un ejemplo:

“El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación –propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público–”³⁴.

Sin embargo, y pese a la consagración constitucional del principio de justicia distributiva, la asignación de recursos económicos que se debe hacer a la sociedad no siempre tiende a privilegiar a los sectores desfavorecidos. Ese desequilibrio se ve reflejado en la desigualdad, que a su vez se manifiesta en la imposibilidad de los pobres para acceder a servicios públicos, seguridad social, bienestar, empleo y, en general, a todo cuanto conforma una vida digna. Al pobre se le ha despojado de su derecho a ser tratado dentro de la población vulnerable y de ser atendido de manera especial, pues se ha olvidado por completo que “la preferencia por los más débiles es un principio básico de una sociedad justa”³⁵.

Ciertamente, no hay que perder de vista que la pobreza no es sólo un tema económico, ya que también constituye un grave problema en términos de derechos humanos, por la incapacidad que deviene ante la privación que tiene un amplio sector de la sociedad, para acceder a los bienes y servicios relacionados con el disfrute los derechos económicos, sociales y culturales, tales como la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda, la protección de la familia, las libertades sindicales y la alimentación³⁶.

3.3. Mecanismos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales en Colombia

Como es obvio, la exigibilidad de los derechos sociales implica el nacimiento de obligaciones positivas y negativas. Las primeras

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de Julio de 1992, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ Sarmiento, A. y Arteaga, L., “Focalizar o universalizar: un falso dilema”, en *Cuadernos de Economía*, vol. 17, nº 54, 1998, pág. 29.

³⁶ Vid. Galvis Catro, Felipe: “¿Cohesión social? Colombia sigue siendo uno de los países más inequitativos de la región más inequitativa del mundo”, Boletín No.4: Serie sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Bogotá, octubre de 2009.

están relacionadas no sólo con la idea de que el Estado disponga de los recursos económicos para poder ofrecer una prestación, sino que a la vez provea recursos y permita el nacimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario.

Suele argüirse, como se ha visto, que el principal problema de la protección de los derechos sociales se relaciona, precisamente, con el costo económico que representa para el Estado y, sin duda, la protección de los derechos sociales tiene un costo que implica la asignación de recursos escasos, pero, quizás sea más grave, al menos en el caso de Colombia, el problema de la protección de los derechos sociales por la falta de acciones o garantías procesales concretas que los tutelen y, más en concreto, la inadecuada estructura del sistema judicial para exigir a los poderes públicos el cumplimiento de la obligación de disponer de fondos, así como la inexistencia de acciones idóneas y de instrumentos procesales³⁷. A pesar de esto, la Corte Constitucional ha declarado que los derechos sociales son merecedores de toda la atención por parte del Estado, que debe a través del legislador ejecutar el mandato social de la Constitución, en el sentido de crear instituciones y procedimientos, así como reservar parte de los recursos del erario público para su protección. Y, en consecuencia, por vía jurisprudencial, ha permitido el uso de la acción de tutela para proteger estos derechos cuando se viola el mínimo vital o cuando la afectación al derecho social es el resultado de la violación de un derecho fundamental³⁸.

Así, en la búsqueda de la efectividad de los derechos sociales, en Colombia la Corte Constitucional desarrolló una audaz jurisprudencia garantista, dotando de un respetable grado de eficacia a la acción de tutela establecida por la Constitución de 1991. Veamos un ejemplo:

“Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se han identificado como las

³⁷ Vid. Abranovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 39 a 40.

³⁸ Vid. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-840 de 26 de octubre de 1999. Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

causantes de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”³⁹.

La lectura que hace la Corte Constitucional respecto de los derechos sociales, por tanto, es que “los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”⁴⁰, premisa bajo la cual se entiende que en los casos en los que se logre demostrar que la falta de reconocimiento del derecho fundamental significa lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada por la vulneración del derecho, se puede acudir al amparo por vía de acción de tutela.

