

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

6.1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo deseo defender la tesis de que conviene orientar los estudios sobre integración latinoamericana hacia el derecho constitucional comparado, en particular, el constitucionalismo de los derechos sociales. Si bien otros enfoques como el derecho internacional o el derecho privado, económico y comercial son relevantes para la integración, solo la consolidación de un estado social, que garantice los derechos sociales fundamentales a nivel nacional y regional, puede brindar estabilidad a los gobiernos latinoamericanos y una perspectiva de futuro común para los pueblos del continente.

La prioridad del comparativismo de derechos sociales se fundamenta, a mi juicio, en las aporías de la integración por vía del derecho. Una aporía es un camino sin salida, una salida negada. Las aporías de la integración latinoamericana tienen que ver con múltiples y variados obstáculos: algunos superables y otros no. Superable es el obstáculo de un inadecuado diseño institucional y una deficiente consagración de los derechos humanos. Insuperable —por lo menos a corto y mediano plazo—

* Este trabajo se incluye en el libro *¿La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, de Armin von Bogdandy, César Landa y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

es la dependencia de factores externos ajenos al control de los estados nacionales. Las aporías de la integración generadas por vía del derecho pueden ser superadas pero de forma gradual y a largo plazo.

Para sustentar mi tesis de la prioridad del derecho comparado de derechos sociales para la integración latinoamericana abordaré, en primer lugar, las grandes aporías de la integración por vía del derecho, haciendo hincapié en cómo el derecho puede ser un obstáculo para la integración. Luego me referiré al papel positivo pero insuficiente de organismos como la ONU y el Comité de Derechos Humanos, así como la Organización de Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Finalmente defenderé la importancia de avanzar en el derecho constitucional comparado de derechos sociales y mecanismos para su protección. Mucho de la vigencia efectiva de estos derechos depende no solo de la voluntad política de los estados sino del adecuado diseño institucional para garantizar a nivel local su realización. Un ejemplo de la importancia de dicho diseño institucional lo constituyen las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales sobre el principio de no regresividad de los derechos sociales. Aquí haré una especial mención del caso colombiano en contraste con el diseño subóptimo de otros países como México, Brasil y Argentina.

6.2. APORÍAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA POR VÍA DEL DERECHO: EL DERECHO COMO OBSTÁCULO A LA INTEGRACIÓN

Es importante distinguir entre límites y aporías de la integración latinoamericana. Los límites están dados por factores geográficos, lingüísticos, económicos, políticos e históricos. Estos dificultan pero no impiden un proceso de integración por vía del derecho. Las aporías llevan a resultados contraproducentes y se convierten generalmente en factores que atentan contra la integración. No obstante, las aporías de la integración por vía del derecho pueden ser superadas mediante una clara estrategia a favor de los derechos sociales y la consolidación de estados sociales de derecho en la región.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

6.2.1. Límites de la integración

La extensión del continente, sus accidentes geográficos, la diversidad lingüística —64 grupos étnicos solo en Colombia—, la desigualdad material entre los habitantes, la pobreza y la miseria absoluta de parte importante de la población, la dependencia económica y financiera del exterior, la precariedad institucional y democrática del continente, son todas realidades que impiden una integración económica y política de América Latina.

Quisiera llamar la atención sobre la precaria cultura política en América Latina y la inestabilidad de la institucionalidad democrática. Luego de la caída de las dictaduras del Cono Sur —v. gr., en Argentina, Chile, Uruguay o Paraguay— a fines del siglo pasado, se miró con esperanza el avance de la democracia en el continente. Pero, las dos últimas décadas hemos visto que no es fácil superar la tradición autoritaria y el caudillismo presentes en la cultura política regional. Primero el presidente Menem y luego los presidentes Fujimori, Lula, Chávez y Uribe, han modificado las constituciones políticas para permanecer en el poder. El cambio de las reglas del juego en beneficio propio debilita a los partidos de oposición, afecta la igualdad en el proceso político e impide la transparencia en el ejercicio del poder. La falta de madurez democrática y de respeto al principio de igual consideración y respeto en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas, lleva a que la ideología se imponga sobre el derecho, lo cual impide la integración política.

Los conflictos fronterizos entre Colombia y Venezuela, Chile y Bolivia, Argentina y Uruguay también hacen difícil la integración. El conflicto entre los presidentes de Colombia y Venezuela en relación con la intermediación del presidente Chávez para buscar un acuerdo humanitario que permita la liberación de más de 50 secuestrados por la guerrilla izquierdista FARC, algunos de ellos secuestrados hace cerca de 10 años, es un ejemplo claro de la inestabilidad en las relaciones entre los gobiernos. El presidente Uribe acusó al jefe de Estado venezolano de tener pretensiones expansionistas en América Latina, mientras que Chávez acusó al presidente Uribe de ser un enviado del imperialismo yankee.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Tampoco las reformas de libre comercio, ajuste estructural y ayuda al desarrollo han contribuido a la estabilidad política y a la unión cultural del continente, como lo evidencian los crecientes índices de pobreza y desigualdad o la confrontación ideológica de gobiernos como el argentino y venezolano contra la hegemonía estadounidense. La globalización económica ha representado avances importantes en el cambio tecnológico y en las comunicaciones, pero ha reforzado la distancia entre los pocos ricos y el creciente número de personas en situación de pobreza en el continente.

Las condenas por masacres en diversos países —Chile, Colombia, Argentina, Perú, Brasil— proferidas por la Corte IDH, muestran que ni siquiera el respeto de los derechos a la vida y a la integridad personal ha sido alcanzado en América Latina. Por ejemplo, en los últimos años Colombia ha sido condenada cinco veces²⁰¹ por sucesivas masacres practicadas por grupos paramilitares con la complicidad de miembros de las fuerzas militares contra campesinos y personas acusadas de colaborar con la guerrilla izquierdista.

En este contexto, avances como las iniciativas de integración económica —Mercado Común del Sur, Comunidad Andina, TLCAN— son importantes para mejorar el poder de negociación de América Latina frente a otros bloques económicos como la Unión Europea o Estados Unidos. No obstante esas iniciativas no toman en cuenta de manera suficiente los factores políticos que pueden llevar a la destrucción de cualquier avance en el proceso de integración, como son la creciente pobreza, discriminación, violencia y debilidad de la cultura democrática de la población.

6.2.2. Aporías de la integración por vía del derecho

Además de las anteriores limitaciones a la integración, podemos mencionar algunas aporías que se generan mediante el ejercicio del derecho y que atentan contra la integración. Las aporías del

²⁰¹ Sentencias de la Corte Interamericana en los casos de Mapiripán, El Aro e Ituango, Pueblo Nuevo, 19 Comerciantes y La Rochela.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

derecho internacional comercial, financiero y penal-militar llevan al retroceso de la unión latinoamericana.

