

## A manera de conclusiones

**E**xiste en la doctrina jurídica y en la política una débil verosimilitud del principio de indivisibilidad o de integralidad de los derechos humanos, en el sentido de que con ellas se pueda defender decididamente la condición de derechos fundamentales de los DESC. Es difícil rebatir la tesis de que en la dignidad de la persona convergen de manera integral todos los derechos, pero los instrumentos internacionales de derechos humanos y los modelos de realización de los mismos en las democracias liberales han demostrado fehacientemente que, en la práctica, los derechos son divisibles y que no poseen el mismo grado de certeza, consideración y protección por parte de los Estados y de los sistemas que vigilan su cumplimiento.

Las largas discusiones y la manía conceptualista que han caracterizado la historia de los derechos sociales prueban, en parte, que la doctrina y la jurisprudencia no han podido precisar el lugar jurídico que les corresponde a los DESC, pese a que la comunidad internacional ha reconocido en varias ocasiones el principio de la integralidad de los derechos humanos, reafirmando que el Estado debe asumir las obligaciones que le imponen los tratados donde se consagran los DESC con la misma formalidad con que acepta las obligaciones de los derechos civiles y políticos.

La proliferación de categorías, conceptos y definiciones desarrolladas para explicar los DESC contribuye poco a defender su naturaleza jurídica como derechos plenos, fundamentales y exigibles. En la mayoría de los casos, el conceptualismo jurídico tiende a dejar sentado que los DESC son derechos programáticos, orientaciones de la política social o mandatos de optimización, con lo que se ha venido aceptando que su realización depende exclusivamente de las mayorías políticas y de la disponibilidad de recursos por parte del Estado y de la sociedad. Así, su eficacia es una cuestión siempre indeterminada.

Los liberales han intentado encajar los DESC en la categoría de mandatos de optimización, pues con ello, se vuelven funcionales estos derechos a las condiciones de la economía neoclásica, en cuyas prioridades no aparece —como es de suponer— un Estado que garantice los derechos sociales en forma efectiva. Con esto, el debate sobre los DESC se ha llevado y reducido al campo de los medios que se requieren para su materialización y se deja relegada a un segundo lugar la discusión más importante. La de los fines de estos derechos.

Este estudio se dedicó, entonces, a dar dos respuestas básicas a las tesis hegemónicas sobre los DESC: la primera, mediante una fundamentación del principio de integralidad de los derechos humanos, sobre cuya base se demuestra que la existencia y eficacia de todos los derechos es un requisito indispensable para concertar el concepto de la dignidad humana; en este esfuerzo hemos apelado a argumentos históricos, antropológicos y jurídicos, que prueban que es imposible y políticamente incorrecto pensar aisladamente los derechos o introducir jerarquías entre ellos, un ejercicio que conduce a darle categoría de fundamentales a unos y a concebir los otros como derechos subsidiarios.

La segunda tarea de este ensayo es precisar la naturaleza jurídica de los DESC. En ese sentido, evalúa las nociones de derechos construidas a su alrededor y las categorías normativas en que se han positivizado. En este terreno defendemos, preliminarmente, que las normas que sirven de receptáculo a los DESC son simple y llanamente reglas jurídicas, en el más amplio sentido del término. De esa manera cerramos una de las válvulas de escape mediante las que el liberalismo ha evadido la responsabilidad del cumplimiento de los derechos sociales, al sostener que estos se van realizando hacia el futuro, pero siempre, en un futuro incierto.

No obstante, y sin pretender cerrar la reflexión acerca de la distinción entre reglas y principios jurídicos, sostenemos que es bueno mantener la diferencia entre las normas que “ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder en forma definitiva” y los principios, pero entendidos estos últimos sólo en dos sentidos básicos: uno, dirigido a identificar aquellas normas generales de la Constitución que señalan fines o valores al orden jurídico y que deben irrigar toda actuación de las autoridades y de los particulares y, otro, dirigido a reconocer los derechos constitucionales en una perspectiva integral, o sea, todos los derechos humanos consagrados en la Constitución, que como derechos fundamentales suponen una vinculación inmediata y directa de las instituciones en su realización.

