



Fronteras inútiles 2 (tríptico)  
acrílico sobre lienzo  
75 x 30 c/u  
2004

***FUNDAMENTALIDAD  
Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS  
SOCIALES: UNA PROPUESTA  
ARGUMENTATIVA***

## RESUMEN

La preocupación por encontrar vías de justiciabilidad de los derechos sociales, ha opacado la discusión sobre su naturaleza y ha dejado la sensación de que la existencia del derecho - bajo la rúbrica de fundamental- depende exclusivamente de su justiciabilidad. No obstante, lo que aquí se sostiene, es que la justiciabilidad más que una condición *ex ante* para determinar la existencia de un derecho fundamental, es una consecuencia *ex post* de su fundamentalidad, de modo que la tarea urgente es hallar “razones válidas y suficientes” para argumentar la fundamentalidad de los derechos sociales, las que aquí se presentan son: la ampliación del principio de libertad, las necesidades básicas y la dignidad humana y el replanteamiento del principio de igualdad.

**Palabras clave:** Estado Social de Derecho, Fundamentalidad, Derechos sociales, Justiciabilidad, Exigibilidad, Libertad fáctica, Necesidades básicas, Dignidad, Igualdad.

## FUNDAMENTALITY AND EXIGIBILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ARGUMENTATIVE PROPOSAL

### SUMMARY

The concerning of finding routes of justiciability of social rights, has opaque the discussion on its nature and has left the sensation of which the existence of the right —under the heading of fundamental— depends exclusively of its justiciability. However, what is supported here, it is that the justiciability more than an *ex ante* condition to determine the existence of a fundamental right, it is an *ex post* consequence of its fundamentality, so that the urgent task is to find “valid and sufficient reasons” to argue the fundamentality of social rights, those that appear here are: the extension of freedom principle, basic necessities and human dignity and the restatement of equality principle.

**Key words:** Social Right State, fundamentality, social rights, justiciability, exigibility, factual freedom, basic necessities, dignity, equality.

\*\* Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

## FUNDAMENTALIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA PROPUESTA ARGUMENTATIVA\*

Primera parte

### 1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado Social de Derecho surgió como una corrección al Estado Liberal ante las demandas de los grupos sociales, que fueron marginados en desarrollo del sistema de economía de mercado a comienzos del siglo XX. Tres instituciones pueden evidenciar la existencia de un Estado Social de Derecho: la consagración constitucional de derechos sociales, la consagración de una democracia de participación y la intervención estatal en la economía. El propósito en lo que sigue, es abordar la primera de las instituciones, los derechos sociales,<sup>1</sup> partiendo de la idea de que es posible argumentar su fundamentalidad a partir de razones válidas y suficientes y en virtud de que su reconocimiento y garantía, además de indicar la vigencia de un Estado Social de Derecho, es requisito de legitimidad de las actuaciones públicas.

Ahora bien, los derechos sociales, imponen al Estado obligaciones de *hacer*, de planificar y ejecutar políticas para redistribuir el bienestar, a diferencia de los civiles y políticos, frente a los cuales, su función es abstenerse, lo cual indica que el reconocimiento de los derechos sociales es diferente a su realización, porque es bien sabido que la sola consagración normativa de los derechos no es suficiente para garantizar su realización y en el caso de los derechos sociales, su consagración constitucional no ha determinado la efectividad de aquellos, ni ha sido garantía para la construcción, consolidación y eficacia del Estado Social, de ahí la importancia de reflexionar sobre la posibilidad de hacerlos exigibles judicialmente. En este punto, conviene precisar qué se entiende por “exigibilidad” y qué por “justiciabilidad”. Un derecho puede ser exigido por su titular mediante múltiples mecanismos —considerando las vías legales, obviamente— tales como protestas y manifestaciones públicas, petición por vía administrativa de su cumplimiento, huelgas, entre otros. La posibilidad de que un derecho sea exigible radica en la existencia de una obligación correlativa de un sujeto determinado a quien se le pueda presentar la

\* Reseña de tesis de grado. Artículo desarrollado en calidad de auxiliar de investigación del proyecto “El Estado Social de Derecho como fundamento para negar o reconocer la prestación de los derechos sociales en Colombia. Análisis de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana (1992-2002)”, cuya investigadora principal es la Doctora María Cristina Gómez Isaza, docente de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> Conviene precisar que mientras la noción de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) proviene del derecho internacional de los Derechos Humanos, el término “derechos sociales” proviene más bien del derecho constitucional y de las distintas ramas del derecho nacional.

