

# LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES\*

## RESEÑA

FERNANDO CASTILLO-CADENA\*\*

---

\* Julián Daniel López-Murcia, Alfredo Bateman-Serrano, Juliana María Vengoechea-Barrios & Juanita María López-Patrón, *La garantía de los derechos sociales* (Colección Profesores, 46, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009). ISBN 978-958-716-310-0.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Magíster en Derecho Económico, Pontificia Universidad Javeriana. Abogado, Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

El libro comienza con una dedicatoria dirigida, además de las familias de los noveles escritores, “A todos los colombianos excluidos de las condiciones propias de una vida digna como manifiesto de nuestro firme compromiso con la eficacia de su derecho a la igualdad”. Si no pasa inadvertida, esta dedicatoria muestra el conflicto básico sobre el cual se va a tratar, desde diferentes perspectivas, en las 190 páginas del libro. Pero no se trata ya de una igualdad formal, sino de una igualdad material que implica deberes positivos del Estado en cuanto a su reconocimiento y garantía. Sin embargo, se pone inmediatamente en la discusión de vanguardia para referirse a la garantía de los derechos sociales como expresión máxima del derecho a la igualdad material, requisito, según los autores, *sine qua non* para el ejercicio de la libertad.

Para exponer los resultados en forma de reflexión general sobre la materia, los autores en su primer capítulo realizan un recuento histórico y jurídico sobre la evolución de los derechos que son justiciables para concluir que ya no son los derechos civiles y políticos los únicos que deben ser exigibles jurídicamente sino también los derechos sociales.

En el segundo capítulo, los autores realizan una defensa del análisis económico haciendo un estudio acerca de las instituciones básicas del mercado que son necesarias para abordar el estudio de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional. Es predecible el resultado del capítulo pues en una metáfora se intitula *El análisis económico: volante creador, pero no el capitán*. Para nosotros, los juristas, no es aceptable que la eficiencia económica se tome como criterio único para el diseño de la norma jurídica, pues el sustento de equidad es indispensable para el buen funcionamiento de la sociedad organizada; por tanto, aparece de recibo en un libro que argumenta con instrumentos del derecho y la economía, fijar el papel del análisis económico como uno de los instrumentos de estudio de la problemática a tratar, cuyos resultados deben ser ponderados con la equidad general. Estamos plenamente de acuerdo en que debe ser en el

proceso político donde estos resultados se discutan y se fijen las políticas públicas.

En el tercer capítulo aparece sin tapujos que, para los autores, la única forma de interpretar el alcance de la expresión Estado Social de Derecho, o mejor, la única forma de hacer respetar esa expresión es cuando se logra que los derechos sociales sean efectivamente garantizados “lo que implica la construcción de las condiciones para la igualdad material y la justiciabilidad de dichos derechos”. Para definir el alcance de los derechos sociales, los autores se apoyan en los tratados válidamente celebrados y ratificados por el país, los cuales –por definición constitucional– hacen parte del bloque de constitucionalidad. Su conclusión es que los tratados no se cumplen solo cuando se obedecen formalmente, sino que –además– las interpretaciones que puedan surgir en relación con el alcance de los derechos también hace parte del bloque de constitucionalidad, cuando esa interpretación corresponde a las sentencias y opiniones consultivas de su intérprete autorizado. En este punto, para el prologuista del libro, el actual magistrado de la Corte Constitucional Nilson Pinilla-Pinilla, los autores generarán inmensa hesitación.

En el capítulo cuarto, los autores resaltan la evolución que ha tenido la Corte Constitucional en la interpretación constitucional acerca del alcance los derechos fundamentales mostrando cómo, aunque actualmente se usen todas, se pasa de un estadio en el que la violación de los derechos sociales o de prestación transgrede la fuerza normativa de la Constitución por conexidad con los derechos fundamentales que se puedan ver involucrados, hasta un estadio más avanzado en el que consideramos que los derechos sociales son fundamentales.

Continuando con la metáfora futbolística, los autores titulan el capítulo cinco de la obra *La Corte Constitucional Colombiana: un defensor cumpliendo labores de delantero*. En él hacen una defensa de la Corte Constitucional no solo como tribunal de cierre sino que afirman que un subóptimo en el desarrollo constitucional es el activismo de la Corte, toda vez que la garantía de los derechos sociales no puede verse atrasada ante la excusa

de que “el legislador no ha querido o no ha podido ocuparse de dichas obligaciones”. Como dice el prologuista, sin duda, esta afirmación concita muchos acuerdos y aplausos.

Finalmente, en el capítulo sexto, los autores deciden dar un vuelco al trabajo al pasar de confrontar la realización de la garantía de los derechos sociales a examinar esa garantía para el caso específico de los servicios públicos domiciliarios en relación con el régimen tarifario. En este capítulo, los autores proponen aplicar la metodología que se deduce de los capítulos anteriores, es decir, aplicar en su máxima plenitud el bloque de constitucionalidad, para otorgar la mayor dimensión posible al principio de favorabilidad, incluir elementos de análisis económico y llegar a un resultado que siempre busque la realización de la garantía de los derechos sociales.

