

## CAPÍTULO 47

### DERECHOS SOCIALES

Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA \*

SUMARIO: I. *Historia*. II. *Concepto*. III. *Estructura*. IV. *Fundamento*.  
V. *Exigibilidad*. VI. *Bibliografía*.

Los derechos sociales tienen una larga y abigarrada historia. Producto de revoluciones y luchas políticas, han sido reconocidos a grupos o colectividades, como la clase trabajadora, en forma de derechos laborales y a la seguridad social, o a individuos en estado de necesidad, en forma de un derecho a la subsistencia. En el siglo XX fueron incluso identificados por algunos con “derechos socialistas”, ajenos al orden constitucional burgués.<sup>1</sup> Esta polifacética historia aconseja tener a la vista las diversas concepciones asociadas a los derechos sociales (I). Un análisis adecuado de los mismos exige, además, distinguir otros cuatro aspectos: su concepto (II), su estructura (III), su fundamento (IV) y su exigibilidad (V).

#### I. HISTORIA

Los derechos sociales han cambiado de significación con el paso del tiempo. En el pasado les fue negado su carácter de DERECHOS, siendo su objeto considerado como una mera aspiración. Hoy en día se reconoce a los derechos sociales fundamentales carácter de derechos subjetivos, siendo su objeto prestaciones positivas fácticas del Estado, entre ellas la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y la seguridad social.

\* Profesor Titular, Departamento de Filosofía, la Universidad de los Andes, Colombia.

<sup>1</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934, pp. 189-197. Sostiene Schmitt: “A su vez, tienen distinta estructura los derechos, esencialmente socialistas, del individuo a prestaciones positivas del Estado” (*ibidem*, p. 196).

*Encyclopédia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1677-1711.

En el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expositos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el status de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluía la posibilidad individual de hacerlos exigibles directamente ante los jueces. Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria<sup>2</sup> como

<sup>2</sup> De la amplia literatura sobre el tema ver, entre otros: Nino, Carlos S., "On Social Rights", Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993, pp. 295-299; Lima Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Arango, Rodolfo, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho débil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Baldasare, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", Carbonell, Miguel, Cruz Parcerio, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003; Sepúlveda, Magdalena et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004; Ari Melo, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006; Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006; García, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 7a. ed., 2007; Gargarella, Roberto, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 377-408; Chacón Mata, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007; Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007; Pereira De Souza Neto, C.

verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional<sup>3</sup> y en diversas constituciones nacionales.<sup>4</sup> Esta concepción y su fundamento filosófico son relativamente nuevos.

Autores como Immanuel Kant o León Duguit incluían la ayuda a personas necesitadas en la esfera de los deberes. El primero consideraba que la beneficencia o ayuda a los necesitados eran un deber moral,<sup>5</sup> mientras el segundo les reconocía carácter jurídico,<sup>6</sup> más no la condición de derechos subjetivos que pudieran ser exigidos por la persona ante los jueces. Los pobres o desvalidos deberían ser ayudados por iniciativa individual o por la beneficencia pública, para lo cual se otorga a la propiedad una función social.

Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como medios deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionaria iniciada por Maximiliano Robespierre.<sup>7</sup> Este fue el primero en erigir la fraternidad –a la par con la libertad y la igualdad – en principio universal, del cual emanan derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1790 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad, el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: “todo hombre tiene derecho a la subsistencia”.<sup>8</sup> A ojos de los jacobinos, el alivio de la pobreza es un deber de la sociedad. Pero, como lo señala Carlos M. Herrera, mientras los derechos imprescriptibles del hombre son erigidos en fundamento de la Constitución, los derechos

---

y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008; Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Herrera, Carlos Miguel, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55-87; Escobar Roca, Guillermo (director), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

<sup>3</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en especial artículos 22 a 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

<sup>4</sup> Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Argentina.

<sup>5</sup> Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Técnos, 3a. ed., 2002, pp. 322 y ss.

<sup>6</sup> Duguit, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901, citado por Carlos Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95 ss.

<sup>7</sup> Robespierre, Maximiliano, “Extractos de ‘Sobre la subsistencia’”, en *idem*, *Virtud y terror* (Introducción a cargo de Slavoj Žižek), Madrid, Akal, 2007, pp. 131 y 134.

<sup>8</sup> Herrera, Carlos M., *op. cit.*, nota 6, p. 21.

sociales pasan a garantizar el equilibrio social y son asociados desde su origen a una condición objetiva, la pobreza.<sup>9</sup>

Para contener el comunismo y “quitarle la gasolina a la revolución”, se expidieron las leyes de pobres en tiempos de Otto von Bismarck.<sup>10</sup> Mediante la ayuda a los pobres y la asistencia social las personas necesitadas recibían del Estado prusiano prestaciones determinadas en la ley. Esta establecía obligaciones de beneficencia a la administración con miras a controlar problemas de orden público. La cuestión social era asunto políctico. Lo mismo sucedió en Italia con las leyes de gobiernos conservadores.<sup>11</sup> En sus inicios el surgimiento del Estado social no trajo aparejado el reconocimiento de derechos sociales que pudieran ser exigibles antes los tribunales. La necesidad de controlar a una población explotada por la revolución industrial y empobrecida por las duras condiciones de vida impuestas por el capitalismo voraz, explica la asignación de prestaciones positivas por parte del Estado durante el siglo XIX.

Con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista<sup>12</sup> y la positivización de las demandas sociales. Las constituciones mexicana (1917) y de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales. No obstante, la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación de derechos que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista, no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con rango constitucional. Si bien las revoluciones de principios del siglo XX dieron un apreciable empuje al desarrollo del derecho laboral, comunitario, solidario y de seguridad

<sup>9</sup> Bernard considera en 1792 que el derecho a la subsistencia es un axioma que faltó en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por lo cual defiende la consagración constitucional del derecho a la subsistencia en las modalidades de garantizar el trabajo al hombre apto y de garantizar el socorro gratuito al imposibilitado para trabajar. Por su parte, Maximiliano Robespierre en su Discurso sobre la subsistencia (1792) otorga a la subsistencia carácter de derecho imprescriptible del hombre, lo cual implica la limitación necesaria de la propiedad privada. En la misma dirección, la Constitución jacobina de 1793 establece en su artículo 2 que los principales derechos del hombre se reducen a dos: procurar la conservación de la existencia y de la libertad (véase Herrera, Carlos M., *op. cit.*, nota 6, pp. 22 ss.).

<sup>10</sup> Bayertz, Kurt, “Begriff und Problem der Solidarität”, Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53, aquí p. 36.

<sup>11</sup> Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 24.

<sup>12</sup> Ver Herrera, Carlos M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

social, los derechos sociales no obtuvieron un estatus de derechos fundamentales a la par con los derechos de libertad. Esto en buena medida por la deficiente institucionalización de mecanismos judiciales para la protección constitucional de los derechos fundamentales. Los derechos sociales continuaron siendo objeto de la política legislativa y su conquista fruto de las luchas políticas.

