

Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales.

Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano

Germán Alfonso López Daza¹
Profesor Universidad Cooperativa de Colombia

germanlodaza@yahoo.fr.

Artículo recibido: 28/10/2010 Aprobado: 18/11/2010

RESUMEN

La lucha por los derechos sociales en América Latina ha sido un paradigma de aplicación normativa, en donde la dignificación y divinización de la norma han encadenado la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) al contexto actual de la región.

Desde el contexto Latinoamericano, la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) está condicionado a las actuales democracias representativas formales, que creyéndose ser un avance para los derechos humanos, han resultado protocolizadoras de éstos.

Siendo América Latina probablemente la región del mundo con la mayor brecha de ingresos; analizaremos la constitucionalización y protección judicial de los derechos sociales, en los países más representativos, Argentina, Venezuela, México, Chile, Perú y Colombia.

Durante los últimos 25 años la consolidación de la democracia por medio de elecciones ha resultado ser el mecanismo para el nombramiento de la participación activa del poder, supeditando a su vez no solo la elección de gobernantes, y legisladores o de otros miembros del activo gobierno, sino también escogiendo la forma en que los derechos sociales tendrán su próximo desarrollo en la vida política.

Es a través de las medidas políticas públicas, como los dirigentes del poder, activan la participación en la cultura de los derechos humanos.

Hoy día, América Latina es probablemente la región del mundo donde hay más actividad legal en materia de derechos sociales.

El presente documento muestra un avance del proyecto, específicamente sobre la constitucionalización de los derechos sociales y en el contexto latinoamericano y su justiciabilidad.

¹Profesor e Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia seccional Neiva y de la Universidad Surcolombiana. El presente artículo es resultado del proyecto de investigación titulado La judicialización de los derechos sociales en Colombia como alternativa para la materialización de políticas públicas. Análisis del caso del derecho a la educación (2002-2009). En el proyecto participaron igualmente los estudiantes Daniel Eduardo Alvarado Trujillo, Carlos Arturo Molano Cabrera, Karla Viviana Carreño Polanía y María Ximena Losada Salazar.

El semillero Bitácora presenta una investigación sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia y su desarrollo latinoamericano.

ABSTRACT

The social rights struggle in Latin America has been a law enforcement paradigm, where the dignity and divinity of the rule has chained the applicability of economic, social and cultural rights (ESCR) to the actual context of the region.

From the Latin American context, the applicability of economic, social and cultural rights (ESCR) is subject to existing formal representative democracies, believing that to be a breakthrough for human rights, have been protocol for them.

Because Latin America is probably the region with the largest income gap; analyze the constitutionalization and judicial protection of social rights in the most representative countries, Argentina, Venezuela, Mexico, Chile, Peru and Colombia.

Over the past 25 years the consolidation of democracy through elections has proved to be the mechanism for the appointment of the active participation of power, subject to not only turn the election of governors, and legislators or other active members of government, but also selecting the way in which social rights will have their next development in political life.

It is measured through public policies, as the leaders of power, activate the participation in the culture of human rights.

Today, Latin America is probably the region where there are more legal activity on social rights.

This document shows a preview of the project, specifically on the constitutionalization of social rights in Latin American and their justiciability.

The Bitacora research group presents research on the justiciability of social rights in Colombia and Latin American development.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales, justiciabilidad, políticas públicas, protección judicial, América latina.

Social rights, justiciability, public policy, judicial protection, Latin America.

INTRODUCCIÓN

América Latina es hoy día una región de grandes paradojas: muy rica en recursos pero con una extrema concentración de la riqueza y gran pobreza. La situación social ha sido siempre difícil. Los gobiernos del siglo XX y las democracias de hoy, no han dado una respuesta eficaz a las demandas sociales materializadas a nivel constitucional con los denominados derechos sociales: derecho a la vivienda, derecho a la educación, derecho a la salud y a la seguridad social, derecho al trabajo etc. La mala distribución de la riqueza es un elemento común en casi todos los países.

América Latina puede ser parte del mundo donde la desigualdad es más severa. Según la CEPAL, el 33.0% de los habitantes de la región son pobres, incluyendo un 12,9% que vive en condiciones de pobreza extrema o indigencia. Estas cifras corresponden a 180 millones de personas pobres y 71 millones de indigentes respectivamente².

A pesar de las reivindicaciones y el descontento de algunos sectores, la situación en la mayoría de los países no ha cambiado. No obstante los avances logrados en el ámbito de la salud y la mortalidad siguen siendo muy elevada.

Esta situación contrasta con la abundancia de derechos sociales consagrados en las constituciones y en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas ratificada por los países latinoamericanos.

Es así como la materialización de los derechos sociales en América Latina ha pasado por el sistema judicial. En algunos países son los órganos judiciales quienes intervienen en la política social que debe seguir el respectivo gobierno, y son estos mismos órganos quienes supervisan su aplicación.

América Latina es probablemente la región del mundo donde hay más actividad legal en materia de derechos sociales.

El semillero Bitácora desarrolla en la actualidad un proyecto sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia y su desarrollo en el contexto latinoamericano. El presente documento presenta un avance del proyecto, específicamente sobre la constitucionalización de los derechos sociales en el contexto latinoamericano y su justiciabilidad.

El problema jurídico planteado por el grupo se circunscribe a determinar cuál es el grado de constitucionalización de los derechos sociales en algunos países de América y si existe un desarrollo jurisprudencial que refleje la judicialización de estos derechos.

El objetivo de esta investigación es el de determinar si en algunos países de América Latina (Argentina, Venezuela, México, Chile, Perú y Colombia) se han constitucionalizado los derechos sociales y si existen referencias jurisprudenciales sobre su reclamación ante tribunales nacionales.