Para abordar su examen al caso de los servicios públicos domiciliarios, los autores llaman la atención sobre el peligro que representan las promesas de rebajar las tarifas sin tener en cuenta el costo de proveer el servicio público, para mantener la progresividad en cuanto a la accesibilidad y calidad del servicio. Los autores demuestran cómo la Ley 142 de 1994, al incorporar criterios de análisis económico aplicado, ha logrado mejores resultados en términos de cobertura pues permite a su vez salir de la “trampa de los malos servicios”. Para su estudio, acuden a los argumentos de autoridad otorgados por la Corte Constitucional, en relación con las definiciones establecidas en la ley sometida a análisis. Luego muestran, con cifras en mano, las variables relevantes que prueban una evolución positiva en el acceso y calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios así como el esfuerzo en términos de inversión que se ha venido realizando, concluyendo entonces, que se puede cumplir la obligación de progresividad y, por ende, las obligaciones internacionales adquiridas, cuando se tiene claro este norte de cumplimiento y se incorporan las herramientas económicas para el análisis de las políticas públicas.

El libro está bien logrado y guarda una buena estructura, lo que permite una cabal comprensión de los puntos que ponen en

discusión los autores. Indudablemente, ellos asumen una posición progresista en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales como único medio para lograr la igualdad material entre los ciudadanos. Los autores conciben incluso que la Carta de derechos fundamentales establecida en la Constitución sobra, si la cláusula remisoria a los tratados internacionales tanto de derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra inserta en el texto constitucional, como en efecto lo hace la Constitución colombiana, lo que refleja una posición muy convencida sobre la prevalencia del derecho internacional sobre el interno y el papel que debe jugar el principio de favorabilidad.

A pesar de que es un libro cuya lectura recomiendo, hay algunos puntos de desencuentro que me llevan a realizar las siguientes críticas. En primer lugar, considero que los autores no tuvieron en cuenta, en algunos apartes del libro, la bibliografía existente que bien podría retar sus planteamientos sobre el alcance y los límites de las obligaciones internacionales que asumen los Estados. No se puede entender que los Estados otorgan un cheque en blanco a favor de la garantía de los derechos sociales en los tratados internacionales. El hecho de que los tratados establezcan que los Estados deben garantizar hasta “el máximo de los recursos disponibles”, no significa en modo alguno que se imponga la obligación de confiscar a los ciudadanos. En efecto, la restricción presupuestaria del Estado está dada por los impuestos y su capacidad de endeudamiento no puede exceder, como es lógico, su capacidad de pago. Así las cosas, el máximo de los recursos disponibles no puede significar ni confiscación mediante el sistema tributario ni irresponsabilidad fiscal. Conuerdo en que la obligación de progresividad es la hoja de ruta para lograr un mayor estado de bienestar, que entre otras los autores diferencian del concepto de estado social de derecho; pero considero que hay un límite real, el que ellos ponen también de manifiesto al tratar el tema de la regresividad. Constitucionalmente es admisible la regresividad, simplemente hay que realizar una justificación muy rigurosa acerca del porqué.

En segundo lugar, en futuras publicaciones deberían los autores explicar por qué toman la curva de demanda como inelástica. Una aparente contradicción surge en la obra. Por un lado, establece que la cantidad de derechos demandada es independiente de su precio y de los impuestos que haya. Si bien hay un set de derechos que los ciudadanos demandan con independencia de su precio y de su reflejo en los impuestos que pagan, que podríamos llamar “demanda autónoma de derechos”, no es cierto que no haya una propensión a exigir mayores derechos cuando aumentan los impuestos. Además, de otro lado, los autores dan por sentado que los derechos demandados son finitos. Sin embargo, posteriormente los autores establecen que, conforme a los tratados internacionales, “el operador no podrá negar la existencia de un derecho, si este es inherente a la persona, así no aparezca expresamente en dichos tratados o en la Constitución”. Todo lo anterior sugiere que la curva de demanda agregada de derechos tiene pendiente negativa y, por el contrario, la curva de oferta de derechos definitivamente es inelástica, dada la restricción presupuestaria del Estado. Así las cosas, los autores nos quedan debiendo una explicación sobre el tema o al menos fijar mejor los supuestos en que se basaron.

Finalmente, considero que, aunque las críticas sobre el Congreso de la República arranquen aplausos, el sistema político basado en el equilibrio de poderes no puede permitir la usurpación de las facultades otorgadas por la Constitución. Hemos justificado la intervención de la Corte con el famoso “estado de cosas inconstitucional” siempre que haya un desarrollo legal, cuyo incumplimiento por parte del gobierno lleve a la violación de derechos fundamentales. No obstante lo anterior, los planteamientos que realizan los autores son argumentados debidamente y definitivamente valientes.

Como reitero, el libro es de obligatoria lectura para aquel interesado en la para nada fácil discusión sobre el papel que desempeñan los derechos sociales, económicos y culturales en una sociedad organizada y su pretendida relación directa con el ejercicio de la libertad.