

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

iniciar la acción civil pública y actuar más directamente en la tutela de los intereses colectivos y difusos, aunque existe una acción presentada por la Confederación Nacional del Ministerio Público cuestionando la constitucionalidad de la legitimidad de la Defensoría Pública en estos casos, materia aún pendiente de sentencia por el Supremo Tribunal Federal.

7. COLOMBIA*

7.1. CONSTITUCIÓN

7.1.1. Antecedentes constitucionales

La Constitución de 1886, que rigió más de cien años en Colombia, no consagraba derechos sociales, sólo libertades civiles. La reforma constitucional de 1936 introdujo la enseñanza gratuita y obligatoria en las escuelas del Estado hasta el grado que determinara la ley (art. 14). Además estableció la asistencia pública como función del Estado y ordenó prestarla a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estuvieren físicamente incapacitadas para trabajar (art. 16). Dicha reforma erigió el trabajo como obligación social, le otorgó especial protección del Estado (art. 17) y garantizó el derecho de huelga (art. 20). El plebiscito de 1957 ordenó al Gobierno Nacional invertir no menos del diez por ciento (10 %) de su presupuesto general de gastos, en la educación pública. Colombia no consagraba antes de la expedición de la Constitución de 1991 derechos sociales diferentes a los mencionados.

7.1.2. El texto constitucional de 1991

La gran deuda social con la población fue reconocida por el Constituyente de 1991, quien en la consagración de una amplia carta de derechos incluyó derechos sociales, económicos y culturales en el Título I Capítulo 2 de la Carta Política. Es así como los derechos sociales se encuentran regulados en la actual Constitución en sus artículos 46, 47 y 48 (Seguridad Social), 49 (salud), 51 (vivienda), 53 a 55, 57 (trabajo)³³⁵ y 67 a 69 (educación)³³⁶.

* Por Rodolfo ARANGO.

335. 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, ver ARANGO, 2005, pp. 37-58.

336. El Constituyente colombiano no diferencia entre los derechos sociales y los económicos o los culturales. Comparte así 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

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Adicionalmente, el derecho innominado al mínimo vital [*infra*, 7.1.2.] 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)³³⁷.

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 fundamentales³³⁸. No obstante, el constituyente colombiano de 1991 no acogió un criterio formal para la identificación de los derechos constitucionales fundamentales. La Corte Constitucional lo precisó al adoptar desde muy temprano³³⁹ un criterio material para determinar cuándo un derecho constitucional es fundamental³⁴⁰. Ello ha permitido que se reconozca carácter fundamental a los derechos sociales, sea directamente o por conexidad con otros derechos fundamentales³⁴¹.

Los derechos sociales incluidos en el texto constitucional tienen diversos alcances y características que se enuncian a continuación. Para conocer el desarrollo pormenorizado de cada uno de estos derechos, es indispensable el estudio de la jurisprudencia constitucional.

A. La Seguridad Social

Los artículos 46, 47 y 48 de la Constitución consagran el derecho a la

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. Sólo se justifica hablar de derechos sociales, económicos y culturales (presuntamente sólo prestacionales) bien sea para contrastarlos injustificadamente con los civiles y políticos (presuntamente sólo de abstención). En contra de tal distinción ver ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 19-36.

337. Para un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho al mínimo vital, ver ARANGO y LEMAITRE, 2002, en especial pp. 11-22.

338. Sobre el rechazo de los derechos sociales como derechos fundamentales, ver CHINCHILLA HERRERA, 1992, pp. 89-94.

339. Sentencia T-002 de 1992. Dijo la Corte en esta su segunda Sentencia: «El 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».

340. 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.

341. 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 circunstancias específicas (p. ej. de alto riesgo) se vulneraría el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Seguridad Social. El primero se refiere a la Seguridad Social integral y al auxilio alimentario que deben prestarse por el Estado a las personas de la tercera edad en situación de indigencia. El segundo atañe exclusivamente a la obligación del Estado de adelantar una «política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos», a quienes se debe prestar la atención especializada que requieran. Finalmente, el tercer artículo citado reconoce el derecho a la Seguridad Social en general y precisa sus elementos constitutivos. El derecho social a la Seguridad Social presenta así las siguientes características: a) es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción «a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley»; b) es un derecho irrenunciable cuya titularidad la tienen todos los habitantes del país. La regulación constitucional de la Seguridad Social incluye además la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social y permitir la participación de los particulares en ello; la posibilidad de una prestación por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; y la prohibición de que los recursos para las instituciones de la Seguridad Social sean desviados hacia otros fines diferentes a ella.