Este documento presenta una visión esquemática y analítica de la situación constitucional de los derechos sociales en América Latina, dando una primera aproximación doctrinal al concepto y su desarrollo.

Se presentará en primer lugar, la fuente normativa principal de los derechos sociales: los tratados internacionales. Posteriormente, se discutirá su reconocimiento constitucional en las distintas constituciones políticas latinoamericanas especificando los aspectos más importantes. Por último, se expondrán de manera muy sucinta algunas líneas jurisprudenciales de algunos tribunales constitucionales de América Latina, tales como los tribunales argentinos, venezolanos, peruanos, chilenos, mexicanos y colombianos, para determinar el resultado de la situación en América Latina.

1. DE UN ESTADO LEGAL A UN ESTADO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

El derecho constitucional latinoamericano ha experimentado de manera muy similar, la misma evolución que la de otros países y por lo tanto no presenta un carácter excepcional. Anteriormente, era el derecho clásico el que tenía como fundamento principal la ley, que se caracteriza, en palabras de Carré de Malberg “un estado legal o léxicentrismo” (Combacau, 1992, p.156) y ello hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, el Estado legal nacido en el siglo XIX, da paso a un Estado constitucional. La legalidad principio básico del estado de derecho, alimentando al público y administrativas, en particular la ley, que se convirtió en la rama mayor. Las leyes sobre todo deben ser legales, es decir, en

²<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/37839/PSE2009-Sintesis-Lanzamiento.pdf>. Panorama social de América Latina

consonancia con la norma superior, la inconstitucional es una preocupación secundaria.

El Estado legal coincide con el modelo de organización jurídica y política basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación, en el imperio de la ley, en el desarrollo de un modelo positivista y en la concepción del juez como una especie de autómatas (Prieto Sanchis, 1999, pag.8). Las leyes debían ante todo ser legales, es decir conformes a la regla superior; la inconstitucionalidad era una preocupación secundaria.

Francia fue el Estado legal por excelencia con amplia influencia en casi toda Latinoamérica; el derecho administrativo presentó un notable desarrollo, principalmente en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX. En el Estado legal, las diferentes ramas del derecho evolucionaron independientemente sin preocuparse por su cohesión. La legalidad era entonces fraccionada y presentaba lagunas, lo que obligaba a recurrir continuamente a los principios generales del derecho.

El Estado legal nacido en el siglo XIX, fue reemplazado por el Estado constitucional hacia mediados del siglo XX. La legalidad, principio base del Estado legal, alimentaba el derecho público y más particularmente al derecho administrativo, el cual se convirtió en el brazo más importante del derecho. Sólo los jueces administrativos tenían la misión de vigilar al respecto de la legalidad administrativa.

En el Estado constitucional, como su nombre lo indica, la Constitución se convierte en referencia primaria y la ley pasa a un segundo plano sin que ésta pierda su importancia.

Cabe señalar que este fenómeno de disminución de la legalidad de la Constitución, apareció después de la segunda guerra en general y Francia en los años 70. Ésto no ocurrió en países

como los Países Bajos, Luxemburgo, Finlandia, Suecia, el Reino Unido, donde el concepto de constitucionalidad no está claro.

La Constitución organiza las competencias y el poder, los cuales no pueden ser ni restringidos ni modificados por el parlamento. La Carta contiene igualmente derechos fundamentales, así como valores y principios rectores del sistema jurídico. El tratadista Hugues Portelli dice en relación con este aspecto: "En el seno de las constituciones, los derechos fundamentales disfrutaban en lo sucesivo de un lugar privilegiado: a diferencia de las disposiciones técnicas, frecuentemente cambiadas, los derechos fundamentales necesitan muy seguido de los mecanismos de revisión particulares más rígidos. Sobre todo su superioridad, como aquella del conjunto de la Constitución, está garantizada por un procedimiento jurisdiccional, el control de constitucionalidad, que da a la jerarquía de las normas, en donde la Constitución está en la cumbre de su efectividad" (Portelli, 2004, pag.4).

Una característica fundamental de muchas constituciones de América Latina es la existencia actual de un defensor de la supremacía constitucional, que se llama o de la corte o tribunal constitucional. Las decisiones del tribunal deben ser respetadas por todos, pero especialmente por el gobierno y los jueces.

El establecimiento de Estados constitucionales en el mundo y la marcada preponderancia de las Cortes Constitucionales en América latina a través de su actividad interpretativa, han conducido al surgimiento de desviaciones que Favoreau³, las ha denominado como la hiperconstitucionalización, el Panconstitucionalismo y la omnipresencia constitucional (Favoreau, 2000, pag.31).

La primera desviación, hace referencia a la creciente influencia de la constitución en los sistemas jurídicos latinoamericanos. La segunda desviación, hace referencia a una especie de

³ FAVOREAU, Louis. legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 2000. p.31

"divinización" o "deificación" del constitucionalismo en el que la Carta se ha convertido en un texto sagrado. La tercera desviación, hace referencia a la intervención de la Carta en todos los aspectos de la vida del Estado y del pueblo, como se indica por el número cada vez mayor de artículos constitucionales observados en muchos países: 444 en Ecuador⁴, 411 en Bolivia⁵, 380 artículos en Colombia⁶, 350 artículos en Venezuela⁷, 332 en Uruguay⁸ y 311 en Panamá⁹.

La influencia de la Constitución ha sido fundamental en la vida social y política actual de los países de América Latina. Todos los aspectos de la vida, se han visto afectados por la acción de la Constitución y los tribunales constitucionales. Los magistrados, funcionarios y sociedad en general han tenido que asimilar la nueva situación y aprender las reglas básicas de derecho constitucional.