La consagración legislativa de los derechos sociales en la primera mitad del siglo XX tuvo como efecto su no constitucionalización en la segunda postguerra mundial. Ya asegurados a nivel legal, no existió en la conciencia de los constituyentes alemanes y españoles la necesidad de reconocerles carácter de derechos fundamentales en los textos constitucionales. La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española de 1978 no otorgaron tal estatus a los derechos sociales, siguiendo la tradición liberal de reconocer universalidad y fundamentalidad sólo a los derechos de libertad o de defensa.<sup>13</sup> Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la postguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales.<sup>14</sup> No obstante, a nivel del derecho inter-nacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.

La controversia ideológica entre liberales y socialistas de la primera mitad del siglo XX se trasladó a la Organización de Naciones Unidas (ONU) en los años sesenta. Ante la necesidad de adoptar instrumentos internacionales para dotar a los DERECHOS HUMANOS de eficacia jurídica frente a los Estados, se debatió en el seno de la ONU la conveniencia de expedir un solo pacto o, por el contrario, dos pactos de derechos humanos con distintos alcances jurídicos. Los socialistas salieron perdedores en la controversia jurídico-política. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los jueces en caso

<sup>13</sup> Al respecto sostenía Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*: “Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él (...). Estos derechos fundamentales no son pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”, *op. cit.*, nota 1, p. 189.

<sup>14</sup> Böckenförde, Ernst W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, pp. 153, 155.

de violación por parte de las autoridades estatales. No sucedió lo mismo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde la protección de estos derechos se hizo depender del nivel de desarrollo de cada sociedad, dentro de la reserva de lo posible, no siendo judicializables, salvo en casos de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado. El reconocimiento y la garantía diferenciados entre uno y otro grupo de derechos reforzaron la idea de que los derechos sociales no son verdaderos derechos sino aspiraciones o metas políticas colectivas cuya satisfacción depende de los recursos materiales disponibles en cada sociedad.

La anterior concepción de los derechos sociales fue activamente disputada a nivel nacional e internacional en las postrimerías del siglo XX. Numerosas constitucionales latinoamericanas y de Europa del Este luego de la caída de los régimen militares y de la disolución de la Unión Soviética, otorgan a los derechos sociales un estatus jurídico equivalente a los derechos de libertad.<sup>15</sup> Sucesivas reformas constitucionales en Latinoamérica –Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009)– y en Europa Oriental reconocen implícitamente derechos sociales fundamentales. Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)<sup>16</sup> exhorta por una interpretación de los derechos humanos según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

A la luz de su evolución histórica, los derechos sociales han quedado atrapados en una doble significación: para algunos se trata de verdaderos derechos universales –por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial)– con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa; para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. En el primer caso los derechos sociales son universales; en el segundo los titulares de prestaciones legales son los miembros de la sociedad nacional, lo que excluye a los extraños o a los que pueden satisfacer ellos mismos sus necesidades. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su concepto, fundamento y exigibilidad.

<sup>15</sup> Véase nota 2.

<sup>16</sup> [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp) (última consulta, 20 de enero de 2013).

## II. CONCEPTO

Los derechos sociales son derechos subjetivos (1) de prestación positiva fáctica del Estado (2).

### 1. *Los derechos sociales son verdaderos derechos subjetivos*

Los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos. Los derechos subjetivos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico. Inicialmente concebidos de manera sustancial y iusnaturalista<sup>17</sup> como ámbitos de autodeterminación en el que el sujeto se desata de las obligaciones asociativas,<sup>18</sup> con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como posiciones normativas de sujetos jurídicos.<sup>19</sup> Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales, dependiendo de las decisiones políticas y de doctrina jurídica imperante en cada sistema jurídico.

Según el actual entendimiento, los derechos sociales no son meras aspiraciones políticas que usurpan indebidamente el ropaje de los derechos subjetivos, como sostuviera Maurice Cranston al ridiculizar el derecho humano a vacaciones pagadas en cabeza del trabajador.<sup>20</sup> No existe un cielo de los conceptos jurídicos donde esté predeterminado ontológicamente qué puede contar como un derecho subjetivo y qué no. El lenguaje y la institucionalidad de los derechos son creación humana y dependen de los usos y prácticas jurídicas.<sup>21</sup> Su eficaz funcionamiento requiere de la capacidad de idear instituciones y procedimientos que permitan hacer realidad tal constructo conceptual.

<sup>17</sup> Locke, John, *Segundo tratado de gobierno civil*, Madrid, Alianza, 2004, p. 102.

<sup>18</sup> Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989.

<sup>19</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>20</sup> Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, London, Bodley Head, 1962; Cranston, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed”, Raphael, D.D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, London, Macmillan, 1967.

<sup>21</sup> Un buen planteamiento en este enfoque constructivista lo ofrece John Searle en su libro *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

### *A. Proceso de abstracción y desontologización: paso de libertad a relación*

Los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones validas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona.<sup>22</sup> Gracias a que aceptamos el lenguaje y la práctica relacional de los derechos nos es posible hacer exigencias mutuas que respaldamos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento. A este concepto de derechos subjetivos hemos arribado luego de un progresivo abandono de concepciones de derecho natural según las cuales las personas tendrían derechos o libertades anteriores al Estado y por voluntad de Dios o por el mero hecho de existir, como si del hecho de *ser* pudiese derivarse *deber ser* alguno.

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, relación respaldada institucionalmente. La afirmación de que se tiene una determinada posición normativa frente a otros presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aún si tal realidad ha sido socialmente construida.<sup>23</sup> Las razones esgrimidas para apuntalar o justificar una determinada posición normativa, para ser efectivas, deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo vigente y ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan una tal relación. El anterior andamiaje discursivo ha sido instaurado socialmente con una intencionalidad: la de evitar el daño (*nemin ladere*), principio de conducta que procura la paz y la convivencia plena de significado. El carácter ideal de tal construcción exige, además, un reconocimiento de las relaciones normativas en la práctica, primordialmente por vía de procedimientos institucionales llamados a coordinar diversos niveles de corresponsabilidad entre personas y grupos sociales. La efectividad del reconocimiento de posiciones o relaciones normativas entre sujetos de derechos depende de un adecuado y efectivo acople o entrelazamiento de los diversos niveles de protección de tales posiciones o relaciones.<sup>24</sup> El discurso y la práctica de los derechos requieren de un equilibrio entre responsabilidad individual o grupal y subsidiariedad, entre esfuerzo personal y apoyo de

<sup>22</sup> Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2a. ed., Legis, 2012, pp. 304 y ss.

<sup>23</sup> Searle, John. *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

<sup>24</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

terceros, así como la intervención efectiva de los diferentes niveles de protección según el nivel de riesgo y daño presente en cada ocasión. La inminencia del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas (véase *infra* V. Exigibilidad).