Por su parte, el Acto Legislativo 1 de 2005 reformó la Constitución y, en particular, el derecho a la Seguridad Social en materia pensional. La reforma garantiza que: a) las pensiones mantengan su poder adquisitivo; b) sean oportunamente pagadas; c) se respeten los derechos adquiridos en caso de reforma; d) su monto no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente; e) el sistema pensional sea sostenible financieramente. Además se prohíbe que: a) existan regímenes pensionales especiales, salvo contadas excepciones para miembros de la fuerza pública y el Presidente de la República; b) se perciban más de trece mesadas pensionales al año; c) a partir del 31 de julio de 2010 se causen pensiones superiores a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública; d) se pacten condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno. La reforma constitucional a la Seguridad Social en 2005 incluye disposiciones transitorias tendientes a unificar el régimen pensional a partir del año 2010.

B. La salud

El artículo 49 constituye el fundamento constitucional del derecho a la salud. En él se erige el derecho a la salud en un servicio público a cargo del Estado. Se garantiza igualmente el acceso universal a los servicios de salud a

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

todas las personas. El servicio de salud puede ser prestado por particulares, pero su organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado «conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad». La organización de los servicios de salud debe ser, por mandato constitucional, descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley establece los eventos en los cuales la atención básica es universal con el carácter de gratuita y obligatoria. La citada disposición coloca, además, en cabeza de toda persona «el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad». Un caso especial del derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 50 de la Carta Política que reconoce a todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de Seguridad Social, un derecho subjetivo a «la atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado».

C. La vivienda

De conformidad con el artículo 51 de la Constitución, «todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna». No obstante el reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la vivienda, el constituyente deja en manos del legislador la fijación de «las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho», debiendo promover «planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda».

D. El trabajo

Si bien el artículo 53 de la Constitución ordena la expedición de un estatuto del trabajo, tres lustros después de adoptada la reforma política el Congreso de la República no ha expedido tal estatuto. En dicho estatuto, de todas formas, deben respetarse los siguientes principios mínimos fundamentales, de rango constitucional: la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; la garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Adicionalmente, la disposición constitucional comentada incorpora los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados a la legislación interna, y advierte que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores». El Estado tiene, por otra parte, la obligación constitucional de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran; propiciar la creación de fuentes de trabajo a los desempleados en edad de trabajar; y de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54). Por último, los artículos 55 y 56 de la Carta Política garantizan el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga (salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador), respectivamente.

E. La educación

El derecho a la educación es reconocido en la Constitución como un derecho de toda persona y un servicio público con función social. Los artículos 67 a 69 regulan lo concerniente a su finalidad; grado de gratuidad y obligatoriedad (entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica); posibilidad del cobro de derechos académicos incluso en las instituciones del Estado a quienes puedan sufragarlos; a la inspección y vigilancia de la educación; y prestación descentralizada de conformidad con lo establecido en la ley (art. 67). Se reconoce también a los particulares el derecho a fundar establecimientos educativos, siendo obligatoria la participación de la comunidad educativa en su dirección, y a los padres de familia el derecho a escoger el tipo de educación para sus hijos menores. Se prohíbe, por lo demás, que en los establecimientos del Estado la educación religiosa sea obligatoria, y se garantiza a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. El Estado tiene, en materia educativa, las obligaciones adicionales de erradicar el analfabetismo y garantizar educación especial a personas con limitaciones o capacidades excepcionales (art. 68). La autonomía universitaria es garantizada en el texto constitucional, a nivel público como particular, debiendo el Estado fortalecer la investigación científica y facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior (art. 69).