Un corolario de lo anterior es que son inaceptables todas las denominaciones de los principios que refuerzan la idea de indeterminación jurídica de las normas constitucionales, en especial, cuando tales calificaciones recaen sobre los DESC, verbigracia, los conceptos de mandatos de optimización o fines programáticos, entre otros. En este sentido, decimos de manera enfática que los derechos son derechos o simplemente no lo son, pues no pueden ser plausibles en un marco de derecho constitucional garantista aquellas consideraciones que llevan a creer que las personas tenemos “derechos a medias”, o derechos de realización indefinida o derechos de configuración débil, nociones con las cuales, tácita o expresamente, se han pretendido equiparar los DESC.

Contrariamente, proponemos entender, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que las normas en las que se contienen los DESC, son reglas en estricto sentido. Adicionalmente creemos que es necesario limitar la concepción de los DESC como principios, a que este tipo normas se refieran únicamente a derechos fundamentales. Esto porque en la perspectiva de nuestro estudio, los DESC tienen una fundamentalidad indiscutible que emana del principio de integralidad de los derechos humanos.

Ambos estándares normativos, percibidos en la forma descrita, tienen una semejanza y es que en términos prácticos, son aplicables de manera definitiva: las reglas de derecho, a la manera de "todo-o-nada"; los principios constitucionales que prescriben derechos fundamentales, por poseer eficacia directa e inmediata nacida de la Constitución.

Por esto, optamos finalmente por calificar las normas que contienen los DESC como *principios-reglas*, en el entendido, primero, de que son normas jurídicas que expresan mandatos definitivos y, segundo, de que son normas de un especial valor constitucional al versar sobre derechos fundamentales.

Los principios-reglas de los que hablamos son los que mejor expresan la idea que tenemos de los DESC como derechos fundamentales plenos. Al ser mandatos definitivos y principios inclusivos de derechos fundamentales, llevan implícito el sello de lo que podríamos denominar vinculatoriedad inexcusable para los diferentes poderes del Estado.

En cuanto al tipo de derechos que son los DESC, encontramos que las diferentes posturas que los encuadran en alguna categoría terminan, por lo general, enfatizando en el aspecto prestacional, progresivo o en el fin teleológico de la igualdad. No alcanzan a proponer en forma determinante su naturaleza de derechos fundamentales. Gran parte de esta dificultad para interpretar la fundamentalidad de los DESC ha obedecido al olvido político y conceptual del principio de integralidad de los derechos humanos.

Al terminar de revisar las tipologías de derechos en que las que se ha encuadrado a los derechos sociales, encontramos que son múltiples las visiones jurídico-políticas desde donde se ha intentado comprenderlos. Algunas los entienden como derechos de igualdad, otras, como derechos morales ligados a visiones sustanciales de la democracia y del ser humano; unas aluden a que éstos son derechos subjetivos de índole individual, mientras otras, tal vez las más generalizadas, los sitúan como derechos de realización programática.

Una fundamentación apropiada de los DESC debe desprenderse, sencillamente, de tomar en serio la existencia del principio de integralidad de los derechos humanos reconocido por el derecho internacional; la dignidad humana requiere no sólo de ámbitos de libertad negativa, sino también de ámbitos de libertad fáctica o de igualdad; si las personas no gozan de condiciones básicas y decentes en su existencia cotidiana, difícilmente podrán conducirse como sujetos autónomos y esto exige que el Estado se responsabilice de garantizar todos los derechos humanos. Esta argumentación de derivar la fundamentalidad de los derechos del principio de integralidad se encuentra ausente tanto en el debate académico como en el desarrollo de los criterios de

fundamentalidad introducidos por la jurisprudencia constitucional. De ahí que sostenemos que la reflexión jurídica sobre cuáles son los derechos fundamentales en Colombia padece de un serio problema de incompletud.