Anteriormente, el derecho constitucional colombiano era un derecho reservado a los juristas especializados en derecho constitucional, es decir a los constitucionalistas. Hoy día, esta rama del derecho ha tomado una gran importancia. Todo está constitucionalizado. Los derechos fundamentales, la participación ciudadana, los mecanismos de protección de derechos, las minorías, las relaciones internacionales, la educación, la salud, el trabajo, la protección social, la función pública, las fuerzas militares, la religión, y, obviamente, la política.

2. HACIA UN CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

En el origen del Estado moderno (Estado liberal), el término "derechos sociales" se utilizaba muy poco en el discurso político y jurídico. Era además un término que no figuraba en las categorías jurídicas y políticas de la época.

Las Naciones Unidas discutieron durante los años 50 cómo hacer frente a los Derechos Fundamentales y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en un cuerpo legislativo único. Reconocieron que las libertades civiles y políticas y los DESC estaban muy cerca, pero finalmente decidieron redactar dos tratados con el fin de respetar de la mejor forma sus diferencias.

La doctrina de los derechos humanos y sus prácticas, nacieron en el campo de los derechos civiles y políticos. Los derechos sociales son derechos fundamentales, es decir, los derechos subjetivos con un alto grado de importancia. Pero lo que distingue a los derechos sociales de otros derechos, es su carácter de derechos de prestación, es decir, son derechos generales positivos que obligan al Estado a dar prestaciones a sus asociados.

Otra diferencia importante entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales, es su aplicación o puesta en marcha.

Ciertos doctrinantes,¹⁰ han fijado algunas características de los derechos sociales como la existencia de una norma jurídica, una obligación legal, una posición jurídica, un nivel de importancia y un carácter general positivo. Otra característica de los derechos sociales es que ellos no pueden, en teoría, ser reclamados por vía judicial, ya que ellos dependen directamente de la voluntad política que definirán el desarrollo de distintos campos de aplicación de estas leyes, elevando o bajando los presupuestos respectivos.

Por su parte, los derechos fundamentales pueden ser exigidos mediante procedimientos judiciales como en México (Juicio de Amparo), España (recurso de amparo), Ecuador (acción de

⁴ Constitución Política de la República del Ecuador de 2008.

⁵ Constitución Política de la República de Bolivia de 2008

⁶ Constitución Política de Colombia de 1991

⁷ Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

⁸ Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997

⁹ Constitución de la República de Panamá de 1983

¹⁰ Por ejemplo, ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, pag. 38.

protección de amparo directo), Bolivia (acción de amparo constitucional) o en Colombia (acción de tutela).

Hoy en día, algunos procedimientos previstos ante los tribunales nacionales, o ante organismos de la Administración u otros órganos jurídicos internacionales pueden lograr la aplicación de los DESC. Es el caso de los defensores y activistas de derechos humanos, que se ocupan cada vez más de problemas que implican una amenaza para la vida o dificultades relacionadas con violaciones de los DESC. Por ejemplo: se estima que el caso de la *Treatment Action Campaign*¹¹ salvó miles de vidas en el sur de África para garantizar el acceso a los medicamentos antirretrovirales a las mujeres embarazadas seropositivas, para prevenir la transmisión intrauterina del virus.

Las acciones judiciales, complementadas por una movilización social masiva, por un activismo político y por campañas en los medios de comunicación, son herramientas importantes que pueden salvar o mejorar las vidas de muchas personas o para proteger los derechos sociales.

3. LA FUENTE PRINCIPAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMERICA LATINA: EL TRATADO INTERNACIONAL

El punto de partida para la protección normativa de los derechos sociales, es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas, que reconoce los derechos civiles y políticos, y sociales.

Los Derechos Civiles y Políticos se discuten en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos¹², y los Derechos Sociales en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales¹³, ambos en vigor desde 1976.

El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales reconoce como un derecho

social, el derecho al trabajo, la asociación sindical, la seguridad social, la protección a la familia, la salud, la educación, el acceso a la cultura y a los resultados científicos. Muy importante también, es la Convención 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que contiene protecciones específicas para los pueblos indígenas de América Latina, principalmente en las zonas del territorio, los recursos y la identidad culturales. La Convención fue ratificada solamente por algunos países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela (Castro Buitrago, 2007).

Otros instrumentos también importantes en América Latina, han sido: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Carta Andina (1994), y la Declaración de Machu Picchu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza (Bartlett Castellá, 2007, pag.34).

Reconociendo las limitaciones de los recursos reales que afectan la realización plena de los derechos sociales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece obligaciones a los Estados signatarios. Estos tienen una obligación fundamental para garantizar al menos los niveles básicos de satisfacción de cada uno de los derechos enunciados en el Acuerdo, incluido el de la salud. Estas obligaciones disponen:

a) Garantizar el derecho de acceso a las instalaciones, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial respecto a los grupos vulnerables o marginados.

b) Garantizar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantizar que nadie sufra de hambre.

¹¹ Treatment Action Campaign es un organismo no gubernamental sudafricano creado para luchar contra el SIDA. Fue fundada en 1998 por el activista VIH-positivo Zackie Achmat. Consultar en <http://www.tac.org.za/community/>

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966.

¹³ Ibid

c) Garantizar el acceso a una vivienda, la vivienda y condiciones sanitarias básicas, y un suministro adecuado de agua potable.

d) Proporcionar los medicamentos esenciales, de acuerdo con las definiciones contenidas en los informes periódicos Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

e) Asegurar la distribución equitativa de todas las instalaciones, los bienes y servicios de salud.