F. El mínimo vital

El derecho fundamental innominado al mínimo vital fue reconocido por la Corte Constitucional mediante una interpretación lógico-sistemática y finalista del texto constitucional en la sentencia T-426 de 1992³⁴². Sostuvo la

342. 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

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Corte en esa ocasión: «Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la Seguridad Social». Y, a continuación, precisó que «el Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la Seguridad Social y los escasos medios dineros para desenvolverse en sociedad». A partir de ese momento, ha tenido lugar una amplia y vasta jurisprudencia sobre el tema que abarca la exigibilidad, por vía de la justicia constitucional, del derecho al mínimo vital en las siguientes materias: pago de salarios, pensiones y prestaciones sociales; acceso a la salud; protección a personas en situación de indigencia, de desplazamiento o de privación de la libertad; protección especial a mujeres embarazadas o después del parto³⁴³.

7.2. DOCTRINA

La discusión en torno a los derechos sociales, desde la perspectiva constitucional y no meramente legal, ha abarcado cuatro temas: concepto, exigibilidad judicial, dimensión política y protección nacional e internacional. Desde un enfoque más amplio, la discusión sobre los derechos sociales es abordada en Colombia por economistas³⁴⁴, sociólogos³⁴⁵ y politólogos³⁴⁶. Diversos análisis puntuales sobre los distintos derechos sociales pueden consultarse para los derechos al trabajo³⁴⁷, a la salud³⁴⁸, a la Seguridad Social³⁴⁹, a la educación³⁵⁰ y al mínimo vital³⁵¹.

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».

343. Para una exposición detallada del desarrollo jurisprudencial sobre el tema, *Vid.* ARANGO y LEMAITRE, 2002.

344. Ver, entre otros, SOTELO, 2000; GARAY y RODRÍGUEZ, 2005; y PÉREZ, RODRÍGUEZ y UPRIMNY, 2007.

345. Ver, entre otros, SANTOS y GARCÍA-VILLEGAS, 2001; y GARCÍA-VILLEGAS, 2006, pp. 201-234.

346. Ver, entre otros, SAFFON, 2007; y RODRÍGUEZ, 2007.

347. Ver RODRÍGUEZ, 2001.

348. ARBELÁEZ, 2002; PARRA, 2003; y PAREDES, 2003.

349. CÁRDENAS, 2004.

350. GARAY y RODRÍGUEZ, 2005, pp. 47-96.

351. ARANGO y LEMAITRE, 2002.

7.2.1. Un concepto adecuado de los derechos sociales

El debate teórico jurídico en torno a la naturaleza de los derechos sociales se ha movido tradicionalmente entre dos extremos: el de aquellos que niegan su naturaleza de derechos subjetivos y aquellos que defienden su carácter de derechos subjetivos y fundamentales. En el primer grupo están aquellos que ven los derechos sociales como meras aspiraciones (*manifesto-rights*³⁵²) en contraste con los derechos subjetivos (*claim-rights*), así como quienes consideran que los derechos sociales son meras normas objetivas o mandatos dirigidos al legislador para que, en la medida de las posibilidades, sean reconocidos a nivel legal³⁵³. En el segundo grupo hay quienes defienden los derechos sociales a partir de la igual importancia de los derechos básicos a la seguridad y a la subsistencia³⁵⁴, quienes rechazan la distinción entre derechos civiles y sociales como asunto ideológico³⁵⁵ y quienes no ven problemas en su diversa estructura³⁵⁶ para efectos de ser reconocidos como verdaderos derechos fundamentales.

Definidos los derechos subjetivos como posiciones normativas basadas en razones válidas y suficientes cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular³⁵⁷, los derechos sociales pueden perfectamente ser concebidos como derechos subjetivos de prestación³⁵⁸. La anterior concepción de los derechos sociales tiene una óptima aplicación mediante un ordenamiento jurídico que establece garantías constitucionales para tutelar derechos fundamentales cuando su no protección inmediata conlleva ocasionar un perjuicio irremediable a la persona³⁵⁹.