Lo primero es la decisión estadounidense de firmar por separado tratados bilaterales de comercio con cada uno de los países latinoamericanos. Se trata de la vieja política de dividir y vencer donde los tratados bilaterales reemplazan a los multilaterales y debilitan la posición negociadora de América Latina. Como el emperador romano Julio César, se practica aquí la estrategia de *viní vidi vici*. No existe una conciencia clara entre los gobernantes latinoamericanos en cuanto a la necesidad de integrarse económicamente como bloque para luego negociar. Los tratados de libre comercio con Perú, Ecuador, Colombia, etc., se celebran con pleno respeto del derecho internacional de los tratados. Es poco probable entonces que la Corte Constitucional colombiana declare contrario a la Constitución el Tratado de Libre Comercio (TLC), ya aprobado por el Congreso colombiano y pendiente de aprobación por parte del Congreso de Estados Unidos. Ello pese a que el TLC tendrá como uno de sus efectos el empobrecimiento de los sectores más desfavorecidos, con clara violación de los principios constitucionales de protección a personas y grupos marginados o discriminados (art. 13 de la Constitución).

El sistema financiero internacional contribuye a la financiación de grandes obras y macroproyectos en el continente. El impacto de tales inversiones sobre la población no es siempre tenido oportunamente en cuenta. Por ejemplo, la Corte IDH ha condenado a Nicaragua por desconocer derechos indígenas en la ejecución de un proyecto de desarrollo.²⁰² Para prevenir la violación de derechos de la población, el Banco Mundial (en adelante BM) ha creado un Panel de Inspección (1993) ante el cual los afectados por la ejecución de proyectos financiados por el Banco pueden elevar sus reclamaciones. De ser justificadas esas reclamaciones, el Banco puede suspender o cancelar la financiación de los proyectos.

Por otra parte, los altos intereses a la deuda externa de los países latinoamericanos aseguran un flujo de capitales del sur

²⁰² Caso “Awás Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte IDH, Serie C, núm. 79.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

hacia el norte, ahondando la dependencia económica y condenando a la población a la pobreza. Todo lo anterior se lleva a cabo bajo el manto del derecho internacional financiero, en contravía de la integración de América Latina. Recientemente el presidente Chávez ha comprado con sus petrodólares la deuda de Argentina, con lo cual este país ha cambiado su dependencia económica con el sistema financiero internacional por una dependencia con la nación venezolana.

El fenómeno del narcotráfico amenaza gravemente la estabilidad política de Colombia y los países vecinos. La lucha contra el narcotráfico se concentra en el elemento militar y represivo, lo que alimenta las ganancias del negocio ilícito. En esta guerra contra las drogas ilícitas demandadas por los países del norte y suministradas por los países del sur se utiliza el derecho penal como instrumento fundamental de lucha. El derecho penal de enemigo se impone sobre el garantismo penal. La identificación de narcotraficantes y rebeldes con terroristas permite al gobierno colombiano tomar medidas represivas que desconocen los derechos fundamentales de la población. Las detenciones masivas de personas en zonas o teatros de guerra, la interceptación masiva de telecomunicaciones sin orden judicial son ejemplos del desconocimiento de los derechos humanos más básicos. Mientras el militarismo neoconservador prevalezca por las vías del derecho será poco lo que se pueda avanzar en la democratización de los países de América Latina.

Pero veamos cuál puede ser el rol positivo, aunque con limitaciones y peligros de retroceso, del derecho internacional de derechos humanos para la integración del continente por vía de la consolidación de los derechos sociales y el Estado social de derecho.

6.3. EL ROL POSITIVO PERO INSUFICIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los grandes avances de la humanidad es la internacionalización de los derechos humanos como parámetro moral, político y jurídico de las actuaciones públicas y privadas cuando afectan

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

los más altos valores universales, la dignidad, la igualdad y la libertad. La tradición humanista de siglos se plasma en el siglo xx en instrumentos internacionales y decisiones de los órganos para la defensa, protección, garantía y promoción de los derechos humanos. Se trata de un enorme salto para la civilización del mundo, pero que lamentablemente puede sufrir graves retrocesos, como lo demuestra la guerra ilegítima e injusta de Estados Unidos contra Iraq, pasando por encima del derecho internacional de los derechos humanos.

Los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos pretenden asegurar los derechos humanos por vía del derecho internacional. Lamentablemente dichos sistemas, a pesar de los importantes avances, muestran grandes limitaciones, principalmente en relación con la realización de los derechos sociales, elemento clave para la consolidación del estado constitucional, social y democrático de derecho que requieren los países en desarrollo. A continuación me refiero en forma resumida a algunas de las limitaciones de tales sistemas para la integración latinoamericana como consecuencia del insuficiente desarrollo de los mecanismos para asegurar la plena vigencia de los derechos sociales.

6.3.1. Sistema universal de protección de derechos

La declaración universal de los derechos humanos reconoce tanto los derechos civiles y políticos (en adelante DCP) como los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) en su texto (en adelante también denominados “derechos sociales”). Ello en buena parte gracias a la presión política ejercida por los pequeños países en el momento de su expedición. Según Susan Waltz, citada por Christian Courtis, “sin los argumentos y votos de los países pequeños, la Declaración Universal no hubiera incluido derechos socioeconómicos, ni la consistente condena de la discriminación”.²⁰³

²⁰³ Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, p. 19.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Pero del paso de la declaración universal a la adopción de los derechos sociales como vinculantes en tratados internacionales hay una gran distancia. En la lucha ideológica entre liberales y socialistas en los años sesenta, perdió la tesis de una igual jerarquía entre los DCP y los DESC. Ello llevó a la expedición de dos pactos internacionales de derechos humanos de muy diversos alcances: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que permite exigir judicialmente la protección de los derechos liberales; y el PIDESC que no prevé la posibilidad de exigir ante los jueces internacionales la protección individual de los derechos sociales ante omisiones del Estado, salvo que se vean involucrados dramáticamente los derechos a la vida o a la integridad personal, entre otros.

El diferente estatus jurídico reconocido a los derechos sociales a nivel universal implica que la violación de los DCP puede ser más fácilmente controlada que en el caso de los derechos sociales. La protección de estos últimos es progresiva y se condiciona al desarrollo económico y social de los diferentes países, así como a la voluntad política de sus dirigentes. Este déficit jurídico de los derechos sociales pretende ser contrarrestado por multiplicidad de normas internacionales de nivel universal (PIDESC)²⁰⁴ y regional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador), así como por mecanismos como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en materia de derechos laborales, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) o el Comité DESC creado en 1985. Otras normas del llamado *soft law* —Principios

²⁰⁴ PIDESC, artículo 2, numeral 1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”; artículo 11, numeral 1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

de Maastrich y Limburgo o la Declaración de Quito— también buscan asegurar que los derechos sociales sean tomados en serio por parte de los estados. El *soft law* contribuye a precisar, entre otras cosas, la debida interpretación del principio de progresividad y de la prohibición de retroceso en la satisfacción de los derechos sociales.