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y plan de acción para los ciudadanos para hacer frente a problemas de salud pública por la salud de toda la población.

Los tratados internacionales han sido la fuente principal de las normas de los derechos sociales en América Latina. Sin embargo, las constituciones políticas de la región, son de vital importancia en términos de derechos sociales, principalmente en la de México de comienzos del siglo XX.

4. LA AMPLIA GAMA DE DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA

Las constituciones de América Latina se caracterizan por la consagración de los derechos sociales de manera amplia y detallada. México fue el primer país latinoamericano que consagró derechos sociales en su Constitución. La Revolución Mexicana de 1910 fue un factor decisivo para la formación de los derechos sociales, a causa de las demandas populares que creó este movimiento social, y fueron incluidos como derechos en la Constitución de 1917. Los principales logros fueron la limitación de la propiedad privada y los derechos de los trabajadores.

La doctrina admite que la Constitución de 1917 es el punto de partida del movimiento socio-jurídico que

influenció las constituciones de América Latina, principalmente en el ámbito de los derechos sociales (VILLALPANDO, 1976, pag.12). Por lo tanto, estos derechos se han venido introduciendo gradualmente en las constituciones de América Latina. Sin embargo, el positivismo, el formalismo rígido, el excesivo poder del presidente y su autoritarismo y la falta de dinamismo en el sistema jurídico que prevaleció durante el siglo XX, han impedido la materialización de los derechos.

El siglo XX se caracterizó por el establecimiento de dictaduras en muchos países de América Latina, lo que produjo una violación sistemática de los derechos humanos y el estancamiento de los derechos sociales de los países afectados. La instauración progresiva de la democracia y el cambio constitucional en algunos países, han sido características de finales del siglo XX. La influencia del constitucionalismo europeo de la posguerra, específicamente el constitucionalismo español, marcó la dirección del constitucionalismo de América Latina a partir de finales de siglo.

La inclusión de un catálogo más amplio de derechos humanos, de mecanismos de protección judicial y de derechos de segunda¹⁴ y tercera¹⁵ generación, de los derechos y los derechos legales de segunda y tercera generación son las características más importantes de este período. En cuanto a los derechos sociales, que son reconocidos por numerosos artículos en las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (2006) y Venezuela (1999).

Por su parte, la Constitución de Chile (1980) cita muy brevemente los derechos sociales y da al Estado un papel de promotor.

En América Latina existe un derecho que goza de una amplia protección legislativa: el derecho a la educación. Un rápido vistazo a los distintos países de la región muestra que en la mayoría, este derecho está expresamente considerado en los

¹⁴ Como el derecho a la salud y a la seguridad social, derecho a la educación, a una vivienda digna, derecho a una pensión de jubilación, derecho a la educación universitaria, derecho a los servicios públicos, etc.

¹⁵ Estos son los derechos colectivos como el derecho al medio ambiente sano, al espacio público, etc.

mismos términos que en los tratados internacionales. Según la oficina especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación, todos los países de América Latina han dado al derecho a la educación primaria un carácter gratuito y obligatorio y gratuita en sus constituciones, y solamente cuatro países (El Salvador, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana) lo incorporan de manera más restringida (reservado a los ciudadanos y a los residentes). En relación con la educación y de acuerdo con el informe de la Regional de Educación para Todos Monitorat¹⁶, la educación preescolar, aunque ha registrado un aumento en el número de estudiantes, sigue teniendo la cobertura sigue siendo baja en región (12 países presentan tasas inferiores al 50% en septiembre y menos del 40%) o la cobertura de la educación primaria básica alcanzó más del 90%, aunque los índices de culminación de esta etapa son aún pobres; en lo que respecta a la educación secundaria "[...] sólo cinco países de América Latina superan el 70% en la tasa neta de inscripción [mientras que] dos de ellos por debajo del 40%." Por su parte, la tasa de analfabetismo "[...] no son alentadores en algunos países de la región. Tres países tienen tasas superiores al 20%.

La calidad de la educación sigue siendo un problema importante. El primer estudio del Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación (LLECE) arrojó que el rendimiento de los estudiantes de tercer y cuarto grado son bajos, principalmente en las zonas rurales. Con la excepción de un país, la mayoría de los estudiantes tienen dificultades de comprensión, y poseen poca capacidad para resolver problemas simples de matemáticas de la vida cotidiana.

En la mayoría de Estados, el derecho a la educación es considerada de manera explícita en las constituciones y en la legislación.

Por el lado del derecho a la salud, podemos decir

que es un derecho en constante evolución, teniendo en cuenta el actual dinamismo y avance de la ciencia al igual que por la aparición de nuevas enfermedades. Por lo tanto es un derecho que causa amplia controversia.

Por el lado del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁷, "la salud humana en todos los aspectos y en todos los niveles comprende los elementos esenciales siguientes e interrelacionados, en el que la aplicación dependerá de las condiciones imperantes en el Estado miembro":

- Disponibilidad. Cada Estado debe tener un número suficiente de instituciones, los bienes y los servicios públicos y programas de salud.

- Accesibilidad. Las instituciones, los bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) la no discriminación, ii) la accesibilidad física, iii) asequibilidad iv) el acceso a la información.

- Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud, deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.

- Calidad. Las instituciones, los bienes y servicios de salud también deben ser apropiados en términos de la ciencia y la medicina y de buena calidad.