352. FEINBERG, 1973, pp. 64, 66-67.

353. BÖCKENFÖRDE, 1997, pp. 155-157.

354. MICHELMAN, 1979; SHUE, 1980; NINO, 1993; MELLO, 2004, pp. 134-143; y SARLET, 2007, pp. 317-385.

355. PECES-BARBA, 1998; CEPEDA, 2007, p. 138.

356. ALEXY, 1991; ARANGO, 1997.

357. ARANGO, 2005, p. 298.

358. ALEXY, 1991, pp. 482-501; ARANGO, 2005, pp. 329-337.

359. Reza el art. 86 de la Constitución colombiana: «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión».

7.2.2. Exigibilidad judicial de los derechos sociales

La doctrina nacional e internacional de influencia liberal ha tendido a rechazar la posibilidad de hacer exigibles los derechos sociales por vía de los jueces constitucionales. Tres objeciones se elevan contra dicha posibilidad: una cognitiva, una metodológica y una funcional. La objeción cognitiva supone que los derechos liberales son de abstención y su violación puede ser verificada por el juez al identificar y evaluar la actuación lesiva de la esfera de libertad por la acción estatal. La violación de los derechos sociales no podría, según tal concepción, ser constatada racionalmente por provenir de una omisión. La objeción metodológica tiene estrecha relación con la anterior. El juez constitucional, en caso de violación de derechos liberales, hace un análisis de la afectación a los ámbitos de protección del derecho y concluye sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. El juez no tendría, según este enfoque, mecanismo racional alguno para determinar el vínculo causal entre la omisión y el perjuicio o daño infligido en el caso de los derechos sociales. Finalmente, la objeción funcional atañe a lo presuntamente antidemocrático que resulta reconocer derechos sociales por parte de los jueces dada la indeterminación de prestaciones y obligados, indeterminación que sólo podría resolver el legislador. Además, el reconocimiento de derechos sociales fundamentales supondría altos costos cuyo cubrimiento requiere recursos materiales suficientes que sólo podrían ser decididos, en un régimen democrático, por el máximo órgano de representación popular, el Congreso de la República.

Todas las objeciones arriba mencionadas pueden ser desvirtuadas mediante una adecuada concepción de los derechos sociales como derechos subjetivos. No sólo actuaciones sino también omisiones pueden ser causa de violación a los derechos fundamentales. Los jueces constitucionales pueden reconocer de forma racional, objetiva y controlable la afectación injustificada e indebida de derechos sociales fundamentales. Por último, la reserva del déficit democrático, que teme vernos destinados a vivir bajo un Estado judicial y totalitario, se desmorona cuando se observa que los derechos sociales garantizan mínimos para la existencia digna³⁶⁰ que no están a disposición de las mayorías³⁶¹, no atentan contra el equilibrio económico ni las competencias de otras autoridades públicas, y los derechos de libertad también implican altos costos para su aseguramiento³⁶².

360. SARLET, 2007, p. 392.

361. ALEXY, 1991, pp. 494-496.

362. Para una exposición más extensa de la refutación de tales objeciones, ver ARANGO, 2003, pp. 141-154; ARANGO, 2004, pp. 113-141; y UPRIMNY, 2006.

7.2.3. Dimensión política de los derechos sociales

Para algunos, los derechos sociales son ejemplo de un uso meramente simbólico del derecho constitucional para apuntalar la legitimidad del régimen jurídico, más que para incluir efectivamente a los excluidos de los beneficios de la vida en comunidad³⁶³. Una posición menos escéptica frente a los derechos sociales fundamentales es aquella que los identifica con un discurso y una actuación judicial emancipatoria³⁶⁴, contra-hegemónica³⁶⁵ o de resistencia constitucional³⁶⁶, sin caer en el extremo de negar las limitaciones ante el fenómeno de la globalización económica. Un tercer grupo de teóricos resalta que el reconocimiento de derechos sociales por vía de la respuesta a demandas ciudadanas ahonda la democracia participativa y deliberativa³⁶⁷.

7.2.4. Protección nacional e internacional de los derechos sociales

El sistema jurídico colombiano otorga un lugar de privilegio al Derecho internacional de derechos humanos al incorporarlo, por mandato constitucional³⁶⁸ al orden jurídico interno. Tan favorable situación a nivel positivo ha permitido que la Corte Constitucional aplique el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o los Principios Rectores del Desplazamiento Interno Forzado, entre otras normas, en la resolución de asuntos de control constitucional abstracto y concreto que comprometen derechos sociales fundamentales. De igual manera, a nivel regional, en virtud del artículo 93 de la Constitución, protege los derechos sociales mediante la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos («Protocolo de San Salvador»).