La falta de consideración del principio de integralidad de los derechos humanos en nuestro medio ha impedido que surjan posiciones en la academia, en la política y en la judicatura que sostengan concluyentemente la tesis de los DESC como derechos fundamentales. Por lo mismo, las teorías que se esgrimen en nuestro medio oscilan entre una negación absoluta de la condición jurídica de derechos fundamentales de los DESC, pasando por conceder tal condición sólo en circunstancias de extrema vulnerabilidad de las personas, y la explicación de diferentes grados de fundamentalidad y justiciabilidad, de acuerdo con el tipo de justicia constitucional existente. Ninguna de estas posiciones logra desligarse del condicionamiento liberal de, primero, evaluar los medios y accesoriamente pensar en los fines que encierran estos derechos; por ello, hemos insistido a lo largo de la exposición, que es imprescindible acometer inicialmente el tema de la naturaleza jurídica de los DESC como derechos fundamentales, para luego resolver el problema de los medios y de la voluntad política para realizarlos.

Este dilema de no poder pensar los DESC como derechos independientemente de las implicaciones que impone la “reserva de lo posible” ha conducido reiteradamente a que se concluya, precozmente, que son derechos programáticos, ante los que no hay más alternativas que el cálculo económico o el consecuencialismo. En las últimas dos décadas, el orden del debate sobre los DESC lo ha puesto la economía y no el derecho. Por eso, las anunciadas reformas a la acción de tutela y a la justicia constitucional se inspiran en una subordinación de la interpretación jurídica al consecuencialismo económico. La única forma de superar esta sumisión del derecho consiste en diferenciar claramente los campos de reflexión y de decisión frente a los economistas: les corresponde a los juristas decir por qué ciertos valores y bienes sociales son derechos y le toca a la economía señalar los medios técnicos para hacer efectivos los derechos, sin inmiscuirse en su enunciación y adjudicación.

Por esta razón, insistimos en lo imprescindible de separar la discusión puramente jurídica, referida al valor constitucional de los DESC y a su naturaleza como derechos fundamentales, del debate sobre los medios en los que se concretan. Si se logra un consenso en torno a la naturaleza fundamental de los DESC, el mismo sistema socio-económico y político encontrará los medios y procedimientos para hacerlos efectivos, lo mismo que encauzará a cada poder público para que ejerza las competencias que le corresponden en este escenario democrático. Mantener el debate en términos ambiguos, sin primero definir la plenitud jurídica de los DESC, es prolongar el manual de agravios y excusas para no realizarlos y continuar asistiendo a los largos episodios de desarmonía institucional que se han vuelto lugares comunes en el país.

Hay que reconocer que, en Colombia, el conflicto institucional originado por la protección de los DESC enfrenta entonces dos modelos de Estado, constitucionalizados de manera contradictoria en la Carta de 1991: el Estado Social de Derecho y un Estado de carácter neoliberal. La pugna se manifiesta en dos escenarios: unas veces, como “choque de trenes” entre los poderes públicos, especialmente cuando la Corte Consti-

tucional ha emitido fallos progresistas sobre DESC, que han tenido impactos económicos importantes; otras veces, como en la actualidad, en el campo de las reformas a la administración de justicia<sup>1</sup>.

Quedaría por responder finalmente la pregunta sobre qué implicaciones tendría para el sistema democrático aceptar el principio de integralidad de los derechos humanos y su corolario: reconocer los DESC como derechos fundamentales plenos.

Adoptar el principio de integralidad de los derechos humanos tendría implicaciones que a nuestro modo de ver se reflejarían en varios terrenos: significaría en primera medida tomar en serio los derechos, es decir, hacer que los compromisos incluidos en los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, se conviertan en los estándares sobre cuya base se hace la gestión del Estado y se adoptan las reformas institucionales. Esto conllevaría una fuerte vinculación de los poderes públicos con el bloque de constitucionalidad, que debe ser la expresión política y jurídica de la concepción de integralidad de los derechos humanos; de paso, esto supondría la asunción de una judicatura democrática que haga prevalecer el principio de primacía de los derechos y el orden constitucional.

Como corolario de lo anterior, el principio de integralidad de los derechos humanos lleva necesariamente a proponer la recuperación y el reforzamiento de la concepción del *Estado social de derecho*, que el constituyente adoptó como modelo institucional del pacto social de 1991.

El reconocimiento de la integralidad de los derechos humanos y de la concepción de los DESC como derechos fundamentales en sí, no puede hacerse desde una posición de neutralidad del Estado frente a la cuestión de la justicia social. Se requiere asumir en serio los postulados del Estado Social de Derecho, que desarrollaron con tanto vigor la primera y la segunda Corte Constitucional (Corte 1999).