El derecho a la salud se menciona en todas las constituciones de América Latina. A título de ejemplo, el artículo 19 numeral 9 de la Constitución chilena, el artículo 42 de la Constitución argentina, el artículo 7 de la Constitución peruana, el artículo 4 de la Constitución mexicana, el artículo 83 de la Constitución venezolana, el artículo 49 de la Constitución colombiana de 1991. Sin embargo, su demanda en los tribunales no es explícita.

¹⁶ UNESCO, "Educación para Todos en América Latina: un objetivo a nuestro alcance", Informe regional de Monitoreo de EPT, 2003, pp. 16-17, tomado de <http://eptunesco.cl/medios/pdf/espanol.pdf>.

¹⁷ Comité de Droits Économiques, Sociaux et Culturels, le droit au bénéfice du plus haut niveau possible de santé, 11/08/2000, E/C.12/2000/4, CESCR Observation Générale 14 (General Comments), Genève, 25 avril à 12 mai 2000.

Anteriormente en los Estados latinoamericanos (segunda mitad del siglo XX), todas las funciones relacionadas con la prestación del servicio de la salud (dirección, organización, prestación de servicios y evaluación) dependían de un sólo agente: el Estado. Hoy día, el Estado delegó muchas funciones en el sector privado.

La nueva política social en el marco neoliberal se centra en tres estrategias: la concentración, la descentralización y la privatización. Estos tres ítems han sido aplicados a los nuevos modelos de salud en América Latina, sobre la orientación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial: a) concentración de los fondos y redistribución a la población pobre. b) Descentralización de los procesos administrativos y financieros en los dominios de la salud y la educación, y c) la privatización de los servicios sociales.

5. SURGIMIENTO DE JURISPRUDENCIA PROTECTORA DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO DE MÉXICO, ARGENTINA, VENEZUELA, CHILE, COLOMBIA Y PERÚ

En las nuevas constituciones, desde la segunda mitad del siglo XX, es posible reconocer la influencia de la jurisdicción constitucional concentrada y especializada tipo europeo. Esta influencia se mezcla con los sistemas de control constitucional desarrollado en los países latinoamericanos, y esto ha llevado en parte a lo que se llama un sistema de control constitucional paralelo o mixto.

El establecimiento de un sistema concentrado y especializado de justicia constitucional en España, ha influido significativamente en el desarrollo de este campo en América Latina.

La jurisprudencia constitucional actual de América Latina no se limita simplemente a interpretar la norma constitucional, sino que incluye elementos del desarrollo político, económico y social.

Sin embargo, según Lösing, en América latina, sólo

Costa Rica tuvo influencia directa de la justicia constitucional española y alemana (Lösing, 2002).

Lösing dice que en su opinión, la jurisdicción constitucional en América Latina ha obtenido progresos considerables durante las últimas dos décadas, teniendo muy en cuenta como referente el modelo europeo de jurisdicción constitucional especializada y concentrada. El resultado de este desarrollo es a menudo una jurisdicción constitucional caracterizada por un sistema de control constitucional que opera de manera mixta o paralela, ya que contiene elementos del "judicial review", todo como el control constitucional especializado o concentrado europeo.

Por otra parte, en muchos países de América Latina, hay acciones o recursos especiales contra la violación de los derechos fundamentales. Así sucede, por ejemplo, de acción de tutela en Colombia, El Juicio de Amparo en México, Recurso de Amparo en Costa Rica, El Recurso de Amparo exhibición personal o de amparo en Nicaragua o la Acción de Amparo Constitucional en Argentina, Venezuela o Perú.

En algunos casos, los tribunales constitucionales tienen la atribución de fijar el alcance de las normas constitucionales en materia de protección de los derechos fundamentales. En sus decisiones, los tribunales abordan los problemas específicos o generales sobre los derechos de primera, segunda o incluso tercera generación.

A continuación, vamos a presentar la protección de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los seis países de América Latina más representativo.

5.1. El caso mexicano

En relación con la protección de los derechos fundamentales, el artículo 103 de la Constitución mexicana señala que *los tribunales federales resolverán cualquier controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales*. Es decir, la norma incluye los derechos de primera generación (vida, libertad, expresión, etc)

El juicio de amparo (protección) cubre cinco áreas, que si bien están regulados por normas generales, tienen características particulares:

- El amparo como un medio de defensa de los derechos de libertad humana, lo que significa que protege al individuo contra actos que afecten su vida, la libertad y la dignidad personal, de conformidad con la legislación respectiva.

- El amparo en contra de las leyes. Ésta es utilizada para proteger a las personas de leyes inconstitucionales, haciendo caso omiso de esta norma en casos específicos.

- El amparo en materia judicial. Tiene por finalidad, examinar la legalidad de las resoluciones judiciales en última instancia, adoptadas en todos los tribunales del país y reparar las violaciones del derecho al debido proceso por vicios defectos de procedimiento y de fondo.

- El amparo administrativo. Se utiliza contra las resoluciones o actos definitivos emanados de los órganos de gobierno, cuando éstos afecten los derechos los particulares.

- El amparo en materia agrícola. Con las reformas de 1962 de la Constitución Federal, la Ley de Amparo, cubre ahora el sector agrario.

Por el lado de los derechos sociales en México, estos están protegidos de manera parcial y contradictoria. No existe disposición constitucional expresa que ordene su protección directa. Sin embargo, representan la bandera del régimen político que desde la introducción de la Constitución de 1917, sólo los artículos 27 y 123, relativas a la protección de los centros de población "ejidos" y los derechos sindicales de los trabajadores pueden ser objeto de una acción de amparo.

El derecho a la protección de la salud, educación, medio ambiente, etc., a pesar de ser derechos sociales, colectivos o incluso difusos, no gozan de

la protección jurisdiccional prevista por vía del amparo. En efecto, el Estado los considera como derechos ligados a los programas económicos de los poderes públicos.