petición, es decir, que se trate de un “derecho subjetivo”. En cambio, decimos que un derecho es “justiciable”, o que se caracteriza por su justiciabilidad, cuando es posible que su titular ponga en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación. Ambos conceptos, tienen en común el hecho de ser propios de los derechos vinculantes y, además, operan en tanto exista un incumplimiento previo —o al menos una amenaza grave de incumplimiento— por parte del obligado, pues en todo caso, la vía coactiva para la realización de un derecho, opera cuando se ha retardado o negado su contenido; en el caso de los derechos civiles y políticos, cuando se vulnera el deber de abstención que el derecho implica y, en lo referente a los derechos sociales, cuando no se concede la prestación debida.

Y es precisamente frente a la exigibilidad y a la justiciabilidad, que se propone una variación en el discurso los derechos sociales. Hasta ahora, son numerosos los empeños por exponer las condiciones en las cuales estos derechos, otorgan a su titular la oportunidad de solicitar su protección, de manera que la obligación que el derecho conlleva sea impuesta por vía coactiva. Es así, como se ha dicho, que para determinar cuando un derecho social es exigible y cuando no, debe atenderse en cada caso, a la urgencia de la situación, a la conexidad con los tradicionales derechos fundamentales, a la determinación concreta del sujeto obligado y de la prestación que conlleva, entre otros criterios. Así, la preocupación por encontrar vías de justiciabilidad de los derechos sociales, ha opacado una importante discusión que debe darse —discusión que la disciplina jurídica ha pospuesto— y es aquella que alude al fundamento, a la razón de ser de los derechos sociales en nuestro tiempo. En efecto, la pregunta por la *naturaleza* de los derechos, nos lleva más allá del campo jurídico. Diferentes disciplinas se ven interrelacionadas al intentar resolver la pregunta sobre el *status* que se les debe dar. La inquietud frecuente ha sido, entonces, ¿a partir de que argumentos o estrategias es posible considerar a los derechos sociales como *derechos justiciables*?, en estas páginas se intenta enfrentar, en cambio, a la pregunta, ¿a partir de qué argumentos los derechos sociales son *derechos fundamentales*?, es decir, partimos de una inquietud sobre la naturaleza de tales derechos, sobre su *existencia* al margen de que prevean o no mecanismos propios de exigibilidad judicial. Siguiendo a Alexy, “la existencia de un derecho, no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable”,<sup>2</sup> de ahí que pretendamos acercarnos a la naturaleza de los derechos sociales.

2 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 496.

Desde nuestro punto de vista, entonces, es posible hablar de dos vías para abordar un mismo tema: una indica que los derechos son fundamentales siempre que otorguen a su titular la posibilidad de hacerlos exigibles mediante mecanismos establecidos para su protección, esto es, son fundamentales si son exigibles, en este caso, judicialmente. Así, la **existencia** de los derechos sociales como derechos fundamentales, se condiciona a la **existencia** de las posibilidades de hacerlos exigibles.

En ese sentido Abramovich y Courtis: “lo que calificará la *existencia* de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”.<sup>3</sup> La pregunta que surge de inmediato es ¿el poder reclamar protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho fundamental? Desde la primera vía la respuesta es afirmativa, el poder de reclamo es **condición** de la existencia de tal derecho.

La otra vía indica que los derechos no son fundamentales porque cuenten con mecanismos de exigibilidad, sino que éste es un agregado de tal condición, esto es, los derechos son fundamentales porque encuentran justificación en distintos aspectos de la realidad histórica del individuo, de modo que la posibilidad de reclamar protección no forma *necesariamente* parte de la noción de derecho fundamental, sino que es una **consecuencia** de tal calidad.