7.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Una descripción pormenorizada del desarrollo legislativo de los distintos derechos sociales es imposible en este lugar por razones de espacio. Por ello

363. GARCÍA-VILLEGAS, 2006.

364. GARCÍA y UPRIMY, 2002.

365. SAFFON, 2007; y RODRÍGUEZ, 2007.

366. ARANGO, 2004, p. 71.

367. GARGARELLA, 2007, pp. 377 ss.; y ARANGO, 2003 y 2004, p. 78.

368. El art. 93 de la Constitución establece en sus incisos 1 y 2 lo siguiente: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

me limitaré a mencionar las leyes vigentes más relevantes para cada uno de los derechos sociales, así como algunos desarrollos jurisprudenciales. Las sentencias constitucionales sobre derechos sociales fundamentales son una muestra del compromiso de los jueces con el Estado social de derecho (art. 1) y la realización integral de los derechos humanos.

De tiempo atrás el Código Sustantivo del Trabajo (Ley 141 de 1961) regulaba lo concerniente a la Seguridad Social, puesto que ésta dependía íntegramente de la existencia de una relación laboral: Quien no tuviera un contrato laboral formal, no gozaba de Seguridad Social. En desarrollo de los mandatos constitucionales de 1991, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 que consagra el Sistema Integral de Seguridad Social. Tal normatividad regula diversas prestaciones como la Seguridad Social en salud, riesgos profesionales, pensiones, invalidez, vejez y muerte. El servicio público esencial de Seguridad Social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (art. 2). Sucesivas leyes y decretos desarrollan el sistema.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la normatividad infra constitucional 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 una empresa en liquidación. Es éste 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 en insolvencia 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 a 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 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). El derecho al mínimo vital cumple la función de aseguramiento de los derechos sociales fundamentales por vía del reconocimiento judicial.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El régimen de la Seguridad Social en salud³⁶⁹ adoptado por la Constitución de 1991 se sitúa entre dos tendencias: la realización del Estado social de derecho fundado en los principios de la dignidad humana y la solidaridad social, y la liberalización y privatización de la prestación del servicio público de la salud³⁷⁰, lo que supone un nuevo acuerdo político y social de cooperación entre el sector público y el privado para alcanzar las metas fijadas por el propio constituyente. Éste garantizó la universalidad del derecho a la salud y ordenó que la ampliación progresiva de su prestación se hiciera con la participación de los particulares³⁷¹. La Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan el servicio público de Seguridad Social en 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 colombianas para su realización efectiva. Tales retos tiene que ver con el respeto a la vida, la integridad y la dignidad humanas en sistemas de prestaciones donde prima el ánimo de lucro. 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 patrono 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 política ha servido como árbitro en la distribución de los beneficios

369. En 2001, el cubrimiento de población asegurada en materia de Seguridad Social en salud era en Colombia entre el 53 % al 57 % de la población, siendo significativo el avance con respecto al cubrimiento de menos del 20 % de la población en 1994. Con una población cercana a los 44 millones de habitantes, en 2004 se estima que del 43 al 47 % de la población, o sea, entre 19 y 21 millones de colombianos, no tiene asegurado el acceso a la Seguridad Social en salud.

370. Constitución Política, arts. 48.4 y 49.2, segunda oración.

371. Constitución Política, art. 48.3.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

y cargas del sistema de salud en caso de conflicto. También se ha ocupado de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad del diseño y funcionamiento del sistema de salud para garantizar el acceso de todos al mismo y su calidad.

Mediante Decreto-ley 1229 de 1972, el Gobierno de entonces estableció en Colombia un sistema de financiamiento de vivienda a largo plazo llamado de Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). A finales de 1980 se cambió la forma de cálculo de la UPAC: la corrección monetaria del crédito ya no se hizo por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), sino por la tasa promedio de los Depósitos a Término Fijo (DTF), lo que a la postre llevó a la quiebra de miles de ahorradores. 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, normatividad que sujetó los créditos hipotecarios al IPC. No obstante, varios bancos se negaron a reliquidar los créditos de vivienda de conformidad a lo ordenado por la justicia constitucional. Tal situación llevó a que recientemente la Corte Constitucional ordenará 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.