No obstante, algunos juristas discuten la viabilidad de interponer la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, por considerar que dicho mecanismo afecta al presupuesto y al gasto público; de igual manera se ha señalado que la justiciabilidad de los derechos sociales “adquiere matices especialmente intensos hoy en día en nuestro país, debido a la dificultad de conciliar una Constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticia”⁴¹

Los defensores del uso de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos sociales, por su parte, hallan su sustento en la idea de que se trata de derechos subjetivos que deben ser amparados para cumplir con el mandato constitucional de manera clara y enfática y que su desprotección conlleva una afectación de la vida digna y, por tanto, no puede estar sujeta a “una negociación política o a la disponibilidad de recursos”⁴². El impacto económico de las decisiones no es un argumento que justifiquen la desprotección de los derechos sociales. Las consecuencias económicas de los fallos son el precio que se debe pagar por la realización de un Estado social de derecho en una sociedad con tantas carencias como la colombiana⁴³.

4. CONCLUSIONES

Como escribe Gerardo Pisarello, “no hace falta un espíritu excesivamente crítico para suscribir la impresión de que los derechos

³⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007. Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴¹ Uprimy, Rodrigo (y otros): *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia?*, Editorial Norma, Bogotá, 2006, pág. 504.

⁴² Uprimy, Rodrigo (y otros): *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia?*, pág. 516.

⁴³ Vid. Uprimy, Rodrigo (y otros): *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia?*, cit., pág. 516.

sociales constitucionales son a menudo una fachada brillante tras la cual se esconde un edificio en ruinas"⁴⁴. Además, como se ha apuntado más arriba, es frecuente en muchos países –entre ellos en la mayoría de los latinoamericanos– la tendencia de las instituciones estatales a concebir los derechos sociales como concesiones institucionales planificadas desde “arriba”, según criterios tecnocráticos, y dirigidas a reducir al ciudadano a mero cliente del Estado social. Este proceso, como es evidente, sumerge a los derechos sociales en un ámbito de opacidad en el que prosperan los privilegios y la corrupción y en el que los costes y la ineficacia de las políticas sociales, caracterizadas por la discrecionalidad administrativa, las distorsionadas formas de mediación partitocrática y el enquistamiento de poderes invisibles, estatales y paraestatales, inmunes a mecanismos adecuados de control político, jurisdiccional o social, se elevan en forma creciente⁴⁵.

Pero si de verdad creemos en los derechos sociales –lo que, ni más ni menos, significa creer en la dignidad del ser humano, de todo ser humano–, los gobiernos deberían contar con una adecuada inversión de recursos que permitieran el diseño, la implementación, la supervisión y la evaluación de políticas públicas encaminadas al cumplimiento de las obligaciones del Estado para con sus ciudadanos y que, a su vez, dotaran a los titulares de los derechos sociales de instrumentos verdaderamente eficaces para exigir a los poderes públicos el respeto, la protección y la satisfacción de los mismos⁴⁶.

Es evidente que estos derechos presentan, en no pocas ocasiones, serias dificultades en cuanto a su exigibilidad por motivo de la falta de recursos del erario público, pero –como ya se ha señalado– esto no puede convertirse en una excusa para que el Estado se sustraiga de la obligación de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos. Así lo cree también Javier Ansuátegui, a cuyo juicio, el Estado no debe ser una sociedad mercantil con fines de lucro; el crecimiento económico no es el fin básico del Estado, ni tampoco un argumento en relación con su legitimidad. Y, ciertamente, “si pensamos en el paradigma pactista, por ejemplo en Locke, observamos que el fin de la institución de la autoridad estatal tiene que ver con la garantía de los derechos y de las libertades y no

⁴⁴ Pisarello, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, cit., pág. 81.

⁴⁵ Vid. Pisarello, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, cit., pág. 86.

⁴⁶ Vid. Uprimy, Rodrigo: *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Centro de Estudios de Derecho y Justicia, Ediciones Antropos, Bogotá, 2007, pág. 75.

con el carácter saneado del balance entre gastos e ingresos públicos”⁴⁷.