### *B. Derechos morales, humanos, fundamentales o legales*

En el plano más abstracto y universal, los derechos subjetivos son exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que queremos comprendernos y relacionarnos como sujetos morales.<sup>25</sup> Tratar a los otros como sujetos morales supone respetarlos como fines en sí mismos, no como meros medios para determinados fines o propósitos individuales o colectivos. Los derechos morales, así entendidos, parten de una moral mínima: la moral del mutuo respeto como personas libres, iguales e interdependientes. Esta concepción de los derechos subjetivos supera concepciones históricas con pesadas hipotecas metafísicas, como por ejemplo la concepción de los “derechos naturales”. Los derechos subjetivos, para ser universales, no requieren ser creados por Dios, la Naturaleza o el orden cósmico. Basta aceptar que la concepción moral de los derechos presupone no excluir de la titulidad de los derechos a ningún sujeto susceptible de sufrimiento.

La restricción del discurso de los derechos subjetivos a los miembros de la especie *homo sapiens sapiens* se justifica en el argumento ulterior (poco convincente) de ser esta la única especie, hasta ahora descubierta, capaz de comunicarse y llegar a un entendimiento recíproco o reflexivo sin necesidad de acudir a la fuerza. Los derechos humanos son derechos subjetivos a los que se suma una pretensión de universalidad.<sup>26</sup> La comunidad humana es destinataria y portadora de los derechos humanos, en cabeza de cada uno de sus miembros, individual o grupalmente considerados. Lo anterior no obsta para desarrollar una teoría de derechos de las especies donde la atribución de posiciones normativas dignas de protección no se base en el carácter comunicativo del ser sino en su capacidad para sentir dolor o sufrimiento, lo que extiende la protección de los derechos subjetivos a las especies sensibles, en particular los animales.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia.<sup>27</sup> La fundamentalidad de los derechos subjetivos es concebida

<sup>25</sup> Tugendhat, Ernst, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 333 y ss.

<sup>26</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 93; Robert Alexy añade otras cuatro características a la definición de derechos humanos: individualidad, moralidad, abstracción y prioridad.

<sup>27</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 32.

diferencialmente según la cultura jurídica. Algunas tradiciones adoptan un criterio formal que hace coincidir los derechos fundamentales con los establecidos como tales en un texto constitucional. Por su parte, otras tradiciones jurídicas adoptan un criterio material de fundamentalidad: fundamentales son todos los derechos subjetivos cuya alta importancia puede ser justificada mediante argumentos *iusconstitucionales*. La segunda alternativa otorga un mayor juego al reconocimiento interpretativo de derechos fundamentales, lo cual hace al sistema jurídico correspondiente más flexible ante el cambio de circunstancias pero menos óptimo en cuanto a la certeza jurídica.

En la tradición legalista de los siglos XVIII y XIX los derechos subjetivos eran asegurados principalmente por vía de su consagración en la Ley. Los derechos legales son derechos subjetivos adoptados por el legislador democrático como garantías de rango infraconstitucional. Tal nivel de garantía era suficiente en sociedades democráticas funcionalmente diferenciadas pero poco complejas. La especialización del trabajo administrativo y legislativo permitió el desarrollo de amplias regulaciones codificadas sobre los más diversos ámbitos de la vida social, en particular la provisión de servicios y el aseguramiento de prestaciones sociales. En el decir de Niklas Luhmann, en sociedades capitalistas modernas la certeza del derecho se ganaba en el input de la codificación de normas generales e impersonales destinadas a estabilizar las expectativas de comportamiento *ex ante*. El legalismo, no obstante, sería incapaz de responder a la aceleración del tiempo en el capitalismo avanzado. Fue necesario que los jueces adaptaran concepciones materiales del orden jurídico y lo interpretaran en forma amplia y sensible a las transformaciones sociales para llenar los vacíos de ley frente a realidades constantemente cambiantes. Ello explica por qué la emergencia del derecho jurisprudencial, de la constitucionalización del derecho ordinario y de la argumentación jurídica para dotar de certeza a las decisiones tomadas *ex post facto* y con pretensiones de servir de precedentes para casos futuros similares.<sup>28</sup>

El proceso de constitucionalización del derecho, con la adopción de extensas y sustanciosas cartas de derechos de aplicación directa y la creación de tribunales especializados para la defensa de dichos derechos fundamentales, caracteriza la evolución actual de la práctica de los derechos. El reconocimiento creciente de los derechos sociales como verdaderos derechos

<sup>28</sup> Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

humanos y fundamentales es una clara expresión de dicho proceso, siendo la experiencia latinoamericana digna de mención a este respecto.<sup>29</sup>

## *2. Los derechos sociales son derechos de prestación positiva fáctica del Estado*

En relación con su diferencia específica, los derechos sociales son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado. A diferencia de los derechos negativos o de abstención, los derechos prestacionales tienen como objeto un hacer positivo de la parte obligada. Tal concepción ha sido disputada válidamente por Abramovich y Courtis, para quienes todo derecho presenta dimensiones tanto negativas como positivas.<sup>30</sup> No obstante, para efectos doctrinales es importante enfatizar que, tratándose de derechos sociales, la prestación positiva sobresale respecto de la dimensión negativa y presenta especiales problemas metodológicos que deben ser expresamente abordados y resueltos para asegurar su realización práctica (véase *infra* V. Exigibilidad).

### *A. Derechos de prestaciones positivas fácticas*

Las prestaciones pueden ser, a su vez, de carácter normativo o fáctico.<sup>31</sup> En el primer caso se trata de derecho de organización o procedimiento, como por ejemplo el debido proceso o el derecho de petición. Por su parte, los derechos a prestaciones positivas fácticas no requieren de la expedición de una normatividad que enmarque el hacer positivo del obligado. El derecho a recibir alimento, salud, educación o trabajo tiene como contraprestación las acciones de proveer bienes o servicios más o menos intensivos en un marco normativo que posibilite su satisfacción. Importante aquí es anotar que, por lo general, los derechos abstractos de prestaciones positivas fácticas no tienen como destinatarios de las obligaciones correlativas a personas particulares. Esto porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de prestaciones positivas fácticas en forma aleatoria a particulares, por el mero hecho de estar necesitado, impone cargas arbitrarias, desiguales y desproporcionadas a personas no necesariamente vinculadas con la persona nece-

<sup>29</sup> Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano”, Armin von Bogdandy et al., (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México, UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, y otros, 2010, pp. 3-24. en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf>, última consulta el 20 de enero de 2013.

<sup>30</sup> Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 24, pp. 79 ss.

<sup>31</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 19, pp. 419 ss.

sitada. El efecto de una exigibilidad general de derechos sociales frente a cualquier persona sería la eliminación de la libertad y de la igualdad para aquellos aleatoriamente escogidos para satisfacer la prestación. Lógicamente están excluidos, en consecuencia, los derechos sociales humanos y fundamentales dirigidos a personas particulares. Sólo el legislador democrático está constitucionalmente autorizado para crear obligaciones legales positivas a favor de personas o grupos en cabeza de determinadas personas naturales o jurídicas.

### *B. Derechos a prestaciones positivas fácticas del Estado*

Lo anterior no significa que los derechos sociales humanos y fundamentales no tengan destinatario alguno mientras el legislador no precise obligaciones positivas en cabeza de sujetos particulares. La incorporación del principio de solidaridad en el orden jurídico, en concordancia con los principios de dignidad, de subsidiariedad o de urgencia, hace del Estado la agencia colectiva por excelencia para satisfacer las prestaciones positivas fácticas objeto de los derechos sociales. Esto por razones de tipo económico, práctico y normativo.