Dentro de las iniciativas para fortalecer los DESC se encuentran el proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC que actualmente está en discusión de la comunidad de expertos de todo el mundo. En dicho Protocolo se abre tímidamente la puerta de una exigibilidad política —mas no jurídica— de los derechos sociales, y ello gracias a la creación de un fondo económico al que podrían acceder —dentro de los límites de lo posible— los estados en situación de dificultad que impide la satisfacción mínima de los derechos sociales.

Especial mención cabe hacer al papel que corresponde cumplir a los grupos defensores de derechos humanos y a los movimientos sociales al presentar informes alternativos a los informes presentados obligatoriamente por los estados que han ratificado el PIDESC sobre la situación de los derechos sociales ante el ECOSOC.²⁰⁵ El contraste entre los informes estatales y los informes presentados por la sociedad civil puede contribuir a aumentar el control ante el incumplimiento de los compromisos internacionales por los Estados parte del PIDESC.

Las observaciones generales expedidas por el ECOSOC para orientar la interpretación y aplicación de los derechos sociales, si bien constituyen una valiosa guía para la realización efectiva de estos derechos, no cuentan con el carácter de normas vinculantes en el plano interno. Tales normas directivas requieren de un adecuado diseño constitucional a nivel de los diferentes países donde tribunales constitucionales o superiores puedan adoptar y seguir tales observaciones generales en el derecho interno.

²⁰⁵ En dichos informes el Estado debe describir las medidas legislativas, judiciales, políticas y de otra índole que ha adoptado para garantizar el disfrute de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité se encarga de examinar estos informes y hacer recomendaciones a los estados.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

6.3.2. Sistema regional de protección de derechos

El sistema regional de protección de derechos humanos en América Latina está conformado principalmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, el Protocolo de San Salvador, entre sus instrumentos fundamentales, y por órganos de la OEA como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mientras que en materia de violaciones a los derechos sociales la Comisión tiene competencias más amplias de apreciación de las políticas públicas,²⁰⁶ la Corte solo cuenta con limitadas competencias para proteger judicialmente los derechos sociales. No obstante, algunas normas convencionales obligan a los Estados que adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para así lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

En efecto, la Convención Americana establece en su artículo 26 el principio de progresividad de los derechos sociales:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, el Protocolo Adicional de la Convención Americana o Protocolo de San Salvador dispone:

Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

²⁰⁶ La Comisión Interamericana puede hacer recomendaciones a los Estados para evitar la restricción indebida o el retroceso en la realización de los derechos sociales.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr *progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. (Las cursivas son nuestras)

La doctrina internacional ha interpretado unánimemente que el principio de progresividad de los derechos sociales implica la prohibición de adoptar medidas regresivas que disminuyan el goce de los derechos sociales alcanzado.²⁰⁷ También ha advertido sobre la mala interpretación que se hace de las normas convencionales cuando se identifica la necesaria progresividad de los derechos sociales con su presunta no exigibilidad judicial.

Pese a todo esto, no existe una clara conciencia sobre la importancia de la prohibición de regresividad de derechos sociales ya reconocidos. Veamos una reciente decisión de la Corte Interamericana que confirma la anterior apreciación, para después referirnos al derecho constitucional de algunos estados latinoamericanos.

En el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” los demandantes y la Comisión Interamericana solicitaron a la Corte Interamericana el reconocimiento de la violación del artículo 26 de la Convención. Se trataba de cinco pensionados que vieron cómo por un decreto ley expedido por el gobierno de Perú se les redujo su renta pensional a una quinta parte. Tal medida desconocía, a su juicio, el principio de progresividad de los derechos sociales, el cual impide los retrocesos injustificados en la protección de estos derechos.

No obstante la claridad del caso, la Corte Interamericana se negó a reconocer una violación del principio de progresividad —y de la prohibición implícita de no regresividad en materia de derechos sociales—. En la decisión “Cinco Pensionistas vs. Perú” (2003), la Corte Interamericana no condenó al Estado de Perú por la violación de los artículos 26 de la Convención Americana,

²⁰⁷ Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás...*, cit.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

sino por la violación de los derechos de propiedad y protección judicial efectiva. Fundamentó la Corte su decisión, entre otros argumentos, con los siguientes:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.

La anterior sentencia muestra un alto grado de insensibilidad ante la situación concreta de personas que —según la Corte— deben soportar la reducción de sus derechos pensionales si las medidas cuestionadas buscan favorecer al conjunto de la población y tienen en cuenta los imperativos de la equidad social. La interpretación de la Corte sienta un preocupante precedente en materia de garantía de los derechos sociales. Como anota el profesor Christian Curtis, si los derechos sociales tienen según la Corte además de una dimensión colectiva una individual, “no se ve por qué sería imposible tratar casos de violaciones individuales concretas”.²⁰⁸

6.3.3. Balance

Un rápido estudio de los instrumentos y decisiones internacionales de derechos humanos deja ver el papel secundario otorgado a los derechos sociales tanto a nivel universal como regional. Las

²⁰⁸ Curtis, C. (ed.). *Ni un paso atrás...*, cit., p. 48-n7.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

observaciones generales del ECOSOC en materia de derechos sociales no son atendidas como derecho vinculante por la mayoría de los países. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es errática a la hora de analizar y evaluar las violaciones de los derechos sociales como consecuencia del desconocimiento del principio que ordena su progresividad. Esta situación se convierte en una limitante grave para la integración continental por vía del derecho social que evite las graves violaciones de los derechos humanos por omisiones de los estados en materia social. Frente a las limitaciones del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos el derecho constitucional de los derechos sociales cobra aún más importancia para la ampliación y consolidación del Estado social de derecho.

6.4. EN DEFENSA DEL COMPARATIVISMO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: INTEGRACIÓN DESDE LO SOCIAL

En países desarrollados que han adoptado la estructura político-jurídica del estado constitucional, social y democrático de derecho —por ejemplo los países de Europa Central— los derechos sociales como la salud se encuentran asegurados para toda la población a nivel legislativo. Tal es el caso de Alemania, Francia, España o Italia, solo por mencionar algunos donde encontramos una infraestructura administrativa y jurisdiccional especializada para asegurar la vigencia de las funciones sociales del Estado, como la protección de la asistencia médica a toda la población, bien sea mediante su prestación por parte del Estado —como en Inglaterra—, o por el Estado con la colaboración de los particulares —como en Alemania o España—; lo importante es que la universalidad del acceso a la salud está garantizada. En estas sociedades “bien ordenadas” —en los términos de John Rawls— la jurisdicción constitucional, por regla general, no interviene directamente para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, puesto que existe una jurisdicción especializada para la aplicación de la ley: la jurisdicción social. Los tribunales constitucionales de estas sociedades solo cumplen una función que podríamos llamar de control, en el sentido de que únicamente intervienen en casos

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

excepcionales, cuando se intenta el desmonte de la legislación social por debajo de los mínimos compatibles con la dignidad humana, y los tribunales ordinarios desconocen los parámetros constitucionales.