Según lo dicho, y acogiendo la segunda vía, es menester replantear la fundamentalidad de los derechos, basándonos en criterios alternativos a los tradicionalmente usados, criterios que ubican al hombre en un contexto histórico determinado y que tienen en cuenta, además de sus condición de sujeto abstracto, sus necesidades reales. El primer paso para emprender esta tarea es partir de un punto de vista funcional y no estructural, puesto que tradicionalmente se ha considerado la estructura de los derechos civiles y políticos como criterio para identificar los derechos fundamentales, lo cual nos remite a una comparación indefinida entre unos y otros, que desconoce las particularidades de los derechos sociales y, sobre todo, la existencia de razones propias para justificar su fundamentalidad. Una visión estructural de los derechos es aquella que alude a la forma del derecho, a la unión entre los elementos que lo integran, es así como los objetores a la ampliación del concepto de fundamentalidad al ámbito de los

3 ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002. p. 47. De la lectura completa del texto se concluye que los autores lo que quieren decir es que de la falta de mecanismos de protección específicos para los Derechos sociales no puede derivarse su no-exigibilidad, “la distinción entre unos y otro tipo de derechos no puede fundarse en argumentos de orden lógico-deontológico, ni sobre la presencia o ausencia de características como la exigibilidad judicial, por eso cabe preguntarse si tiene sentido mantener la distinción.”

derechos sociales, consideran que sólo los llamados “derechos de primera generación” cumplen con la estructura de derecho fundamental porque de su lectura se entiende claramente la obligación, el sujeto obligado y el poder de reclamación coactiva del contenido del derecho en cabeza de su titular. Por el contrario, la visión funcional, como su nombre lo indica, se refiere a la función que cumple el derecho, alude al requerimiento —individual o social— al cual responde el derecho, al papel que juega no sólo en el entramado normativo sino en las relaciones sociales que regula, ¿para qué existe ese derecho? ¿Qué intereses o necesidades busca proteger?

El asunto debatible, entonces, es la calidad de segunda categoría, de “derechos disminuidos”,<sup>4</sup> que se les ha dado desde la norma y que ha impedido que, hasta ahora, sean situados al mismo nivel de los derechos liberales clásicos, prejuicio que ha obstaculizado su realización efectiva. La continua comparación entre unos y otros y la pretensión de que los sociales “alcancen” la posición de los civiles y políticos, deja de lado un asunto de mayor trascendencia: los derechos sociales son derechos fundamentales a partir de una justificación propia y no a partir de su equiparación con los tradicionales derechos liberales. Ciertamente la división en generaciones fue la carga más pesada que se le pudo imponer a los derechos sociales, porque dio la idea de que su realización podía posponerse hasta tanto tuvieran plena vigencia los civiles y políticos, cuestión que deja de lado la idea de integralidad de los derechos.<sup>5</sup>

4 PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990. p. 185. “Existe una conciencia general de que los llamados DESC o bien no son auténticos derechos fundamentales y representan una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación (...) en la filosofía política, al parecer hoy dominante, constituyen la expresión de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenazan el disfrute de las libertades individuales (...) en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal los derechos sociales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los Derechos fundamentales”.

5 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Los Derechos Humanos en la posmodernidad”. En *Ciudadanía y Derechos sociales Humanos*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001. pp. 169-184. “La distancia entre cuadros legales y prácticas sociales tiende a ser en nuestras sociedades mayor que en las sociedades centrales, lo que exige de nuestra parte una mayor vigilancia sociológica (...) en estos países, al contrario de lo que sucedió en los países centrales, no es posible pensar de modo secuencial la lucha por los derechos humanos. De hecho, en nuestros países no tiene mucho sentido hablar de varias generaciones de derechos humanos. Más que en cualquier otra sociedad no podemos nosotros esperar la plena consolidación de los derechos civiles y políticos para después luchar por los sociales y económicos. En estas sociedades estamos forzados a un cortocircuito histórico, a una lucha simultánea contra la dominación, la explotación y la alineación, lo cual confiere a la estrategia de los derechos humanos una cierta complejidad”.

Ahora bien, entendiendo la fundamentalidad como “una propiedad que alude a la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales”,<sup>6</sup> nos preguntamos, ¿de dónde deriva tal condición de fundamentalidad?, ¿existen criterios objetivos para determinarla? Hay quienes señalan que la fundamentalidad debe reservarse para cuestiones que “en serio” lo ameriten, porque de no ser así se llegará a un desgaste tal de la expresión, que perderá el *status* y la protección privilegiada que hasta el presente ha tenido. Incluso se ha llegado a considerar que la constitucionalización de los derechos sociales representa lo que se podría llamar la “inflación de los derechos fundamentales”,<sup>7</sup> situación indeseable que consiste en la “tendencia de hacer por cada nueva demanda social o política una petición para que se reconozca un derecho fundamental”.<sup>8</sup> En esa misma perspectiva se ubican quienes señalan que las pretensiones sociales no generalizables son tema propio de políticas públicas y de regulación administrativa y de quienes abogan por la “reducción” de los límites de la fundamentalidad.<sup>9</sup>