La legislación laboral se encuentra contenida en la Ley 141 de 1961 y sus sucesivas reformas, entre ellas la Ley 50 de 1990. Esta última flexibilizó las condiciones laborales en perjuicio de los trabajadores. La Ley 789 de 2002, por su parte, eliminó el pago de domingos y festivos y prolongó la jornada diurna de trabajo para reducir el pago extra de horas de trabajo nocturno, todo ello para combatir el desempleo. 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 del Estado con el ahorro estatal proveniente de no reajustar los salarios. La sentencia C-201 de 2002 garantizó la posibilidad de «huelga por solidaridad»³⁷². En esta decisión la Corte deja en

372. Un artículo del Código Sustantivo del Trabajo prohibía a los sindicatos promover la huelga salvo *en los casos de ser declarada de conformidad con la ley y de ser imputable al empleador*, por incumplimiento de las obligaciones *salariales* con sus trabajadores. La Corte afirmó que el ejercicio del derecho de huelga está protegido constitucionalmente en sus distintas modalidades o manifestaciones, entre ellas la denominada

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

claro que una causa de legitimidad de la declaratoria de huelga por trabajadores puede ser la decisión de apoyar a la huelga declarada por otro sindicato, de forma que se fortalecen las actitudes solidarias entre trabajadores sindicalizados. 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-321 de 1999 condenó la práctica de la política empresarial de brazos cruzados, utilizada para forzar la renuncia de trabajadores de empresas privatizadas, por vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores. La sentencia T-568 de 1999 aplicó el bloque de constitucionalidad y reconoció el valor normativo de las decisiones de órganos de la OIT instituidos para la protección de los derechos del trabajador.

La Ley 30 de 1992 organiza el servicio de educación superior. La Ley 60 de 1993 estableció la distribución de los recursos para la prestación de los servicios sociales básicos, entre ellos la educación, pero dicha normatividad fue luego sustituida por la Ley 715 de 2001 que racionalizó dichos recursos educativos y estableció un nuevo reparto de competencias entre el gobierno central y los departamentos y municipios, debiendo estos últimos asumir la prestación del servicio. La Ley 115 de 1994 o «Ley General de la Educación» desarrolla el derecho a la educación y regula la estructura del sistema educativo colombiano. Pese a que la Constitución establece la universalidad de la educación pública y su obligatoriedad y gratuidad para quienes no cuentan con los recursos necesarios para acceder al servicio público de conformidad a lo establecido en la ley, en la práctica la posibilidad legal de exigir el cobro de matrículas, pensiones y demás servicios docentes a los estudiantes incentiva la deserción estudiantil por razones económicas, sobre todo en zonas rurales³⁷³. Por su parte, la jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo (incluso de preescolar) como consecuencia de la demora de los acudientes 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 equidad³⁷⁴. 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

huelga por solidaridad. En un fallo condicionado declaró constitucional la norma siempre que se entienda que ella no prohíbe la huelga por solidaridad, y declaró inexecutable la palabra «salariales».

373. GARAY y RODRÍGUEZ, 2005, pp. 53-77.

374. ARANGO, 2004, p. 206

ción total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación pública preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9 y los 15 años de edad.

El derecho fundamental al mínimo vital es un derecho innominado de creación jurisprudencial (T-426 de 1992) que ha tenido un importante desarrollo. Con anterioridad al cambio constitucional de 1991, el incumplimiento salarial o pensional se veían como un asunto de justicia laboral ordinaria, 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 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 con fundamento en que tal medida desconocía 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) al poder impositivo del Estado en materia tributaria 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.

7.4. GARANTÍAS

El constitucionalismo colombiano combina diferentes garantías para proteger los derechos sociales fundamentales. Ellas se sitúan a nivel nacional e internacional. Las garantías nacionales presentan tres dimensiones: política, social y judicial. Las garantías internacionales involucran al sistema internacional de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal, principalmente con el Consejo Económico y Social y el Comité de Derechos Económicos y Culturales de las Naciones Unidas, como en el ámbito regional, con la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. A continuación se relacionan algunas estrategias para asegurar la garantía de los derechos sociales de nivel nacional. 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 sociales³⁷⁵.