En contraste, en países en vía de desarrollo no existe, o existe de manera precaria, una infraestructura administrativa y de control, una legislación y una jurisdicción sociales en las que se realice el Estado social de derecho. La pobreza, la desigualdad y la exclusión, unidas a la carencia de recursos económicos por parte del Estado, la corrupción de autoridades y particulares y las precisiones de intereses supranacionales, son una constante que favorece la vulneración de los principios, derechos y deberes más fundamentales de la persona. En esta realidad de los “países no bien ordenados”,²⁰⁹ el reconocimiento a nivel constitucional del derecho fundamental a la salud, ya sea por decisión constituyente (Brasil en 1988²¹⁰ o Colombia en 1991 respecto de los menores de edad),²¹¹ o sea por interpretación de los tribunales constitucionales como en el caso colombiano o el sudafricano,²¹² deja entrever la creciente conciencia sobre la necesidad de asegurar, como mínimo, la dignidad humana a toda la población, mediante la realización de los derechos sociales fundamentales.²¹³ Naturalmente a esta pretensión se oponen sectores y personas sobre las que recae directa o indirectamente la redistribución económica implícita en la garantía constitucional del derecho a la salud, pese a las claras decisiones constituyente, legislativa y jurisprudencial.

²⁰⁹ En la categoría de “países no bien ordenados” pueden incluirse economías tan dispares como la colombiana, boliviana, brasileña o argentina, pero también buena parte de los países del África o del Este Europeo.

²¹⁰ Sarlet, Ingo W., “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, en *Diálogo Jurídico*, núm. 10, Janeiro 2002, Salvador-Bahía-Brasil, p. 3.

²¹¹ Artículo 44 de la Constitución.

²¹² Sunstein, Cass. R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001. pp. 13-34.

²¹³ Cfr. Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 185-212.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

Si bien a la Corte Constitucional colombiana se le critica una excesiva injerencia en este tipo de problemas, en otros países “no bien ordenados” con incipiente desarrollo del Estado constitucional, social y democrático de derecho, pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, la intervención de los jueces constitucionales con miras a garantizar derechos fundamentales mínimos es frecuente. En efecto, en India, Suráfrica, Hungría y otros países del Este, los jueces constitucionales cumplen funciones similares o equivalentes a las desempeñadas por los jueces constitucionales y de tutela en Colombia. Para tomar solo el ejemplo de Suráfrica, encontramos que, en este país, los jueces constitucionales han intervenido para proteger la exigibilidad judicial de un mínimo de derechos sociales, económicos y culturales,²¹⁴ entendidos estos como derechos de desarrollo progresivo, pero que no por ello dejan de ser exigibles judicialmente según el principio de razonabilidad. Así, en el caso Grootboom, la Corte Constitucional surafricana amparó el derecho a una vivienda digna de 900 personas, entre ellas 510 niños, que habitaban un tugurio con condiciones de vida deplorables y que habían estado por varios años en una lista de espera para recibir vivienda social. Según la interpretación de la Corte la Constitución no solo impone el deber de adoptar planes de largo plazo para asegurar vivienda a los sectores de menores ingresos, sino además el deber de procurarles vivienda temporal en condiciones dignas. La Corte concluyó que la ausencia de una plan “razonable” de vivienda temporal para ayudar a personas que no tienen donde vivir, vulneró sus derechos constitucionales.

6.4.1. El diseño constitucional colombiano

6.4.1.1. *Texto constitucional*

Los derechos sociales se encuentran consagrados en la actual Constitución en sus artículos 46, 47 y 48 (seguridad social),

²¹⁴ Sunstein, Cass R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *U. of Chicago Public Law Working Paper*, núm. 12, Chicago, 2001, pp. 11 y ss.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

49 (salud), 51 (vivienda), 53 a 55, 57 (trabajo)²¹⁵ y 67 a 69 (educación).²¹⁶ Adicionalmente, el derecho innominado al mínimo vital ha sido derivado de los principios de estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad social (art. 1), en concordancia con los derechos a la vida (art. 11), a la salud (art. 49) y al trabajo (53).²¹⁷

Los derechos sociales no están incluidos en el título I, capítulo 1 “De los derechos fundamentales”. Esto lleva a algunos a pensar que tales derechos no son derechos fundamentales.²¹⁸ No obstante, el constituyente colombiano de 1991 no acogió un criterio formal para la identificación de los derechos constitucionales fundamentales. La Corte Constitucional adoptó desde muy temprano²¹⁹

²¹⁵ El derecho de huelga, si bien es un derecho que hace parte de los derechos laborales, no es un derecho social, sino como derecho de libertad. Para la distinción entre derechos sociales como derechos de prestación y derechos de libertad, véase Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005 (2ª ed., 2012), pp. 37-58.

²¹⁶ El Constituyente colombiano no diferencia entre los derechos sociales y los económicos o los culturales. Comparte así de la confusión conceptual presente en la doctrina internacional y nacional sobre el tema. Derechos como el acceso al deporte, a la recreación (art. 52) y a la cultura (art. 70) son derechos culturales, los que no deberían ser agrupados con los derechos sociales. Lo mismo vale para los derechos económicos a la propiedad privada (art. 58) y a las donaciones (art. 62). La dogmática constitucional y de derecho de los derechos humanos está en mora de una construcción analítica y diferenciada de las diferentes categorías de derechos con miras a asegurar su plena realización. Solo se justifica hablar de derechos sociales, económicos y culturales —presuntamente solo prestacionales— bien sea para contrastarlos injustificadamente con los civiles y políticos —presuntamente sólo de abstención—. En contra de tal distinción véase Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-36.

²¹⁷ Para un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho al mínimo vital, véase Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Estudios Ocasionales*, Bogotá, CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2002, pp. 7-74.

²¹⁸ Sobre el rechazo de los derechos sociales como derechos fundamentales, véase Chinchilla, T. E. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 89-94.

²¹⁹ Sentencia T-002 de 1992. Dijo la Corte en esta su segunda sentencia: “El

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

un criterio material para determinar cuándo un derecho constitucional es fundamental.²²⁰ Ello ha permitido que se reconozca carácter fundamental a los derechos sociales, bien sea directamente o por conexidad con otros derechos fundamentales.²²¹

6.4.1.2. *Diseño institucional*

La experiencia de las Cortes Constitucionales alemana, española e italiana, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, contribuyeron a la adopción en Colombia una de las jurisdicciones constitucionales con mayores competencias del mundo (art. 241 de la Constitución). La Corte Constitucional colombiana está integrada por nueve jueces nombrados por periodos de ocho años no reelegibles. Ella es el máximo intérprete de la Constitución. El control de constitucionalidad lo ejerce la Corte por dos vías: mediante el control abstracto normativo y mediante el control concreto de sentencias relativas a derechos fundamentales. La Corte Constitucional profiere un promedio de 1 000 sentencias (de constitucionalidad y de tutela de derechos fundamentales) cada año.²²² Las sentencias sobre el derecho a la salud son las más numerosas.

hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991”.