A diferencia de lo sostenido por Ernst Forsthoff, el Estado social de derecho no sólo puede ser un Estado administrativo de derecho.<sup>32</sup> La industrialización y tecnificación de la vida humana, como lo recuerda el mismo Forsthoff, ha eliminado el ámbito de reproducción autónoma de la vida. El individuo está inserto en estructuras y sistemas que él mismo no puede controlar, de las cuales depende para la satisfacción de sus necesidades. Las personas individualmente consideradas ya no están, como antes en el mundo pastoril o preindustrial, en capacidad de asegurarse la provisión de los bienes y servicios materiales necesarios para su subsistencia. Corresponde por ello al Estado, como eficaz instrumento de intervención y regulación de la vida social, satisfacer las prestaciones sociales a quienes, por sus propios medios, no pueden acceder al goce efectivo de los derechos sociales. Para tal fin no es indispensable —contrario a lo pensado por el administrativista alemán alumno de Carl Schmitt— la intervención pormenorizada y previa del legislador democrático. El reconocimiento de derechos sociales fundamentales en cabeza de personas o grupos es posible por vía judicial consti-

<sup>32</sup> Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, Abendroth, W., Forsthoff, E., Doebring, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43 ss.

tacional, sin que ello signifique el quebrantamiento de los principios republicanos de separación de poderes y de representación democrática.

La tesis Schmittiana-Forsthoffiana de los derechos sociales reducidos al ámbito legal y administrativo está atada a una concepción de los derechos sociales como derechos de grupos particulares. El objeto de estos derechos sería exclusivamente las conquistas sociales de las revoluciones o reivindicaciones de las clases proletarias dispuestas a eliminar la propiedad privada y las libertades burguesas. El carácter antagónico y conflicto de esta visión del derecho disuena respecto del rol de garante asumido por el Estado social y democrático de derecho en el constitucionalismo contemporáneo.<sup>33</sup> Un ejemplo del papel interventor del Estado para garantizar los derechos sociales fundamentales mínimos en caso de fallas o insuficiencias de los sistemas burocrático y económico se encuentra en la jurisprudencia constitucional comparada relativa al derecho al mínimo existencial o vital.

A principios de los años cincuenta, una mujer viuda y con dos niños pequeños, solicitó ayuda del Estado alemán ante su carencia de empleo y alimentación en los difíciles tiempos de la postguerra. Los jueces administrativos denegaron la solicitud por carecer la interesada de la posibilidad de demandar tales prestaciones positivas del Estado. Las leyes de pobres, procedentes del imperio prusiano, según la interpretación judicial, obligaban a las autoridades públicas a asistir a los necesitados más no reconocían un derecho subjetivo en cabeza de la persona concernida para exigir del Estado las prestaciones necesarias para subsistir dignamente. En una decisión que marcó un hito en la jurisprudencia alemana, el tribunal superior administrativo revocó dicha decisión y reconoció un derecho fundamental al mínimo existencial a la viuda y los nietos huérfanos.<sup>34</sup> Los magistrados interpretaron la ley a la luz de la Ley Fundamental de Bonn, en particular de los principios de dignidad y Estado social de derecho. Consideraron que no reconocer el derecho subjetivo a prestaciones positivas fácticas a la demandante llevaba al absurdo de privarla de la asistencia del Estado pese a su situación de necesidad, siendo ello contrario al lugar prevalente que ocupa la persona humana en el nuevo orden constitucional.

En igual sentido, la Corte Constitucional colombiana reconoció en 1992 un derecho fundamental innominado al mínimo vital a un anciano sin

<sup>33</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho débil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 55-87.

<sup>34</sup> BVerwGE 1, 159 (Decisión del Tribunal Superior Administrativo Alemán (1953).

ingresos y ordenó al Estado resolver en 48 horas sobre su solicitud de reconocimiento de una pensión. Los magistrados consideraron que a la luz de los derechos y principios constitucionales toda persona tiene un derecho a la subsistencia que implica el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas que le permitan llevar una existencia digna.<sup>35</sup> Con posterioridad a las decisiones antes citadas, los jueces constitucionales alemanes y los colombianos han reconocido el derecho fundamental al mínimo existencial o vital, mínimo material que prohíbe, entre otras, la imposición de tributos por parte del legislador que desconozcan una cota mínima que asegura los recursos materiales necesarios para una existencia digna (*Untermassverbot*).<sup>36</sup> Bien se puede afirmar que el derecho fundamental al mínimo existencial o vital equivale a los derechos sociales fundamentales mínimos.<sup>37</sup>

### III. ESTRUCTURA

Los derechos sociales, al igual de los demás derechos, tienen una estructura triádica<sup>38</sup> o de tres elementos: titular del derecho (1), sujetos obligados (2) y objeto del derecho o prestación (3).

#### 1. *Titularidad*

Si bien la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, en el caso de los derechos sociales humanos y fundamentales el titular del derecho es la persona natural o individuo. Esto porque el directo destinatario de la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social es la persona humana. Es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. El derecho moderno reconoce un valor intrínseco a la persona humana cuyos derechos básicos no deben ser desconocidos en virtud de fines generales o de derechos colectivos, si es que se pretende impedir la

<sup>35</sup> Sentencia T-533 de 1993.

<sup>36</sup> Clérigo, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, Clérigo, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

<sup>37</sup> Arango, R. y Lemaitre, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

<sup>38</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 19, p. 186.

instrumentalización del individuo propia de épocas feudales y de servilismo en las que primaba la dominación de unos por otros. Concepciones colectivas de la salud, la educación, la vivienda, etcétera, presuponen la existencia de derechos culturales, humanos o fundamentales. Si bien pueden perfectamente reconocerse derechos culturales colectivos con el contenido o las prestaciones típicas de los derechos sociales —como por ejemplo la salud o la vivienda según la concepción de mundo de una comunidad étnica determinada—, en tal caso técnicamente es más adecuado hablar de derechos culturales y no de derechos sociales colectivos. La adecuada conceptualización y categorización de los derechos contribuye a su óptima protección. También pueden presentarse conflictos entre derechos sociales (individuales) y derechos culturales (colectivos). En principio, el conflicto debería ser resuelto dando prioridad a los primeros sobre los segundos, dado el valor intrínseco reconocido a la persona humana en el ámbito constitucional.

## 2. *Obligados*

Los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados. Su determinación corresponde al legislador en caso de derechos sociales legales; al constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos. Los obligados a satisfacerlos en estos dos últimos eventos pueden ser determinados según una cadena u orden de precedencia.