De esta manera, la protección judicial directa y particular de los derechos sociales y colectivos es aún una tarea pendiente de la Constitución mexicana y sus jueces.

5.2 El caso argentino

En cuanto a la protección de los derechos sociales en Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 43 de manera expresa, una *acción de amparo* constitucional, como mecanismo adecuado para proteger todos los derechos de naturaleza constitucional (incluyendo los tratados internacionales), incluido el derecho a la salud.

Esta herramienta de protección había sido inicialmente reconocida jurisprudencialmente y, a continuación legalmente. La Corte Suprema de Justicia de la nación, profirió sentencias en las cuales se incluye expresamente la protección del derecho a la salud: el alcance que los jueces han dado al campo de protección está aumentando, especialmente en los derechos de segundo y tercera generación.

Por ejemplo, es posible citar algunas sentencias del Tribunal Supremo que han protegido de manera efectiva el derecho a la salud:

El derecho a la salud está reconocido en los documentos internacionales ratificados por nuestro país (...) Esto significa - la duración mínima de conservación de la vida y requiere una acción afirmativa de los organismos del Estado, garantizando el tratamiento de personas en situación de riesgo con los servicios necesarios. (...) En este sentido, la Declaración de Derechos efectuada en nuestra Constitución no puede ser mera retórica, sino el deber de la magistratura a ejercer plenamente su función que no se limita al respeto de la ley, sino a vigilar la aplicación efectiva del derecho¹⁸.

¹⁸ Sentencia 2531/06 "R., J. E. c/ I.N.S.S.J.P. (PAMI) s/ amparo" proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia n°4 Plata, 18 mai 2.006 et arrêt 13389/06, "L. E. C. c/ AFJP HSBC MAXIMA s/ Amparo (art.321 inc.1° CPCCN)", proveniente del Juzgado Federal n°3 de Lomas de Zamora.

Se puede resaltar que el compromiso de la Corte Suprema vuelve efectivo el derecho a la salud (derecho social) y para protegerlo a través de la acción de amparo. Estos argumentos permiten entender que el derecho a la salud no es simplemente una declaración de derechos, como principios de mera voluntad, sino que debe ser entendido como el compromiso del propio Estado y de todos sus organismos para garantizar que este derecho sea verdaderamente materializado.

5.3. El caso venezolano

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 tiene un fundamento socialista y garantista. Este nuevo texto constitucional desarrolla gradualmente los derechos humanos y los derechos sociales, muchos de ellos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. La Carta otorga la responsabilidad al Estado para garantizarlos.

La Constitución consagra en el artículo 27, el derecho de toda persona a estar protegida en el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, a través de *la acción de amparo constitucional*. Esta acción es oral, pública, gratuita, informal y se puede utilizar para restablecer el derecho afectado.

En el capítulo V (artículos 75 a 97), la Constitución consagra *los derechos sociales y de la familia*: protección a la familia, los derechos del niño, la protección de la maternidad y la paternidad, de protección del matrimonio, reconocimiento de los derechos de las personas mayores y las personas con discapacidad, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, el derecho de los trabajadores y los derechos sindicales.

El Capítulo VI (artículo 102-104) establece los derechos culturales y educativos. Estipula que la educación es un derecho humano y un deber social fundamental, democrático y gratuito.

Capítulo VI (artículo 115) garantiza los derechos económicos, tales como el derecho a la propiedad.

El Tribunal Supremo de Justicia garantiza la supremacía y efectividad de la Constitución. La Sala Constitucional determina la interpretación de las normas constitucionales y revisa las sentencias de amparo dictadas por tribunales inferiores (artículos 335 y 336).

En estos once años de vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, el Tribunal Supremo ha dictado precedentes muy importantes que protegen los derechos sociales. Por ejemplo, en el caso del derecho a la educación el Tribunal dijo:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el derecho expreso de todos los ciudadanos a la educación, consagrado como un derecho humano fundamental y orientada a la preservación de una sociedad democrática basada en, entre otros valores, la participación activa de éstas y en el pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros. Este derecho también está consagrado como un deber social fundamental, democrática, gratuita y obligatoria, que debe ser garantizado por el Estado que asume como una función indeclinable y de máximo interés en todos los niveles y modalidades".

Es así como Venezuela ha registrado un significativo progreso en materia de la protección de los derechos sociales, en primer lugar, por la consagración expresa de la Carta y luego por el pronunciamiento judicial en el que ha abordado la protección de algunos derechos sociales como la educación, la propiedad (sentencia 403 de la Sala constitucional asunto 05-2389 del 24/02/2006), el derecho al deporte y a la recreación (sentencia 255 de la Sala constitucional asunto 05-0487 del 15/03/2005), los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos (asunto 02-0444 de 31.05.2004), etc.

5.4. El caso peruano

La Constitución Política del Perú de 1993 consagra los derechos fundamentales de la persona en el Capítulo 1, Sección 2 (24 números). Toda persona tiene el derecho a la vida, la integridad, la equidad, la libertad, la religión, de conciencia, el honor de la

información de la reservación, asociación, etc.

Los derechos sociales están en el capítulo II y comprenden, entre otros, los derechos de los niños, adolescentes, de la madre, del anciano, de la salud, la seguridad social, la libertad de cátedra, el desarrollo científico, el derecho al trabajo, derecho de los trabajadores, derecho de asociación sindical, etc.

El artículo 200 de la Carta consagra la acción de amparo como un medio para proteger los derechos reconocidos por la Constitución contra los abusos del poder público o particulares. El Tribunal Constitucional es el competente para resolver en última instancia (artículo 202).