6 BOROWSKI, Martín. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No 25, 2003. p. 31.

7 DIEZ-PICAZO y PONTTHOREAU. *Op. Cit.*, p. 29.

8 *Ibid.* “Puede ser expresión del pluralismo de valores que caracteriza el mundo moderno, pero también indica una inclinación a maximizar en que lo implica una ausencia de diferenciación de los valores realmente *indispensables* para una coexistencia civilizada. Además si hay muchos derechos fundamentales se arriesga una devaluación de la efectiva garantía de los mismos. Sería aconsejable tomar el ejemplo anglo americano: la política (en oposición a la ley) puede responder a las nuevas demandas por medio de derechos reglamentarios, sin tener siempre que recurrir a la categoría de derechos fundamentales.”

9 CHINCHILLA HERRERA, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los Derechos fundamentales?* Bogotá, Temis, 1999. p. 12. “Después de HOHFELD, el éxito asombroso obtenido por la expresión *tener un derecho* en el lenguaje político y constitucional ha implicado una considerable ampliación del campo semántico de dicha locución, aún más allá de lo que la exigencia de claridad permite, hasta el punto de que toda aspiración importante para el modo de vida de una persona o grupo toma el camino venturoso de convertirse en un derecho —y ojalá constitucional—, como recurso para hacer más fuerte su poder de exigencia (...) tal vez por eso en mejor sentido técnico-jurídico, la Constitución española niega el título de derechos (...) a bienes constitucionales como el medio ambiente, la protección de la salud personal, la seguridad social, etc., y prefiere llamarlos principios rectores de la política económica y social (...) de este sitio a plantear derechos tales como el *derecho a la felicidad perfecta* solo hay unos cuantos pasos. Por ello dicha ampliación de los límites del lenguaje jurídico puede resultar, a la postre, una ganancia semántica indeseable, ya que le impone al sistema jurídico una sobrecarga de demandas frente a las cuales, este jamás podrá ofrecer una respuesta siquiera medianamente satisfactoria, dado que el derecho positivo es apenas un instrumento bastante modesto de control social (...) Necesitamos, entonces, reducir los confines de la expresión *tener un derecho* a fin de que el concepto de *derecho fundamental* tenga un formato jurídicamente apropiado como pieza del derecho positivo”.

No obstante lo anterior, existen “razones válidas y suficientes”<sup>10</sup> para justificar la ampliación de la rúbrica de fundamentalidad a los derechos sociales y la importancia de ello, radica en que de tal condición, deriva el derecho a imponer efectivamente su protección, de ahí que lo primero sea ordenar razones para probar este atributo.

Pero, ¿por qué es necesario verificar la fundamentalidad de los derechos sociales y no sucede así en el caso de los civiles y políticos?, la respuesta a esta pregunta obedece al modo en que fueron consagrados en las cartas de derechos y al prejuicio ideológico que los ha acompañado, desde su surgimiento.<sup>11</sup> En todo caso, los derechos sociales requieren un *plus* de justificación, pese a que, en principio, el elemento de referencia sea el mismo; el ser humano en todas sus dimensiones.

### Precisión terminológica: los derechos sociales prestacionales

Antes de entrar en materia, consideramos preciso aludir a la noción de derechos sociales prestacionales, con el fin de limitar la expresión, acogiendo la clasificación propuesta por Robert Alexy. Este autor diferencia el concepto amplio del derecho a prestaciones o “prestaciones en sentido amplio”, de los derechos a “prestaciones en sentido estricto”, los cuales denomina Derechos Fundamentales Sociales. Indica que todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones —que según Alexy pueden ser fácticas o normativas— un

10 ARANGO, Rodolfo. “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”. En *Revista El otro derecho*. No 28. Bogotá, ILSA, 2003. Según el planteamiento de Alexy, un derecho será vinculante si podemos identificar una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular, por lo que éste cuenta con la posibilidad de hacerlo exigible.