En Estados de derecho contemporáneos que garantizan los derechos sociales a nivel legal, los obligados pueden ser personas particulares —como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social— o el Estado. El menor que exige alimentos; el o la joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

En sociedades con sistemas jurídicos incipientes o no suficientemente desarrollados, también denominadas sociedades no bien ordenadas,<sup>39</sup> por existir un abismo entre los principios constitucionales y la legislación correspondiente, los obligados a satisfacer derechos sociales suelen no estar legislativamente determinados. En estos casos surge la pregunta de si los

<sup>39</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 29, pp. 5 ss.

derechos sociales son meros enunciados o aspiraciones políticas, no auténticos derechos fundamentales o humanos. La jurisprudencia constitucional de los mencionados sistemas jurídicos incipientes de las sociedades no bien ordenadas ha reconocido, no obstante, la posibilidad de establecer racional y objetivamente los obligados a cumplir con las prestaciones positivas fácticas en cada caso. Los principios de subsidiariedad y solidaridad, así como el criterio de urgencia, juegan un papel central en dicha determinación.

Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados; en caso de vacío legal o de imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional.<sup>40</sup> Por su parte, el principio de solidaridad (ver *infra* IV.3) garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, sea el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales.

Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación. No es razonable en un Estado constitucional basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada, cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente, con el simple argumento de que el legislador no ha establecido quién o quiénes son los posibles obligados. En caso de urgencia, situación en la que el contenido de las prestaciones es determinable contra-fácticamente (véase *infra* V. 2. Exigibilidad jurídica), opera una inversión en el orden de obligados a satisfacer los derechos sociales.

### 3. *Prestación*

Como fuese enunciado arriba al referirnos al concepto de los derechos sociales (ver *supra* II. 2.) el objeto del derecho son –prioritariamente– prestaciones fácticas positivas. Si bien parte de la doctrina incluye obligaciones de no hacer o abstención en el contenido de los derechos sociales,<sup>41</sup> el énfasis en las obligaciones positivas se justifica por requerir para su determina-

<sup>40</sup> Véase Protocolo Facultativo del PIDESC en proceso de ratificación, en <http://www.escr-net.org/docs/i/431812> (consultado el día 20.01.2013).

<sup>41</sup> Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 24, pp. 65 ss.

ción de métodos más complejos a los tradicionalmente utilizados por los jueces (véase *infra* V. 2. Exigibilidad jurídica).

#### IV. FUNDAMENTO

El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso.<sup>42</sup> Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

##### 1. *Dignidad*

La dignidad humana ha sido invocada repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de los derechos sociales. El concepto de dignidad humana es indeterminado. Comúnmente se asocia a la tradición estoica y cristiana que reconoce un igual estatus a todos los seres humanos como parte de una comunidad universal. Modernamente se ha asociado a la prohibición de degradar al ser humano a la condición de cosa, medio o instrumento para determinados fines. La dignidad humana es empleada a expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, límite de la acción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre también como un fin y no meramente como un medio. Por su parte, la jurisprudencia constitucional, en particular la alemana, vincula la dignidad humana con la imagen de la persona en el orden constitucional. El núcleo intangible del ser humano no sólo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna. Tales prestaciones abarcarían, entre otras garantías fisiológicas y de inserción sociocultural de la persona como ser social.<sup>43</sup>

Contra la dignidad como fundamento de los derechos humanos, y en particular de los derechos sociales, se ha esgrimido que su contenido no está definido en los textos constitucionales, lo que conduce a su utilización

<sup>42</sup> Sobre el tema vale la pena consultar el libro *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, publicado bajo la dirección de Guillermo Escobar Roca, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 306 ss. Se trata de un estudio amplio sobre derechos sociales en derecho comparado, con la participación de numerosos tratadistas iberoamericanos.

<sup>43</sup> Escobar, Guillermo, *op. cit.*, nota 42, pp. 313 y 315.

indiscriminada y sin control. Se trataría de un “concepto plastilina” cuya arbitrariedad atentaría contra otros derechos principios fundamentales, por ejemplo, el principio democrático y el derecho de propiedad. No obstante, la doctrina tiende a admitir que la dignidad humana justificaría, en relación con los derechos sociales, la protección de los derechos sociales fundamentales mínimos.<sup>44</sup>

## 2. *Libertad*

La tradición analítica demo-liberal ha intentado fundamentar los derechos sociales fundamentales en la idea de una libertad fáctica, en contraste con concepciones libertarias como las de Robert Nozick o James Buchanan que niegan tal posibilidad. Para Alexy, derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona. No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Por su parte, la necesidad fáctica de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos.<sup>45</sup> En ninguno de los dos casos se considera que el reconocimiento de derechos sociales conlleve el desconocimiento del principio democrático ni del derecho de propiedad. Por el contrario, dadas las condiciones reales de desigualdad social, la compensación constitucional para asegurar la libertad real de todos parece un imperativo defendible con buenos argumentos.

La debilidad de este intento de fundamentación ha sido señalada por Ernst Tugendhat en su crítica a la fundamentación de los derechos sociales por parte de Alexy a partir de la autonomía individual. Para Tugendhat el error consiste en pretender fundamentar los derechos socia-

<sup>44</sup> Young, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law* 33 (2008), pp. 113-175.

<sup>45</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996, pp. 262 y ss. Sobre la evolución del pensamiento de Rawls en relación con los derechos sociales véase Arango, Rodolfo. “John Rawls y los derechos constitucionales”, Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 141-156.

les en la autonomía individual.<sup>46</sup> La tradición liberal se equivoca cuando presenta el derecho fundamental a la vida como un derecho de libertad. Este derecho es un derecho positivo o de prestación, no un derecho negativo o de abstención. El bebé, cuando nace, depende enteramente de la madre para su subsistencia. Los derechos sociales, al igual que el derecho a la vida, no presuponen o tiene la libertad como su fundamento. Según este filósofo alemán, es la dignidad humana el valor que subyacería al reconocimiento de los derechos sociales.<sup>47</sup>

### *3. Igualdad*

La tradición democrática igualitaria, representada por autores como John Rawls, Ronald Dworkin o Philip van Parijs o José García Añon, funda los derechos sociales en el principio de IGUALDAD. El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de persona y grupos que por sus condiciones personales no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía de medidas positivas para el efecto.<sup>48</sup>

En forma similar a lo que sucede con la distinción entre libertad formal y libertad fáctica, quienes fundamentan los derechos sociales en el principio de igualdad lo hacen a partir de la distinción entre igualdad formal e igualdad material. La primera modalidad asegura simplemente la igualdad ante y bajo la ley, esto es, prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera. La igualdad material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas –por vía del reconocimiento de derechos sociales– de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta,<sup>49</sup> pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad. Los derechos sociales serían

<sup>46</sup> Tugendhat, Ernst, *op. cit.*, nota 25, p. 346.

<sup>47</sup> Tugendhat, Ernst, *op. cit.*, nota 25, p. 348.

<sup>48</sup> En esta dirección afirma José García Añon: “Los derechos sociales se fundamentan en la idea de la igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de la persona”. Véase García Añon, José, “Derechos sociales e igualdad”, Abramovich, V., Añon, M. J. y Courtis, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 79-102.

<sup>49</sup> Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; Sen, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

así la condición material necesaria que debe ser asegurada para garantizar la igualdad real y efectiva.