Las sentencias del Tribunal Constitucional han abordado temas como el arbitraje, la autonomía de procedimiento, el bloque de constitucionalidad, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad personal, el derecho al proceso requerido, el derecho al trabajo etc.

Las decisiones del Tribunal constitucional sobre los derechos y garantías sociales han sido muy importantes y garantistas. Cabe mencionar los siguientes: Convención Colectiva (07957-2005-AA/TC (FJ 3-7) 04635-2004-AA/TC (FJ 24) el derecho a trabajar libremente (2802-2005-PA/TC (FJ 2) 4058 - 2004-AA/TC (FJ 5), el derecho a descansar y disfrutar durante su tiempo libre (04635-2004-AA/TC (FJ 18-20), el despido arbitrario (08086-2005-AA/TC (FJ 06) - (09272-2005-PA/TC (FJ 04), etc.

De la revisión general de las decisiones constitucionales se observa un gran número de sentencias en materia de derecho al trabajo y pensiones.

5.5. El caso chileno

La Constitución chilena de 1980 establece claramente que los derechos sociales no tendrían protección legal a través de recursos de protección (protección de los derechos fundamentales chilenos que retoma el artículo 20 CPR). El artículo

20 CPR así lo ha reglamentado. Los jueces han seguido esta regulación constitucional al pie de la letra y no han dado protección a derechos sociales, como la educación y la salud, ya que considera que son los derechos sociales en sentido estricto, es decir, derechos que dependen directamente de la acción estatal.

Es necesario señalar otros aspectos de estos derechos y es que se materializan por la vía del *recurso de protección*, por ejemplo, la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir las instituciones educativas, entre otros. El derecho a la salud (pero de una manera más general) obtiene también protección cuando éste es violado por actos del Estado o de los particulares.

El *recurso de protección* funciona solamente en Chile como una forma de protección de los derechos fundamentales teniendo en cuenta su calidad de derechos negativos de libertad. Hace unos años hubo una fuerte protesta de los estudiantes de Chile en contra de la mala calidad de la educación en el país. La Presidente, en su paquete de negociaciones, propuso que el derecho a tener una educación de calidad estuviera protegido por el *recurso de protección*, razón por la cual se ha propuesto una reforma constitucional. Sin embargo, esta iniciativa no finalizó afirmativamente y parecería que esta reforma no tuvo el suficiente apoyo político

5.6. El caso colombiano

Algunos derechos fundamentales contenidos en la Carta en 1991, disfrutaban de un mayor nivel de protección ante los particulares y ante el Estado. Según la doctrina clásica seleccionada por la Corte Constitucional colombiana (principalmente en la sentencia T-08 en 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein) los derechos fundamentales presentan una jerarquización.

En primer lugar encontramos los derechos de la primera generación que estableció la Constitución de Colombia en la Parte II del Capítulo I, como el derecho a la vida (artículo 11), el derecho a la

integridad física y personal (artículo 12), el derecho a la igualdad (artículo 113), el derecho a la personalidad jurídica (artículo 14), el derecho al honor, la intimidad y la buena reputación (artículo 15), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), etc. Los derechos de primera generación están compuestos por los derechos inherentes a las libertades humanas y civiles. Estos derechos tienen dos características: 1) Son reconocidos internacionalmente a través de los tratados internacionales. 2) Tienen mecanismos de protección (tutela).

En principio, sólo estos derechos pueden ser defendidos a través del recurso de la acción de tutela. Sin embargo, otros derechos como la vivienda o el derecho a la sucesión en los cuales la calidad de derecho fundamental han sido reconocidos por el juez, se pueden defender a través de este mecanismo. Sin embargo, pertenece al juez ampliar el alcance del derecho a otros derechos no consagrados en la Constitución.

En segundo lugar encontramos los derechos sociales, económicos y culturales, también llamados de segunda generación ubicados en el capítulo II del título II de la Constitución Colombiana, como la protección a la familia (artículo 42), la igualdad de género y la protección especial de las mujeres (artículo 43), los derechos de los niños (artículo 44), protección de los jóvenes (artículo 45), la seguridad social como servicio público obligatorio (artículo 48), el servicio de salud y la protección del medio ambiente (artículo 49), el derecho a una vivienda digna (artículo 51), el derecho al entretenimiento (artículo 52), derecho a la capacitación (artículo 54), derecho a la educación (artículo 67), etc. Los derechos de segunda generación o programáticos, están compuestos de un conjunto de derechos de nivelación. Estos derechos imponen al Estado una carga u obligación que implica un gasto de recursos.

Por último, encontramos los derechos de tercera generación, consagrados en el Capítulo III, Título II de la Constitución de 1991. Estos son los derechos colectivos y del medio ambiente. Ellos son: Calidad

de los bienes y servicios donados a la Comunidad (artículo 78), la protección de los recursos naturales (artículo 80), prohibición de armas químicas, biológicas o nucleares (artículo 81), la protección del espacio público (art. 82). Estos derechos se distinguen de los derechos de primera y segunda generación en su objetivo: se trata de garantías creadas para preservar la humanidad.