²²⁰ La relevancia práctica de la distinción radica en que los derechos fundamentales gozan de protección constitucional por vía de la acción de tutela (art. 86), mientras que los derechos no fundamentales carecen de tal garantía.

²²¹ La tesis de la conexidad, simplificada, sostiene que un derecho constitucional no fundamental puede adquirir el carácter de fundamental cuando su no reconocimiento judicial inmediato lleva necesariamente a la vulneración de un derecho fundamental *per se*, como cuando si no se protege la salud en unas circunstancias específicas (p. ej., de alto riesgo) se vulneraría el derecho a la vida o a la integridad personal.

²²² Toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede consultarse en la página web www.constitucional.gov.co

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El control constitucional abstracto lo ejerce la Corte Constitucional principalmente al decidir demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos individuales. Desde 1910 Colombia cuenta con una acción pública de inconstitucionalidad que permite a todo ciudadano demandar cualquier norma legal por violación de la Constitución. Luego de un procedimiento ampliamente participativo donde pueden intervenir en el proceso judicial diversos grupos o sectores interesados ante la Corte Constitucional, la Corte decide sobre la conformidad o no de las normas demandadas con los preceptos constitucionales. Estas sentencias son *erga omnes* y su contenido no puede ser desconocido por ninguna autoridad pública. Otros mecanismos de control normativo abstracto son el control constitucional automático de leyes estatutarias (*rahmengesetze*), de decretos que declaran y desarrollan los estados de excepción (*ausnahmezustände*) o las leyes que aprueban tratados internacionales ratificados por el Congreso.

El control concreto para la defensa de los derechos fundamentales se ejerce por todos los jueces de Colombia. Se trata de una jurisdicción constitucional difusa, donde todos los jueces se convierten en jueces constitucionales para resolver sobre las acciones (de tutela) para la protección inmediata de los derechos fundamentales —incluso los derechos sociales. Los jueces constitucionales deben decidir la demanda en 10 días, y el superior en 20 días en caso de apelación. Todas las sentencias en materia de derechos fundamentales que dicten los jueces son remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión constitucional. Esta consiste en una selección de los casos en los cuales la Corte considera debe dictar jurisprudencia para unificar la doctrina constitucional o resolver un asunto de gran relevancia. La gran ventaja del sistema difuso de protección constitucional con control eventual de la Corte Constitucional, frente al sistema de control constitucional concentrado, consiste en que los ciudadanos tienen un acceso inmediato a una respuesta pronta de la justicia, todos los jueces como jueces constitucionales se sienten vinculados por la Constitución y se evita la congestión de los procesos que se presenta en otros países como Alemania y España. En otro lugar he señalado que la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales se distingue

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

en Colombia por siete características: es una jurisdicción (i) de mínimos y no de máximos; (ii) constitucional y no legal; (iii) objetiva y no *ad hoc*; (iv) de precedente y no de derecho legislado; (v) difusa y no centralizada; (vi) en equidad y no de legalidad, y (vii) jurisdicción gradualista y no de absolutos. Más adelante mencionaremos algunas sentencias que muestran las mencionadas características.

6.4.1.3. *Jurisprudencia constitucional de derechos sociales*

La jurisprudencia constitucional —gracias el diseño institucional— ha protegido en Colombia activamente los derechos sociales a la seguridad social, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación y el mínimo vital.

6.4.2. Derecho a la seguridad social

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la normatividad infraconstitucional desde la óptica de los principios y derechos fundamentales. La sentencia SU-1023 de 2001 que aplicó la doctrina de la unidad de empresa para efectos de garantizar el pago a pensionados de empresa en liquidación. Es este el primer precedente que vincula en forma clara la responsabilidad de la compañía matriz por las actuaciones u omisiones de su subordinada en materia del respaldo económico para cubrir el pago de mesadas pensionales. De esta forma se intenta evitar que las subordinadas acaben insolventándose para eludir el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores. En otra sentencia, la SU-120 de 2003, la Corte ordenó la indexación de la primera mesada pensional con miras a proteger el poder adquisitivo del salario diferido de los trabajadores. Esta decisión hizo justicia parcial con los pensionados obligados a recibir una pensión devaluada en su poder adquisitivo luego de varios años de litigio hasta obtener su reconocimiento, al ordenar que las mesadas adeudadas al pensionado sean reajustadas para asegurar su capacidad real de compra. Dicha doctrina fue ratificada posteriormente en

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006. Por otra parte, sucesivas sentencias de tutela del derecho al mínimo vital han protegido la seguridad social a miles de personas al ordenar el pago de pensiones y prestaciones sociales cuando la existencia digna de la persona se ve amenazada por el incumplimiento de los deberes sociales por parte del Estado o de los particulares (ST-426 de 1992, SU-995 de 1999).

6.4.3. Derecho a la salud

Una investigación realizada por el autor sobre el derecho a la salud y la justicia constitucional refleja los retos que enfrentan la sociedad y las instituciones políticas para su realización efectiva. Tales retos tienen que ver con el respeto a la vida, la integridad y la dignidad humanas. La posibilidad de acudir a la acción de tutela para evitar la vulneración del derecho fundamental a la salud, ha permitido brindar protección especial a grupos discriminados o marginados y a personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, entre ellos a menores de edad; personas con pronóstico no favorable de curación; mujeres embarazadas o luego del parto; las minorías étnicas; adultos mayores; personas con discapacidad; enfermos de SIDA; personas privadas de la libertad; personas víctimas de desplazamiento forzoso, o personas en situación de indigencia. La jurisprudencia constitucional ha servido igualmente para fijar el alcance del derecho fundamental a la salud mediante la delimitación de las obligaciones correlativas y sus titulares. Las sentencias constitucionales subrayan la corresponsabilidad que existe entre el titular del derecho, su familia, las entidades prestadoras del servicio, el patrón en caso de asalariados y el Estado, para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Ello porque la indefinición o falta de certeza sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los actores sociales favorece su desconocimiento, lesiona los principios de reciprocidad, solidaridad y dignidad humana, y fractura el orden social. La Corte Constitucional como instancia de reflexión jurídico-político ha servido como árbitro en la distribución de los beneficios y cargas del sistema de salud en caso de conflicto. También se ha ocupado de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad del diseño y funciona-

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

miento del sistema de salud para garantizar el acceso de todos al mismo y su calidad.