A este enfoque también le han surgido objeciones, a la par de lo que sucede con el fundamento de la libertad. La principal reserva consiste en sostener que los derechos sociales son vistos como un mero medio para la obtención de igualdad material o real, lo que instrumentaliza o condiciona los derechos sociales a la consecución de la igualdad y, de cualquier forma, no asegura más que la participación en el proceso político, no el goce efectivo de la porción de riqueza colectiva que corresponde a cada persona por el hecho de vivir e interactuar en una comunidad de destino.

#### *4. Solidaridad*

Más prometedor que la dignidad, la libertad y la igualdad parece ser la solidaridad con miras a fundamentar los derechos sociales, aun cuando además de desvirtuar las objeciones en contra de estos últimos es necesario justificar la solidaridad como un concepto que no es superfluo ni oscuro. Las razones a favor de la solidaridad son múltiples: jurídicas, políticas y económicas.

La solidaridad tiene origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo por las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual y colectiva. La solidaridad jurídica no se limita a los miembros de una familia o clase; ella puede ser el resultado de una convención o acuerdo de voluntades, tácito o expreso, entre extraños dispuestos a reconocer la existencia de vínculos que limitan el ámbito de sus posibilidades de acción para favorecer proyectos colectivos mayores. Las características del concepto jurídico de la solidaridad hacen de este un especial candidato para fundar el reconocimiento de derechos sociales humanos y fundamentales. Esto porque si entendemos los derechos subjetivos como relaciones recíprocas cuyo reconocimiento busca prevenir o remediar potenciales daños y los derechos sociales como las prestaciones fácticas positivas a favor toda persona requerida de apoyo colectivo,

la solidaridad puede ser vista como la fuente misma de los derechos sociales.

Con el paso del tiempo la solidaridad ha incluido contenidos morales en su significación.<sup>50</sup> Ella se asocia por muchos al comportamiento caritativo hacia la persona en estado de necesidad. La parábola del buen samaritano vino a teñir de moralidad lo que en principio era un concepto ajeno a convicciones religiosas. Consecuencia negativa de esta evolución es el estrechamiento del alcance de la solidaridad a grupos particulares. Convicciones valorativas no universalistas restringen el concepto a grupos cerrados principalmente vinculados por factores de origen o procedencia, con la necesaria exclusión de otros no incluidos en el grupo de referencia. Esta acepción recortada de la solidaridad, cuando se asocia a los derechos sociales, termina por limitar el alcance de tales derechos a los miembros de una determinada clase social o grupo humano, lo que no se justifica ante el fenómeno universal de la interdependencia global.

Fue en el siglo XVIII que el concepto de solidaridad migró al ámbito de lo político. El saint-simoniano P. Leroux lo introdujo al discurso político como elemento constitutivo de la sociedad y principio de progreso de la humanidad.<sup>51</sup> Un jacobino como Robespierre, vinculará la fraternidad como concepto afín al de la solidaridad, al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, el cual fue incluido como enunciado político jurídico en la Constitución francesa de 1793.

A las razones de tipo jurídico y político se suman razones de tipo económico para justificar la fundamentación de los derechos sociales humanos y fundamentales a partir de la solidaridad. En la era de la interdependencia económica mundial<sup>52</sup> resulta anacrónico limitar el alcance de los derechos positivos o de prestación a los nacionales o, dentro de éstos, a ciertos sectores o clases de la sociedad. Esto porque en un mundo crecientemente interconectado y materialmente integrado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos recíprocos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades

<sup>50</sup> Arango, Rodolfo. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, pp. 169 ss., 187 ss.

<sup>51</sup> Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 2a. ed., 1998, p. 14.

<sup>52</sup> Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.

## V. EXIGIBILIDAD

Los derechos sociales presentan grandes desafíos en cuanto a su exigibilidad. Esto porque las dificultades conceptuales, estructurales y de fundamentación de los derechos sociales conllevan no pocas veces la negación de su realización práctica. Esto vale especialmente en materia de derechos sociales humanos y fundamentales que plantean exigencias complejas para su ejecución, lo que no sucede con los derechos sociales legales cuyas obligaciones positivas han sido determinadas por el legislador. Con respecto a los derechos sociales humanos y fundamentales –alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo– es necesario distinguir dos tipos diversos de exigibilidad: política y jurídica, también denominada justiciabilidad.

### 1. *Exigibilidad política*

El reconocimiento de derechos sociales, humanos y fundamentales, ha sido una lenta pero segura conquista del último siglo, a la par con el discurso y la práctica de los derechos en general. Bien podría afirmarse que la lucha por la exigibilidad de los derechos sociales ha sido una por desideologizar su entendimiento y universalizar su reconocimiento efectivo. Luego de la identificación de los derechos sociales con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora, a principios del siglo XX, un siglo después los derechos sociales hacen parte constitutiva no solo de constituciones políticas de países socialistas o que han adoptado el modelo de Estado social de derecho, sino de las declaraciones y las convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Este es el fruto de exigencias o demandas colectivas así como de la movilización popular en defensa del pleno reconocimiento de los derechos humanos en su integridad.

La experiencia de acciones coordinadas de teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles a los desarrollos del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, ha llevado a la convicción de que sin la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, los avances políticos para la garantía y

el goce efectivo de los derechos sociales no habrían sido posibles.<sup>53</sup> La exigibilidad política exige por ello un constante trabajo de apreciación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

Un ejemplo claro de exigibilidad política lo constituyen los informes alternativos presentados por la sociedad civil al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados parte del PIDESC. La participación de las organizaciones civiles en los procesos de formulación, diseño y seguimiento de las políticas públicas en la materia permiten exigir la asunción de responsabilidad política a los Estados ante la comunidad internacional por las acciones y omisiones públicas que desconocen los estándares de protección y garantía internacionales.

## *2. Exigibilidad jurídica o justiciabilidad*

La exigibilidad jurídica o justiciabilidad de los derechos sociales es quizás el más difícil desafío que plantean los derechos sociales humanos y fundamentales en la actualidad. La complejidad de los problemas conceptuales, interpretativos e institucionales no ha sido del todo resuelta, ni en la teoría ni en la práctica. La situación más que desanimar a sus defensores eleva un reto de gran atractivo e importancia: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.

En la literatura especializada son claramente discernibles dos estrategias complementarias para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera toma como pie de apoyo el derecho internacional de derechos humanos,<sup>54</sup> en particular las garantías que suponen principios como los de

<sup>53</sup> Abramovich, Victor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL* núm. 88, abril de 2006, pp. 36-50.