Si bien existen estas distinciones, es al juez a quien corresponde decidir caso por caso sobre su viabilidad de protección aplicando el criterio de la conexidad.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no son mencionados en esta forma por el texto constitucional, sino que presentan esta cualidad debido a su relación íntima e inseparable con otros derechos fundamentales. A título de ejemplo podemos citar el derecho a la salud (en conexidad con el derecho a la vida), el derecho a un tratamiento de fertilidad (en conexidad con la dignidad, la igualdad, la integridad física y la confianza legítima (sentencia T- 572 de 2002), derecho a la protección de la familia (sentencia T.589 de 1999), derecho de acceso a los documentos públicos (en conexidad con el derecho fundamental de solicitud de información T-621 de 1996), derecho de consulta (en conexidad con el derecho fundamental de solicitud de información T-053 de 1996), derecho a la huelga (en conexidad con el derecho al trabajo y a la asociación sindical libre), derecho a la tranquilidad (en conexidad con el derecho a la vida y la privacidad T-325 1993), derecho a la seguridad, tranquilidad, la salubridad y la moralidad pública (en conexidad con el derecho a la vida, a la intimidad personal y familiar, la salud y la paz - T-476 de 1997), derecho a la recreación y el deporte (en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (T-252 de 1993), derecho a la posesión (en conexidad con el derecho a la propiedad T-494 de 1992), etc.

6. CONCLUSIONES

En América Latina existe un fetichismo legal y constitucional: se hace o se cambia una norma (o algunas veces una constitución) con la esperanza

de que las cosas cambien y que los principales problemas como la pobreza, el desempleo, el subdesarrollo, la corrupción, etc., van a desaparecer.

Mientras que de un lado, el texto constitucional parece ser la panacea que resuelve todo tipo de problemas políticos, económicos y sociales, por otro lado, hay un claro consenso sobre la falta de credibilidad de los dirigentes y del sistema político en general. La existencia de las constituciones y leyes no es una garantía de respeto; nuestros países tienen todavía un enorme desafío, el de volver real el orden jurídico. Sin embargo esta realidad no invalida su importancia, ya que estas disposiciones pueden servir como muro de contención al establecimiento de medidas regresivas o contrarias a los principios. Afortunadamente, esos días se han ido y hay un proceso de consolidación de la cultura de la democracia y el principio de respeto de los derechos humanos, principalmente de parte del Estado. Pero ¿lo mismo ocurre con otros derechos?

Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina están a un nivel elevado de desarrollo a pesar de los numerosos problemas sociales y el presupuesto de la región. El crecimiento de la reglamentación es muy amplio y los mecanismos de protección judicial en la mayor parte de la región son aceptables. Sin embargo, un derecho que no cuenta con mecanismos que hagan posible su debido ejercicio y su protección es un derecho incompleto.

No basta entonces con tener un enunciado constitucional, sino, también es necesario establecer normas que definan las responsabilidades

del Estado, los mecanismos de reclamación, las formas de exigibilidad. Pero, obviamente, estas necesidades de transacción no pueden en modo alguno, limitar y reducir los derechos.

Hay países muy avanzados en este proceso: Argentina, Perú, Venezuela y Colombia, por ejemplo. La concepción del juez pasivo, dedicado sólo a aplicar silogismos como una especie de computador ha cambiado. El juez latinoamericano se ha convertido en un creador y protector de los derechos, no solamente fundamentales, sino sociales, lo que anteriormente era un asunto exclusivamente político.

Existen condiciones difíciles en América Latina para obtener una justicia constitucional eficaz, como la segmentación étnica, la instrumentalización de las constituciones de algunos grupos de poder y la escasa capacitación y remuneración de los funcionarios, jueces y empleados públicos. Además, la pobreza, junto con el aislamiento geográfico de la población rural, además de los conflictos armados internos, la pérdida del monopolio del poder por el Estado, el aumento de la inestabilidad constitucional, son las consecuencias de una falta de consenso fundamental en lo que concierne a la regulación de las normas sociales.

Sin embargo, este aspecto de los derechos sociales y su consecuente protección por los jueces a través de medidas constitucionales debe ser enfatizado. Esta posición de los jueces, ha llevado a confrontaciones con el sector político que no ve con buenos ojos la "interferencia" por parte de funcionarios de otro poder en los asuntos que eran exclusivamente de los poderes ejecutivo y legislativo. Sin embargo la tarea protectora debe continuar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Bartlett Castellá, Enric R. (Editor); Bardají Gálvez, María Dolores (Editor). Del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales a los objetivos del milenio. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2007. p 6.
2. Castro Buitrago, Erika J.; Restrepo Yepes, Olga Cecilia; García Matamoros, Laura Victoria. Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales. Colombia: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009. p 3.
3. COHEN-JONATHAN Gérard, *Aspects européens des droits fondamentaux*, 3e édition, Montchrestien, Paris, 2002.
4. COMBACAU, Jean. De l'Etat légal à l'état de droit. Tesis. Paris: Economica-PUAM, 1992, p.156.
5. FAVOREAU, Louis. legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 2000. p.31
6. LE BOT Olivier in *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 55, Juillet 2003, HEYMANN-DOAT Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LJDJ, 8e édition, 2005
7. LÖSING NORBERT. La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica. Traducción de Marcela Anzola Gil. Madrid: Editorial Dykinson, 2002.
8. OBERDORFF Henri, *L'Union Européenne*, Armand Collin, Paris, 2004
9. PONTIER J-M, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Les Fondamentaux, Hachette, 2e édition, 2005
10. PORTELLI, Hugues. Droit constitutionnel. Hypercurso. Cours, documents, exercices. 5ª édition. Paris: Dalloz, pag 4
11. PRIETO SANCHIS, Luís. Constitucionalismo y positivismo. México: Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, 1999. p.8
12. VILLALPANDO, WALDO. La cuestión de los derechos humanos con especial referencia a América latina. Defensa de los derechos humanos. Buenos Aires: Tierra Nueva, 1976, pp. 12 y s.s.

PÁGINAS WEB:

<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>

<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>

http://www.constitucion.ve/03_const_presidente.html

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://europa.eu.int>