6.4.4. Derecho a la vivienda

Las sentencias de inconstitucionalidad del sistema de financiación para compra de vivienda a largo plazo C-700 de 1999 y C-747 de 1999, permitieron frenar el proceso de encarecimiento del crédito de vivienda con efectos expropiatorios suscitado entre otras por las elevadas tasas de interés y el cobro de intereses sobre intereses. La intervención de la Corte Constitucional llevó a la expedición de la Ley 546 de 1999, la cual ordenó que los créditos hipotecarios solo pudieran regularse por el Índice de Precios al Consumo (IPC). No obstante, varios bancos se han negado a reliquidar los créditos de vivienda de conformidad a lo ordenado por la justicia constitucional. Tal situación llevó a que la Corte Constitucional ordenara a las entidades de crédito terminar los procesos ejecutivos en contra de deudores morosos y reliquidar los créditos de vivienda de deudores morosos siguiendo los lineamientos establecidos en sentencias anteriores.

6.4.5. Derechos laborales

Algunos fallos constitucionales significativos en la materia incluyen, por ejemplo, la sentencia C-1064 de 2001 que ordenó la indexación de los salarios oficiales menores a dos salarios mínimos, de forma que el salario, ante el fenómeno de la inflación, como mínimo no pierda su poder adquisitivo. De esta forma se evitó que incluso los servidores públicos de inferiores ingresos en la escala salarial tuvieran que financiar el déficit fiscal en las finanzas del Estado con el ahorro estatal proveniente de no reajustar los salarios. Desde hace más de un lustro la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege a los trabajadores de la discriminación laboral al prohibir que, por ejemplo, la asignación de horas extras a los trabajadores se haga a favor de los no sindicalizados y para perseguir a los sindicalizados (SU-342 de 1995). La sentencia T-568 de 1999 aplicó el bloque de constitucionalidad y

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

reconoció el valor normativo de las decisiones de órganos de la OIT instituidos para la protección de los derechos del trabajador.

6.4.6. Derecho a la educación

La jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo —incluso de preescolar— como consecuencia de la demora de los padres en el pago de las mesadas a entidades de educación particulares (T-356 de 2001). Esta decisión se funda en el carácter de servicio público de la educación, pero también en razones de equidad.²²³ En relación con la protección a víctimas del desplazamiento forzado, la Corte ha ordenado dar prioridad en la asignación de cupos educativos a familias víctimas de la violencia (decreto 2231 de 1989), con exoneración total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9º y los 15 años de edad.

6.4.7. Derecho al mínimo vital

El derecho fundamental innominado al mínimo vital fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-426 de 1992²²⁴ y ha tenido a partir de esa fecha un amplio desarrollo. Con anterioridad al cambio constitucional de 1991, el incumplimiento en el pago de salarios o pensiones era un problema de

²²³ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 33, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 206.

²²⁴ Se trataba de un caso de una persona de 69 años de edad, sin recursos económicos, que luego de haber solicitado la sustitución pensional, no había obtenido respuesta alguna de la entidad pública de seguridad social encargada del reconocimiento y pago de la prestación social. El interesado elevó acción de tutela contra la entidad pública omisiva por violación de su “derecho a la subsistencia”. La Corte Constitucional brindó protección constitucional al afectado por desconocimiento del derecho fundamental a un mínimo vital que “es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de estado social de derecho que definen la organización política, social, y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

competencia de la justicia laboral, cuya resolución no correspondía a la jurisdicción constitucional, sino a la ordinaria. Mediante la adopción de la doctrina del mínimo vital, la Corte Constitucional estimó razonable que los derechos fundamentales afectados sean protegidos por vía constitucional cuando se presenta el no pago del salario, de la mesada pensional o del subsidio familiar a la mujer embarazada y estas prestaciones constituyen la única fuente de ingreso de la persona (SU-995 de 1999). La Corte Constitucional ha llegado incluso en sentencia de constitucionalidad C-776 de 2003 a declarar inconstitucional una reforma tributaria que pretendía adoptar una única tarifa de impuesto al valor agregado a todos los productos. Para la Corte tal medida desconoce el derecho fundamental al mínimo vital de los sectores más pobres de la población. De esta forma la Corte impuso un límite material —el mínimo vital— a la soberanía tributaria del Estado para salvaguardar los derechos sociales básicos. La Corte avanza así la tesis de que los derechos fundamentales no sucumben ante el cálculo utilitario de las variables macroeconómicas, sino que deben ser tenidos en cuenta por el legislador en el diseño e implementación de las políticas públicas.

6.5. COMPARATIVISMO DE DERECHOS SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

No es posible aquí hacer un estudio comparado preciso sobre la protección de derechos sociales en otros países de América Latina. Por ello solo me limitaré a mencionar algunos ejemplos de los sistemas de México, Brasil, Argentina y Colombia para demostrar que la consolidación del estado social de derecho en el continente depende parcialmente del diseño constitucional que se adopte en cada país, con mayor razón si se tienen en cuenta la extendida desigualdad social que amenaza el goce integral e interdependiente de los derechos humanos y las limitaciones del sistema universal y regional para su protección. En esta esquemática presentación tendré especialmente en cuenta los instrumentos con que cuentan los diferentes estados para impedir el retroceso en la protección de los derechos sociales.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

6.5.1. México

Pese a la legendaria Constitución social mexicana y al conocido recurso de amparo, el sistema de protección judicial de derechos sociales no es eficaz para la protección de derechos sociales. Esta situación se explica por diferentes factores. Las normas constitucionales no son entendidas en ese país por muchos jueces como vinculantes por su textura abierta; el recurso de amparo fue originalmente pensado como un control de constitucionalidad, pero luego se desnaturalizó convirtiéndose en un instrumento más amplio de control de legalidad, con lo cual perdió su original función.²²⁵ A lo anterior se suma el formalismo de la tradición jurídica mexicana que lleva a los jueces a sujetarse al imperio de la ley y a exigir la configuración legislativa de los derechos fundamentales para aceptar que estos sean exigibles judicialmente.²²⁶ Es frecuente en México que los derechos sociales sean entendidos como conceptos retóricos, por lo que poco cabe decir sobre ellos desde el derecho constitucional.²²⁷ Por último, es conocida la posición de autoridades tradicionales en México sobre su rechazo a adoptar el modelo de estado constitucional de derecho con un Tribunal Constitucional con amplias funciones para la protección de la Constitución y los derechos fundamentales.²²⁸

Siendo la configuración legislativa de los derechos sociales un asunto de competencia legislativa, no existe en México juris-

²²⁵ Aramburu, A. “El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 333.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 334-335.

²²⁷ Carbonell, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 41.

²²⁸ Cano, L. M. y Rodríguez, G., “Para interpretar nuestro juicio de amparo como medio de defensa de todos los derechos humanos”, en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 347.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

prudencia relevante sobre el principio de no regresividad de los derechos sociales. Se trata del sistema constitucional donde los derechos sociales gozan de menor protección.