Esto no supone negar la dependencia presupuestaria de las políticas de derechos. Lo que se quiere decir es que la dependencia presupuestaria sería una circunstancia que habría que tener en cuenta a la hora de afrontar los problemas de distribución en contextos de escasez moderada y no una excusa para no satisfacer derechos. Además, si hemos desestimado la distinción entre derechos baratos y derechos caros y reconocemos que todos los derechos cuestan, la excusa, en su caso, sería oponible en el proceso de satisfacción y garantía de cualquier derecho, y no solo de aquellos considerados a priori costosos. “El sentido de mi argumento, por el contrario –concluye el citado profesor–, es el de recordar que los argumentos morales están del lado de los derechos y no del lado del presupuesto o del balance de las cuentas del Estado. Este debe estar condicionado –siempre en el ámbito de lo posible– por las exigencias de aquellos”.

Es preciso, por tanto, buscar argumentos y estrategias para que los derechos sociales sean considerados, a todos los efectos, como derechos plenos y exigibles al mismo nivel que los demás derechos. Una de estas estrategias podría ser la atrevida e imaginativa iniciativa tomada por la Corte Constitucional colombiana de vincular estos derechos a los derechos individuales (como consecuencia de su vinculación al respeto a la dignidad humana) extendiendo, por tanto, a aquéllos las acciones previstas constitucionalmente para la salvaguarda de éstos.

Y también parece una magnífica estrategia la propuesta de Javier Ansuátegui quien se pregunta hasta qué punto es útil seguir hablando de derechos sociales, pues si, por una parte, las diferencias con otros derechos no son tan relevantes y, por otra, a pesar de lo anterior, cuando se habla de derechos sociales es, en muchas ocasiones, para subrayar sus “carencias” en relación con los “auténticos derechos”; entonces, una manera de responder a las teorías devaluadas de los derechos y de tomárselos en serio es dejar de utilizar el adjetivo “sociales” y hablar simplemente de derechos fundamentales⁴⁸.

No obstante, quizás la principal arma al alcance de la ciudadanía para remover la frecuente impunidad en la vulneración de las obligaciones estatales en relación con los derechos sociales, más allá de las acciones judiciales y de las garantías “semi-

⁴⁷ Ansuátegui Roig, F. J.: “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, cit., pág. 61.

⁴⁸ Vid. Ansuátegui Roig, F. J.: “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, cit., pág. 62.

jurisdiccionales” (defensores del pueblo, comisiones de derechos humanos, etc.), sea lo que podríamos llamar “garantías sociales”, entendidas como instancias de participación ciudadana en formas de la autotutela de los derechos humanos.

Estas garantías o instrumentos en manos de los ciudadanos incluirían desde el ejercicio de derechos sociales procedimentales, como el derecho de asociación o de huelga, hasta la propia desobediencia civil que, llegado el caso, podrían convertirse en valiosos mecanismo de defensa y actualización de la Constitución⁴⁹.

Ciertamente, coincidimos con Thomas Pogge⁵⁰ en que lo que se necesita para garantizar verdaderamente un derecho es una ciudadanía vigilante que se comprometa profundamente con este derecho y que esté dispuesta a trabajar en pro de su realización política. El gobierno puede ser el primordial garante de los derechos humanos y el principal referente que puede tenerse en cuenta en la valoración de la falta de respeto oficial, pero los guardianes últimos de los derechos humanos son los individuos.

No obstante, no podemos obviar que la situación de la ciudadanía en nuestros días no nos permite ser muy optimistas al respecto. Escribe, en este sentido, Ignacio Sotelo que el ciudadano, convertido en consumidor, se limita cada vez más al ámbito del consumo, esperando menos del Estado y de las demás instancias sociales. Debilitadas las redes intermedias (familia, vecindad, empresa), nos iremos acostumbrando a luchar solos por la sobrevivencia, situación que poco a poco iremos aceptando como un destino inexorable; “ideológicamente se subyaran las ventajas y se ocultarán las desventajas que al fin y al cabo, en la forma más dura atañen solo a un tercio de la población. De no producirse una rebelión social –que es posible, aunque por ahora parece poco probable– a mediano plazo se divisa un lento desmontaje del Estado social”⁵¹.

⁴⁹ Vid. Pisarello, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, cit., pág. 102.

⁵⁰ Vid. Pogge, Thomas: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005, págs. 87 y 88.

⁵¹ Sotelo, Ignacio: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010, pág. 392.