<sup>54</sup> Vasak, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, revisado y editado para la edición inglesa por Philip Alston, Connecticut, Greenwood Press, 1982; Buergenthal, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos*, Bogotá, IEP, 2003.

progresividad y prohibición de retroceso o regresividad,<sup>55</sup> control de convencionalidad<sup>56</sup> e interdependencia, integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos.<sup>57</sup> La segunda estrategia se basa en el constitucionalismo social<sup>58</sup> y los avances interpretativos<sup>59</sup> en sistemas de derecho propios de economías emergentes como las de los países de Latinoamérica<sup>60</sup> y de la antigua cortina de hierro, así como de Suráfrica.<sup>61</sup> Ambas estrategias convergen en la práctica –como se ve en la doctrina del bloque de constitucionalidad en Colombia o de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución en Argentina o México– y repotencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.<sup>62</sup>

Tres objeciones han sido elevadas contra la justiciabilidad de los derechos sociales humanos y fundamentales: una cognitiva, una metodológica y una funcional. De la posibilidad de desvirtuar los argumentos que las sustentan depende la defensabilidad de los derechos sociales entendidos como derechos subjetivos exigibles directamente ante los jueces constitucionales e internacionales ante vacíos de ley o imposibilidad fáctica de un Estado.

---

55icos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos, New Haven/Quito, 2003; Sepúlveda, Magdalena *et al.*, *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004; Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Saraiva, 13a ed., 2012.

56 Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL/CELS, 2006.

57 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

58 Sepúlveda, Magdalena, *op. cit.*, nota 54.

59 Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derechos Comparado*, vol. 92, mayo-agosto de 1998, pp. 439-356; Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 29.

60 Prieto Sanchís, Luis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57; Uprimny, Rodrigo, García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

61 Gargarella, Roberto, *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.

62 Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Gauri, Varun, Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

63 Carbonell, Miguel, *et al.*, (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.

La objeción cognitiva sostiene que no es posible conocer cuándo se vulnera un derecho social humano o fundamental, puesto que el grado de indeterminación de sus componentes impide saber quién viola el derecho –por ejemplo la familia, el Estado o la comunidad internacional–, o cuándo se viola el derecho –por ejemplo en cuanto a la calidad o cantidad de la alimentación que requiere quien carece de alimentos para subsistir dignamente (véase *supra* III. Estructura). Según esto, la violación de derechos fundamentales de libertad por la acción del Estado sí es claramente conocible y verificable, no siendo este el caso para la violación de derechos sociales por omisión. Esto porque sería imposible saber qué falta de actuación y qué agente omisivo conllevan el quebrantamiento del ordenamiento jurídico constitucional o internacional. Como dice la máxima de Saliceto, “de nada, nada se sigue”. Según el anterior enfoque, los derechos de libertad son anteriores al Estado y para su goce efectivo se requeriría simplemente que el Estado no interfiera en la órbita protegida por ellos, siendo el costo para su protección cero, lo cual no sería el caso para los derechos sociales, cuyo reconocimiento supone la existencia del Estado y por lo mismo, cuestan mucho.<sup>63</sup> En definitiva, según la objeción epistémica, no es posible establecer empíricamente la violación de un derecho social humano o fundamental.

La objeción metodológica se relaciona estrechamente con la anterior y se refiere a la presunta inexistencia de procedimientos objetivos y criterios racionales para decidir sobre la violación de los derechos sociales humanos y fundamentales. En contraste con los derechos de libertad que sí contaría con métodos para establecer su vulneración –como por ejemplo la dogmática de ámbito de protección, afectación, limitación o violación según el principio de proporcionalidad–, para los detractores de los derechos sociales humanos y fundamentales, los derechos sociales carecerían de instrumentos para reconstruir racional y objetivamente las decisiones correctas a adoptar sin desconocer derechos de terceros (como la propiedad) o el principio democrático.

La objeción funcional remite a la idea de que si los jueces garantizaran judicialmente derechos sociales humanos y fundamentales se desconocería el Estado democrático de derecho y se abriría la puerta a un Estado judicial, caracterizado por la arbitrariedad en el reconocimiento de prestaciones positivas a unos y a su negación a otros. Esto porque sumada la indeterminación de estos derechos y a la inexistencia de métodos para su control, la justicia cadi, casuista o selectiva, haría volar por los aires los

<sup>63</sup> La tesis según la cual la satisfacción de los derechos liberales no cuesta mientras la de los derechos sociales sí ha sido desvirtuada por Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

principios de libertad, propiedad e igualdad tan caros a la tradición democrática de derecho.

A las anteriores objeciones es posible responder mediante varias vías como las señaladas arriba. Primero, mediante una adecuada conceptualización y estructuración de los derechos sociales; segundo, reconociendo la progresiva internacionalización del derecho constitucional de los diferentes países; tercero, gracias a la constitucionalización del derecho ordinario e internacional; cuarto, atendiendo a la interpretación integral y progresiva de los derechos humanos y fundamentales; quinto, no desestimando el desarrollo de una frondosa y extensa doctrina internacional y comparada en materia de derechos sociales.

Invalidada históricamente la fundamentación onto-teológica de los derechos humanos, bien como dados por Dios o como sustancias anteriores y superiores al Estado, resulta necesario reconocer que todo derecho es una relación establecida por los seres humanos que supone de actuaciones positivas y negativas para su efectiva realización, en especial en un mundo interdependiente. Incluso los derechos de defensa o abstención implican costos económicos para ser garantizados en la práctica, por lo que no es aceptable afirmar que basta abstenerse de interferir en las esferas de libertad para garantizar tales derechos. Tampoco los derechos clásicos de libertad o defensa presentan una prioridad epistémica respecto de los derechos sociales en la evaluación de su violación. La institucionalización de jueces para asegurar unos y otros derechos exige conocimientos para verificar si las interacciones humanas violan por acción u omisión los derechos fundamentales y humanos cualquiera sea el contenido de sus prestaciones.

La objeción epistémica falla al partir de un concepto mecánico de omisión, de forma que si no se presenta una causa eficiente no se generaría violación alguna de un derecho. Como bien lo anotó Carlos Santiago Nino hace tiempo,<sup>64</sup> el concepto de omisión en el ámbito jurídico no es fáctico sino normativo. Cognitivamente es posible determinar cuándo una omisión de una conducta debida genera un riesgo o un daño atribuible a actores determinados mediante métodos y argumentos institucionalizados. Las doctrinas de imputación objetiva (en el derecho penal) y de la responsabilidad por ocupar una posición de agente son clara muestra de que sí es posible sacar conclusiones normativas a partir de omisiones de acciones determinables y esperables. Esto es de especial importancia en el caso de los derechos sociales fundamentales. La posibilidad de conocer, por ejemplo,

<sup>64</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 2.

cuándo se vulnera el derecho a la salud de un menor de edad que no accede al servicio por su condición de pobreza pese a sufrir de un quebranto de salud verificable, es incontestable. Esto vale también para los demás derechos sociales o a prestaciones positivas fácticas de gran importancia. La existencia de una amplia doctrina internacional –observaciones generales– emanada de órganos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU confirma que el conocimiento en el incumplimiento de estándares universales en la materia no es algo aleatorio e imposible.