6.5.2. Brasil

La Constitución brasileña de 1988 reconoce una amplia carta de derechos en la cual se incluyen los derechos sociales. En sus artículos 1 a 3 se consagran los principios de la justicia, del estado social, del régimen democrático y republicano. La jurisprudencia constitucional ha derivado de la normatividad constitucional altos niveles generales de protección social.²²⁹ En este contexto, algunos autores se preguntan sobre la posibilidad de desmontar, total o parcialmente, el sistema de seguridad social alcanzado hasta ahora en el país. Ingo W. Sarlet observa cómo la inseguridad en el ámbito de la protección social crece paralelamente a la reducción de la capacidad prestacional del Estado y de la sociedad, lo hace de central importancia la pregunta por la posibilidad de retrocesos en la protección de los derechos sociales. El autor considera que la mejor interpretación del marco constitucional brasileño impide un desmonte del estado social y de los derechos sociales que afecte principios y derechos mínimos necesarios para preservar la dignidad humana. El principio de no regresividad de los derechos sociales es deducido de los principios de Estado democrático de derecho, de dignidad humana, de máxima eficacia de las normas sobre derechos fundamentales y de protección de la confianza.²³⁰

Aun cuando la doctrina brasileña se esfuerza en defender la protección de los derechos sociales con fundamento en los principios de dignidad humana y mínimo existencial, lo cierto es que no existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Brasil sobre la materia.

²²⁹ Sarlet, Ingo W., “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, en *Diálogo Jurídico*, núm. 10, Janeiro 2002, Salvador-Bahía-Brasil, p. 334. Sarlet, año: 334.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 346-347.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

6.5.3. Argentina

La reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución de 1957 importantes derechos prestacionales. Ello fue posible por la recepción con jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Pese a la riqueza de normas constitucionales e internacionales vigentes en Argentina, “los derechos sociales no son considerados, en la mayoría de los casos, por los jueces como derechos subjetivos exigibles sino como normas programáticas, sujetas a la configuración legal”.²³¹ Una excepción a la débil protección por vía judicial de los derechos sociales es el derecho a la salud.

Víctor Abramovich y Christian Courtis mencionan tres casos relevantes en materia de salud en Argentina. El primero es el caso de la Asociación Benghalensis y otros contra el Ministerio de Salud y Acción Social presentado ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, y cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 1 de junio de 2000. En dicho fallo se condenó al Estado a “dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”, después de haber reconocido la legitimidad de un grupo de las ONG encargadas de luchar contra el SIDA para interponer, en nombre de todos los afectados por dicha enfermedad, el recurso de amparo tendente a la protección de dicho derecho social, que era negado aun cuando existía una norma legal que obligaba a la prestación del servicio médico a los enfermos de SIDA, en los mismos términos en que fue condenado el Estado.²³²

²³¹ González, H. “El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de retroceso en Argentina”, en Courtis, Ch., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, p. 194.

²³² Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 139-140.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

El segundo caso es el caso conocido como Hospital Leónidas Lucero, en el cual la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, sostuvo que 34 enfermos de SIDA atendidos en dos hospitales diferentes tenían derecho no solo al suministro inicial, sino a la continuidad del tratamiento con retrovirales para su enfermedad por parte del Estado. De esta forma, el Estado no podía eludir su obligación aduciendo que ya había suministrado inicialmente lo medicamentos.²³³

Finalmente, en el caso de “María Cecilia Viceconte vs. el Estado Nacional Argentino”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo sostuvo que el Estado tenía la obligación de garantizar la producción y consecuente repartición de una vacuna contra la llamada Fiebre Hemorrágica Argentina, una enfermedad viral de fácil contagio que solo se presentaba en ese país, y que por ser poco rentable económicamente, los laboratorios privados habían decidido no producir, sin tener en cuenta que la enfermedad era mortal, y que dada su exclusiva locación geográfica, no era producida en alguna otra parte del mundo. Si bien el Estado sostuvo que ya había destinado una partida presupuestal para la vacuna, los jueces comprobaron serios retrasos en los cronogramas de la producción, lo que violaba su obligación de hacer frente a la enfermedad de manera eficaz y oportuna, razón por la cual el Estado fue condenado.²³⁴

En conclusión, Argentina presenta un desarrollo importante a nivel de la protección constitucional del derecho a la salud, en contraste con la protección brindada a los demás derechos sociales. Aun cuando la reforma constitucional de 1994 hizo vinculantes las normas internacionales de derechos humanos, incluso de derechos sociales, en el ámbito interno, Argentina no cuenta con una jurisdicción constitucional con suficientes garantías para llevar a cabo un proceso masivo de constitucionalización del derecho y consolidación del estado social de derecho.

²³³ *Ibidem*, pp. 143-144.

²³⁴ *Idem*.

6.5.4. Colombia

La Corte Constitucional colombiana reconoció la prohibición de regresividad de los derechos sociales en 1997 en los siguientes términos: “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.”²³⁵ Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.²³⁶

Con ello estableció tres reglas jurídicas: (i) se presume la inconstitucionalidad de medidas que implican un retroceso de las garantías sociales; (ii) los jueces deben ejercer un control estricto sobre dichas medidas, y (iii) la carga de la prueba de la necesidad inaplazable de las medidas regresivas recae en cabeza de las autoridades públicas.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha desarrollado el principio de progresividad de los derechos sociales y ha exigido el respeto de la prohibición de regresividad en diferentes ocasiones. Ellas tienen que ver con la defensa del principio de confianza legítima; la defensa de sujetos de especial protección constitucional —mujeres, ancianos, discapacitados— ante los procesos de ajuste estructural y reducción de la administración pública (sentencias SC-038 de 2004, ST-1030 de 2005 y U-388 de 2005); la exigencia de un proceso decisorio racional cuando se diseñan y ejecutan políticas públicas sociales (sentencia ST-595 de 2002); la exigencia de proporcionalidad entre las medidas regresivas y los derechos sociales promovidos por ellas (sentencia T-739 de 2004); el respeto del principio de razonabilidad

²³⁵ Al respecto, véase, entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

²³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002, ministerio público: Eduardo Montealegre Lynett.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

(sentencia SC-040 de 2004); el deber de evaluación sistemática e integral del impacto de la medida sobre los derechos sociales (sentencia SC-776 de 2003); el deber de aplicar el derecho internacional de derechos humanos (sentencia ST-025 de 2004).

La extensa y variada jurisprudencia constitucional en defensa de los derechos ha permitido al autor formular un *test* de constitucionalidad de las medidas regresivas, de forma que los jueces cuenten con un instrumento adecuado para establecer la violación de los derechos sociales fundamentales.²³⁷

6.6. ESTRATEGIAS PARA LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA MEDIANTE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

El constitucionalismo social combina diferentes garantías para proteger los derechos sociales fundamentales. Ellas se sitúan a nivel nacional e internacional. A continuación se relacionan algunas estrategias para asegurar la garantía de los derechos sociales a nivel nacional y regional. Estas estrategias combinan las dimensiones política, social y judicial. Son ellas la “resistencia constitucional”, de la democratización de la sociedad mediante la participación y el control judicial de las políticas públicas a partir del baremo crítico del nivel de cumplimiento de los derechos sociales.²³⁸

6.6.1. Resistencia constitucional

Los procesos de ajuste estructural, flexibilización de la legislación laboral y tercerización de las relaciones de trabajo, expresión del

²³⁷ Véase Arango, Rodolfo, “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.