375. ARANGO, 2004, pp. 66-80.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

7.4.1. Resistencia constitucional

Los procesos de ajuste estructural, flexibilización de la legislación laboral y tercerización de las relaciones de trabajo, expresión del 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: a) 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); b) 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); c) al declarar la inconstitucionalidad del sistema de financiación para adquisición de vivienda a largo plazo (ver *supra*, 7.3); o, d) al proteger los derechos de desempleados vendedores ambulantes frente a las medidas administrativas de recuperación del espacio público (ST-883 de 2002).

7.4.2. Democratización de la sociedad mediante la participación

La eficacia de la reforma constitucional de 1991 depende del combate al pensamiento totalitario y a 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. El constitucionalismo moderno ha sabido traducir esa realidad al acoger una amplia gama de derechos fundamentales. Pero la consagración de dichos derechos a nivel constitucional debe ser acompañada de la movilización social. Los derechos humanos (liberales y sociales) sólo pueden convertirse en una realidad tangible si la población está dispuesta a salir a la calle 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 social³⁷⁶. El activismo judicial de la Corte Constitucional (contra lo

376. GARCÍA y UPRIMNY, 2002, pp. 298 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

esperado por parte de sectores críticos con y escépticos del derecho) ha contribuido a la movilización contra hegemónica³⁷⁷ en defensa de los derechos sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las redes sociales y la coordinación de sus estrategias de acción.

7.4.3. Control judicial de políticas públicas sociales

Una tercera 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 culturales³⁷⁸. Baste aquí mencionar como ejemplo la sentencia T-149 de 2002 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 subsidio³⁷⁹.

Las tres estrategias anteriormente expuestas sirven como indicativo de las posibilidades reales de un constitucionalismo social precario que, si bien no saca a las personas de la pobreza, sí señala una dirección política a la actuación pública y privada. Tal labor didáctica, heurística y crítica ofrece las bases iniciales de una constitución social para países víctimas de la marginación, la exclusión y la pobreza. De hecho, tales estrategias hacen parte de la

377. SAFFON, 2007, pp. 533 y ss.

378. ARANGO, 2004, p. 80.

379. 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 CP), el cual incluye no sólo 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 éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

conciencia política y los criterios de legitimidad del ejercicio del poder público. Ello, aunque poco, es importante en tiempos de totalitarismos, extremismos y espejismos hoy en día muy en boga en Colombia y en el mundo.

8. ARGENTINA*

8.1. CONSTITUCIÓN

8.1.1. Antecedentes

La etapa más importante en la protección de los derechos sociales en Argentina se nutre (al igual que en el resto de Latinoamérica) de las influencias del constitucionalismo social europeo. Sin embargo, es preciso anticipar que ya con la aprobación del primer texto de la Constitución Nacional, en el año 1853, se establecieron un conjunto de declaraciones, derechos y garantías, como el derecho a la educación y al trabajo³⁸⁰ que conformarían la base de la protección de la persona humana en forma indirecta y que brindarían elementos para la constitución del Estado de Derecho en Argentina³⁸¹.

En el siglo XX, la protección de los derechos sociales fue ganando terreno a nivel normativo. A partir de 1946, se fueron reconociendo distintos derechos a los trabajadores, como el aguinaldo y la posibilidad de celebrar convenios colectivos de trabajo³⁸². Estos elementos sirvieron de base para la inclusión expresa de derechos sociales en la reforma constitucional de 1949, durante la presidencia de Juan Domingo Perón. Dicho reconocimiento benefició a las clases más bajas y abarcó los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y de la cultura, «y en un sentido totalmente vinculado a ellos, referencias a la función social de la propiedad, la intervención del Estado en la economía, la propiedad estatal sobre las fuentes de energía y los servicios públicos»³⁸³.

Como ejemplo de lo expuesto podemos señalar el artículo 40 de la Cons-

* Por Gastón PIERRI GONSEBATT, excepto el apartado 8.3.2.

380. Estos valores, que aparecen declarados en esa pieza magistral que es el Preámbulo de la Constitución, son la unidad, la justicia, la paz, la defensa común, el bienestar general y la libertad.

381. BIDART CAMPOS, 1976.

382. Esto fue reconocido por primera vez mediante una Resolución Administrativa de la Secretaría de Trabajo y Previsión. En 1953 se sancionó una Ley especial sobre Negociaciones Colectivas, n° 14.250, la cual reglamentó la forma, los alcances y los efectos de este tipo de contratación.

383. MECLÉ ARMIÑADA, 2001.