Lo dicho abre la puerta a la solución del problema metodológico. En la jurisprudencia constitucional e internacional de las últimas décadas se ha desarrollado una metodología crecientemente sofisticada para el establecimiento de violaciones de derechos. En ella el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación –en contraste con la subsunción– juegan un papel fundamental.<sup>65</sup> En el caso de los derechos sociales humanos y fundamentales la metodología para establecer cuándo una omisión o acción defectuosa o insuficiente está todavía en construcción.<sup>66</sup> No obstante, una argumentación contra-fáctica y consecuencialista permite confirmar cuándo la no acción pese a las circunstancias de urgencia (caso extremo) lleva, *prima facie*, a la consumación de un riesgo o daño para el titular del derecho a una prestación fáctica positiva del Estado.<sup>67</sup> La multiplicidad de posibles obligados, en este caso el Estado nacional o la comunidad internacional, activan los principios de subsidiariedad y solidaridad, de forma que la persona no quede abandonada a su suerte por el mero hecho de no poder ayudarse a sí misma. Volviendo al ejemplo del derecho a la salud, la probabilidad de sufrir un daño irreversible según el nivel de la ciencia alcanzado en cada momento es objetivamente determinable según las circunstancias fácticas del caso, en particular cuando de no intervenirse a tiempo se genera una consecuencia inconstitucional, como cuando quien requiere un medicamento vital no accede a él por su limitada capacidad económica. Por otra parte, la determinación del obligado en cada caso depende también de la inminencia del daño. Si particulares obligados por ley a asistir al

<sup>65</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009; Bernal, Carlos, *La proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Clérigo, María Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

<sup>66</sup> Clérigo, María Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-174.

<sup>67</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 155 ss.

enfermo fallan en su deber positivo de auxilio y apoyo, corresponderá al Estado ocupar la posición de garante para asegurar que el titular del derecho a la salud no quede expuesto a un daño por la omisión del primariamente obligado. La fundamentalidad de los derechos constitucionales y humanos puede ser alegada y sustentada argumentativamente, sin que la ausencia de un texto normativo de rango superior sea un buen argumento para denegar las prestaciones positivas fácticas cuando ellas son objetivamente requeridas.

En cuanto a la objeción funcional, sin duda se requiere trazar una clara línea entre las funciones legislativas y las funciones judiciales para evitar la quiebra de principios fundamentales del Estado constitucional y democrático de derecho. La doctrina nacional e internacional<sup>68</sup> y el derecho constitucional comparado<sup>69</sup> han reconstruido los ámbitos competenciales en el caso del reconocimiento judicial de los derechos sociales,<sup>70</sup> y modalidades interpretativas como el llamado estado de cosas inconstitucionales en materia de prisiones, población objeto de desplazamiento forzado, sistema de salud o sistema pensional, entre otras. Las medidas judiciales adoptadas para proteger derechos sociales fundamentales y humanos pueden ser altamente complejas y diversas dada la variedad de derechos en juego. La jurisprudencia constitucional adopta en este caso, atendiendo al principio de que los Estados sólo están obligados hasta el límite de lo posible, decisiones con diversos efectos: sentencias interpretativas, diferidas, condicionadas. Incluso en el caso de los estados de cosas inconstitucionales, la jurisprudencia constitucional ha dictado órdenes generales y estructurales para exigir el cumplimiento de actuaciones complejas y coordinadas de varias instituciones estatales requeridas para la satisfacción de un derecho social. En cualquier caso, es de advertir, el legislador e incluso el constituyente secundario podrían interve-

<sup>68</sup> Young, Katherine G., *op. cit.*, nota 44.

<sup>69</sup> Bogdandy, Armin v., Landa, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Bogdandy, Armin v., Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Bogdandy, Armin v., Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto De Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

<sup>70</sup> Michelman, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly* 3, 1979, pp. 659-693; Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 271-272.

nir para modificar, corregir o derogar lo dispuesto por los jueces constitucionales o internacionales, debiendo, claro está, asumir la carga de la argumentación para separarse de las órdenes judiciales proferidas. El gran desafío del siglo XXI para el constitucionalismo global será la consolidación de una doctrina constitucional e internacional para desarrolle la protección óptima y efectiva de los derechos sociales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Bibliografía citada*

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Victor, Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, abril de 2006.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, “John Rawls y los derechos constitucionales”, Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997.
- \_\_\_\_\_, Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano” en Armin von Bogdandy *at al.*, (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010. en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf>, consultado el 20 de enero de 2013.
- \_\_\_\_\_, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2012 [2005].
- \_\_\_\_\_, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- ARI MELO, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004.

- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BAYERTZ, Kurt, “Begriff und Problem der Solidarität”, Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998.
- BERNAL, Carlos, *La proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992.
- BOGDANDY, Armin v., et al.,(coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto De Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- BOGDANDY, Armin v., et al., (eds.),*La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- BOGDANDY, Armin v., et al.,(eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiava, 1991.
- CARBONELL, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santa-maría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CARBONELL, Miguel, et al.,(comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- CHACÓN MATA, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007.
- CLÉRICO, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad” en: Clérigo, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- , “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Carbonell, Miguel (ed.), *El*

- principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- \_\_\_\_\_, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL/CELS, 2006.
- CRANSTON, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed”, Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, London, Macmillan, 1967.
- CRANSTON, Maurice, *What are Human Rights?* London, Bodley Head, 1962.
- DUGUIT, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, Abendroth, W., FORSTHOFF, E., DOEHRING, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA AÑON, José, “Derechos sociales e igualdad”, Abramovich, V., Añon, M.J. y Courtis, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003.
- GARCÍA, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006.
- GARGARELLA, Roberto *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Técnicos, 3a. ed., 2002.
- LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de, “Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994.
- LOCKE, John, *Segundo tratado de gobierno civil*, Madrid, Alianza, 2004.
- LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 2a. ed., 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003.
- MICHELMAN, Frank, “Welfare Rights and Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979.
- NINO, Carlos S., “On Social Rights”, Aarnio, A. et al., (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993.
- NUSSBAUM, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, C. y SARMIENTO, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Saraiva, 13a ed., 2012.

- PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho”, Carbonell, Miguel, Cruz Parcerio, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derechos Comparado*, vol. 92, mayo-agosto de 1998, pp. 439-356. en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995.
- QUEIROZ, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996.
- ROBESPIERRE, Maximiliano, “Extractos de ‘Sobre la subsistencia’”, en *idem, Virtud y terror* (introducción a cargo de Slavoj Žižek), Madrid, Akal, 2007.
- SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 7a ed., 2007.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934.
- SEARLE, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000.
- \_\_\_\_\_, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.
- SHUE, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- UPRIMNY, Rodrigo, García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- VASAK, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, Connecticut, Greenwood Press, 1982.

- YOUNG, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999.

## 2. *Bibliografía recomendada*

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2012 [2005].
- CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- CHAPMAN, A. y RUSSELL, S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Mortsel, 2002.
- COURTIS, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.
- COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CRAVEN, M. C. R., *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995.
- EIDE, A., KRAUSE C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2a. ed., Dordrecht, 2001.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.
- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

- LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LAPORTA, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, Betegón, Jerónimo, *et al.*, (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004.
- MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito 2003.
- MICHELMAN, Frank, “Welfare Rights and Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979.
- PECES-BARBA, Guillermo, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998.
- PEREIRA DE SOUZA, C. y SARMIENTO, D. (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial,” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001.
- TUSHNET, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2008.