El Estado social de derecho se refiere a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección (sentencia T-406 de 1992). Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales:

- El poder legislativo tiene la tarea de adoptar las medidas necesarias para construir un orden político, económico y social justo (Preámbulo, Constitución Política, artículo 2).
- El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (artículo 1 de la Constitución Política),

---

<sup>1</sup> Las contradicciones que giran en Colombia alrededor del tema de la fundamentalidad de los DESC, que son el centro de este ensayo, se manifiestan concreta y crudamente, en la actualidad, en las propuestas políticas que se tramitan en el poder legislativo. Esto ocurre específicamente con los proyectos de reforma a la acción de tutela y con los dirigidos a limitar los efectos del control de constitucionalidad sobre las normas económicas y sobre las que inciden en las políticas sociales. Estos aspectos se desarrollan más ampliamente en Herreño (2007).

deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para tener una existencia digna.

La Corte ha explicado 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<sup>2</sup>. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades una actuación efectiva para mantener o mejorar el nivel de vida, que incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y un nivel de ingresos básico para desenvolverse en sociedad.

El Estado Social de Derecho no es ajeno a las condiciones de vida de los estratos más pobres del país (sentencia C-566 de 1995). De hecho, su origen histórico está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de Occidente surgieron para atacar las desigualdades del modo de producción capitalista.

La Corte ha reconocido, no obstante, que el modelo del Estado social de derecho no es idéntico al modelo económico del llamado Estado de bienestar, que representa tan sólo una de las manifestaciones institucionales de aquel. El carácter social del Estado de derecho, consagrado en la Carta Política de 1991, trasciende las contradicciones que el Estado de bienestar evidenció durante su vigencia histórica, relacionadas con que provocó en muchos casos, al pretender llevar a extensos sectores marginados los beneficios de una política económica de inclusión, crisis fiscal, crecimiento desmesurado de la burocracia y problemas de ineficiencia administrativa. Fueron las circunstancias ante las que los neoliberales propusieron como la mejor solución el Estado mínimo.

Por ello, ha insistido la jurisprudencia en que el Estado constitucional promueve la justicia social basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, y en la que, a la vez, se ejerce una función de intervención y redistribución de la riqueza y de los recursos. Corrige con ello las desigualdades materiales y limita los excesos del modo de producción capitalista. En la actualidad, esta configuración estatal va más allá de una mera actuación coyuntural, haciendo que la política social asuma un amplio espectro y buscando a través de ella, en forma deliberada, inducir cambios de fondo en el sistema económico y social.

En la perspectiva de la integralidad de los derechos humanos, debe entenderse que el Estado social de derecho sólo puede darse allí donde existe una íntima interconexión entre la esfera estatal y la social, entre lo público y lo privado. La sociedad no puede concebirse como una entidad absolutamente independiente y autorregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a cualquier control estatal, o que admite la presencia del Estado sólo de manera residual o paliativa en momentos de crisis, tal como lo postulan algunos pensadores neoliberales.

---

<sup>2</sup> Téngase en cuenta la tesis de Luis Jorge Garay (2003) sobre la estructura de los privilegios y de la exclusión en Colombia, que ilustra claramente cómo en el nivel de desarrollo actual de Colombia podrían encontrarse los recursos necesarios para garantizar de manera general los DESC.

La experiencia histórica sobre los efectos sociales de las economías de mercado ha demostrado claramente que se requiere un Estado con una activa presencia y capacidad de regulación de las dimensiones más importantes de la vida social y económica. Sólo así se pueden corregir las desigualdades inherentes que ocasiona el modelo económico.

Sin embargo, como bien lo explica Boaventura de Sousa Santos, en la globalización neoliberal, el debilitamiento del Estado en su capacidad para regular el mercado y para intervenir con políticas de redistribución de la riqueza ha conducido a una suerte de "fascismo" de la vida social, que ha provocado un colapso de las expectativas de ser ciudadanas o ciudadanos y, por la misma razón, de la misma democracia.