²³⁸ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 33, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 66-80.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

avance incontrolado del proceso de globalización económica, exigen de una contrapartida en defensa de los derechos sociales fundamentales. Se requiere de una activa “resistencia constitucional” desde las máximas instancias judiciales. En Colombia, la Corte Constitucional ha ejercido la resistencia constitucional en sus decisiones en los siguientes casos: (i) al condicionar la constitucionalidad de la norma legal sobre Comisiones Nacionales de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios a que se hiciera efectiva la participación de los usuarios de servicios públicos en dichas comisiones (SC-150 de 2003); (ii) al ordenar al Ministerio de Protección Social que en un plazo no superior a seis meses diseñara, adoptara y ejecutara un programa que garantizara efectivamente los derechos de los trabajadores temporales (ST-1101 de 2001); (iii) al declarar la inconstitucionalidad del sistema de financiación para adquisición de vivienda a largo plazo, y (iv) al proteger los derechos de desempleados vendedores ambulantes frente a las medidas administrativas de recuperación del espacio público (ST-883 de 2002).

6.6.2. Movilización social en defensa de derechos sociales

La eficacia de las normas constitucionales depende de una creciente democratización de la sociedad por vía de la ampliación y el mejoramiento de los servicios de salud y de educación, la participación pluralista e igualitaria en los medios masivos de comunicación, el acceso masivo a la propiedad agraria y al crédito y, por sobre todo, la modernización de los partidos y movimientos políticos. La garantía de los derechos sociales debe ir de la mano de la construcción de una ética civil basada en los valores constitucionales. La pretensión de universalidad de ciertos valores que les permite servir, digámoslo así, de “cemento de la sociedad”, es un componente central para cualquier organización política estable.

La consagración de dichos derechos a nivel constitucional debe ser acompañada de la movilización social. Los derechos humanos —liberales y sociales— solo pueden convertirse en una realidad tangible si la población está dispuesta a salir a la calle

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

para hacerlos respetar. La activa participación pública de la comunidad, en particular de grupos organizados como los deudores de vivienda, las comunidades indígenas y los sindicatos, incentiva la democratización y emancipación social.²³⁹ El activismo judicial de la Corte Constitucional —contra lo esperado por parte de sectores críticos y escépticos del derecho— ha contribuido a la movilización contrahegemónica²⁴⁰ en defensa de los derechos sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las redes sociales y la coordinación de sus estrategias de acción.

6.6.3. Control de políticas públicas

Una estrategia que combina la acción política, social y judicial es el control judicial de las políticas públicas sociales diseñadas y ejecutadas por el legislativo y el ejecutivo. Dado que la realización de los derechos sociales requiere la ejecución de medidas de largo plazo, los movimientos sociales deben asumir el control de las políticas públicas diseñadas y desarrolladas para tal fin. La responsabilidad política —*political accountability*— por el incumplimiento en la adopción, diseño y ejecución de medidas necesarias para satisfacer las obligaciones sociales del Estado y de los particulares, puede ser efectiva si se acompaña de la exigibilidad judicial de los derechos sociales ante el grave incumplimiento. La justicia constitucional cumple una importante función de control de la razonabilidad de diseños institucionales y la ejecución de políticas públicas en el campo social, de forma que no baste al Estado pretextar que la ley o la administración son los encargados de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales.²⁴¹ Baste aquí mencionar como ejemplo la sentencia T-149 de 2002

²³⁹ García-Villegas, Mauricio, “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 y ss.

²⁴⁰ Saffon, María Paula, “Can Constitutional 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. 533y ss.

²⁴¹ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, cit., p. 80.

II. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

de la Corte Constitucional, mediante la cual se protegió el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a un subsidio para personas mayores en situación de indigencia en un caso donde la administración no había suministrado la información adecuada necesaria para hacerse acreedor al subsidio.²⁴²

Otras estrategias políticas tienen que ver con la formulación de una Carta Social Latinoamericana que fortalezca las funciones de la Corte IDH en esta materia, así como el apoyo al Protocolo del PIDESC.

6.7. CONCLUSIONES

El proceso de globalización económica tal como es practicada actualmente posee efectos contraproducentes para la integración latinoamericana. Los tratados bilaterales de comercio promovidos por Estados Unidos más que unir, dividen a los países latinoamericanos. Además, los acuerdos económicos que no tienen en cuenta la inestable realidad política y la enorme brecha entre los pocos sectores ricos de la población y los millones de pobres del continente, son potencialmente inestables. El derecho internacional privado, comercial y financiero refuerza la dependencia económica del Sur respecto del Norte y no toma suficientemente en cuenta la realidad social y política de las poblaciones afectadas por el avance del comercio y la explotación de los recursos naturales.

El derecho internacional de derechos humanos —tanto a nivel universal como regional— cumple una función importante para la integración al fijar los parámetros normativos que deben respetar los Estados. Pero la acción de los organismos internaciona-

²⁴² En esta oportunidad la Corte sentó el precedente, según el cual, “la administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 de la Constitución política), el cual incluye no solo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que este tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones”.

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

les de derechos humanos no basta para fomentar la integración. Debe existir, además, claridad sobre la importancia de superar la extrema desigualdad material y construir un consenso en torno a la importancia de consolidar el Estado social de derecho. Para combatir los obstáculos a la integración debe avanzarse en la construcción de una doctrina constitucional de derechos sociales que sea el fundamento del crecimiento común en libertad.

Es muy importante defender el avance en los derechos sociales y sus mecanismos de protección mediante el derecho constitucional comparado, para así contribuir a la consolidación del Estado social de derecho. En este proceso corresponde a las cortes o tribunales constitucionales un rol central en la defensa del principio de no regresividad de los derechos sociales, como lo demuestra con énfasis el caso colombiano. Un vistazo al diseño y funcionamiento del sistema nacional de protección de derechos sociales en cuatro países de latinoamérica muestra como México, fundado en el principio de legalidad, tiene una baja protección de los derechos sociales, al igual que Argentina salvo el caso del derecho a la salud. En ambos países no existe una Corte o Tribunal Constitucional encargado de la defensa de la integridad de los derechos humanos. La doctrina constitucional en Brasil es conciente de la importancia de defender la no regresividad de los derechos sociales. Colombia, por sobre todo, goza de un sistema de protección de derechos fundamentales que incluye los derechos sociales y que ha permitido un rápido desarrollo del estado social de derecho, pese a las limitaciones de la inestabilidad política y desigualdad económica en el país.

Para concluir, ante la realidad del comercio mundial y la reducida función de estabilización política que juega el actual derecho internacional privado en el continente, es importante focalizar los esfuerzos académicos, prácticos y teóricos, al desarrollo del comparativismo constitucional de derechos sociales con el fin de contribuir a la consolidación de verdaderos estados sociales de derecho en el continente.