Con el reordenamiento del modelo de acumulación capitalista en los pasados años ochenta se presentaron cambios profundos en el contrato social sobre el que se definían las relaciones entre Estado y ciudadanía. De un lado, la globalización neoliberal cambió el paradigma del trabajo como un motor de la ciudadanía y para el ejercicio de los derechos sociales, eliminado prácticamente toda idea de un intervencionismo estatal para estimular, regular y proteger el empleo. De otra parte, el Estado dejó de ser el gran agente de creación de interacciones no mercantiles en la sociedad para garantizar los derechos sociales y pasó a ser el primer auspiciador de tales interacciones mercantiles. Con estas interacciones ha perdido consistencia la *idea de los derechos* y ha tomado fuerza la de *servicios regidos por las leyes del mercado*.

Las privatizaciones de los servicios públicos y la mercantilización de la salud o de la educación muestran exactamente estas transformaciones del contrato social: relaciones que no eran mercantiles se han estructurado ahora como negocios privados. El Estado, presionado por la globalización hegemónica, dejó de ser una solución para la cuestión social y se convirtió en un problema. Se volvió natural la tendencia de resolver cada quien su acceso a los bienes básicos para la subsistencia, lo que provoca situaciones perversas de insolidaridad con el sufrimiento humano. Eso es el fascismo social:

Hoy tenemos un colapso total de expectativas: quien come hoy no sabe si comerá mañana; quien está vivo hoy puede estar muerto mañana; quien envió a su hijo a la escuela este año, no sabe si lo podrá enviar el año entrante. Este colapso de expectativas es el colapso de la sociedad misma, el colapso del contrato social, es el contrato de las poblaciones desechables, son procesos de exclusión irreversibles. La gente deja de ser ciudadana, y es el paso de la sociedad civil, a lo que yo llamo sociedad incivil: tanta gente que vive con desigualdad y donde hay un colapso total de expectativas porque está totalmente dependiente de fuerzas poderosas sobre las que no tiene ningún control. El obrero hoy está contratado, pero si no hay un contrato colectivo o una ley laboral, mañana puede no tener empleo, y no tiene ninguna posibilidad de reaccionar. Esta capacidad que los poderosos tienen de veto sobre la vida de los débiles y los vulnerables, permite que emerja en nuestras sociedades un fenómeno que he llamado el fascismo social. No es un régimen político: es un régimen social, una forma de sociabilidad, de desigualdades tan fuertes, que unos tienen capacidad de veto sobre la vida de otros. Da lo mismo si hay libertad contractual, porque la parte más débil tiene que aceptar las condiciones del contrato, por pésimas que sean, porque no tiene otra alternativa. Son sociedades donde emerge la violencia, una violencia política que asume dos formas: la violencia política organizada y una violencia que llamamos común, pero tan masiva, que de hecho es una forma despolitizada de violencia política. Corremos el riesgo de vivir en sociedades que son políticamente democráticas, pero socialmente fascistas (De Sousa 2003).

Para contrarrestar esta tendencia a la naturalización de un Estado desvinculado de la sociedad y dominado por los intereses de los agentes privados, es que sirve el principio de integralidad de los derechos humanos. Con él se recupera la noción y la práctica de un Estado que responde a los intereses generales de la sociedad. Por ahora, la cláusula del Estado social de derecho es la solución más afín con esta idea de una recuperación de la presencia estatal para garantizar los estándares básicos de los derechos.

Tiene razón la Corte Constitucional cuando advierte que en la fórmula del Estado social de derecho siempre tiende a equilibrar la vigencia de los valores tradicionales como la libertad, la igualdad y la seguridad, con el fin de procurar las condiciones materiales generales, para lograr la efectividad de los mismos y la integración social. Por ello, es claro que, si bien la finalidad del Estado social de derecho no puede reducirse a prodigar bienes y servicios materiales, al punto de caer en un asistencialismo nocivo que pueda anular la libertad y la autonomía personal, tampoco puede desconocerse que este modelo de Estado fue instaurado por el constituyente, en lo esencial, para garantizar los principios de solidaridad y justicia social, sin los que las personas no pueden realizar sus proyectos de vida:

En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades (Corte Constitucional 1999, 20).

La misma idea se expresó en la sentencia S-111 de 1997, al recordar que,

La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos, en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad.

La libertad sin igualdad, dijimos, es sólo ilusión.