11 ARANGO, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. En *Revista Pensamiento Jurídico*. Número 8. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1997. p 64. “La prolongada polémica en torno al carácter de los Derechos sociales Fundamentales obedece, en parte, a que este concepto ha sido objeto, por mucho tiempo, más de la discusión política que del análisis jurídico. Esto se debe fundamentalmente a que su concepto se confunde con las circunstancias históricas que rodearon su inicial reconocimiento y posterior positivización en declaraciones y convenciones internacionales. Sin embargo, del hecho de que los derechos sociales hayan sido reivindicados durante las revoluciones sociales, no se sigue que estos sean derechos socialistas en contraposición a los derechos liberales. La causa material del surgimiento de un concepto no debe confundirse con el concepto mismo.” En similar sentido ABRAMOVICH Y COURTIS, Op. Cit., P 10 “La debilidad política de los derechos sociales también es fruto de una debilidad teórica. Si bien los Derechos sociales son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX, una parte relevante de la cultura politológica (...) no considera que se trate propiamente de derechos (...) Hay un prejuicio ideológico que les subyace: la idea paleoliberal del Estado mínimo, que se presenta sólo como garante del orden público interno y de la defensa exterior”.

derecho a algo, que su titular en caso de disponer de medios financieros suficientes, y encontrarse en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas.

Alexy explica que los derechos a prestaciones en sentido amplio se dividen en: *derechos de protección*, es decir, derechos que tiene el individuo para exigir la protección estatal frente a terceros y *derechos a organización y procedimiento*, es decir, postulados normativos de tipo procedimental y organizativo que tienen como objetivo la realización de los derechos fundamentales. Los derechos a *prestaciones en sentido estricto*, por su parte, son los derechos a prestaciones fácticas, es decir, los Derechos Fundamentales Sociales, evidencia de que estos —los sociales— constituyen sólo un sector de los derechos a prestaciones: las prestaciones en sentido estricto.

Así las cosas, tenemos que si bien los derechos sociales constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado derecho a prestaciones, no agotan su ámbito, porque existen derechos prestacionales que, a pesar de ser fundamentales, no son sociales, tal es el caso de los derechos a protección y de los derechos a organización y procedimiento.

En este punto, cabe añadir que varios autores exponen como argumento para justificar la fundamentalidad de los derechos sociales, el hecho de que tanto los sociales, como los civiles y políticos, exigen del Estado un conjunto de obligaciones de actuación y de abstención y, por tanto, esgrimir como objeción el carácter prestacional de los primeros, es desconocer que los derechos liberales clásicos, también imponen obligaciones de hacer.

Por otra parte, no todos los derechos sociales son prestacionales, ni implican erogaciones públicas. El ejemplo más recurrente, en este caso, es el derecho a la huelga y la libertad sindical, el cual impone al Estado una obligación de abstenerse de intervenir y de permitir su ejercicio.

En suma, no todos los derechos prestacionales son sociales, ni todos los sociales son prestacionales. A los que va dirigida la justificación de su fundamentalidad, en adelante, es a los derechos sociales prestacionales, o prestaciones en sentido estricto, en palabras de Alexy.

## 2. LA NEGACIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Frente a la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales, existe un sinnúmero de objeciones. Los detractores de la fundamentalidad

consideran que los derechos sociales son *normas programáticas*, orientadoras de la acción del Estado y los operadores jurídicos, pero privan de eficacia directa a su contenido, no estableciendo verdaderos derechos o facultades de las personas ni obligaciones para los órganos estatales, ni tutelables jurídicamente, son normas de carácter esencialmente político con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, las pretensiones materiales de la comunidad que llevan a una sociedad más igualitaria y justa, tales directrices de legislación sólo implican una prohibición para el parlamento y la administración, de actuar desconociendo el contenido de la directriz, pero no un mandato vinculante para el legislador que tenga efectos jurídicos concretos en caso de no ser actuado.

En todo caso, se trata de un enfoque de los derechos sociales como “derechos relativos”,<sup>12</sup> en cuanto son de naturaleza prestacional y, por tanto, dependen de los recursos económicos del Estado para su realización, por lo que se presentan como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, dependiendo de la situación específica de desarrollo y de la situación económica de cada Estado, de ahí su carácter relativo, ya que la capacidad económica financiera de los países es relativa.

Ahora bien, ¿cuáles son los argumentos que esgrimen quienes sostienen la no-fundamentalidad de los derechos sociales?

Estos argumentos, suelen ser o provenir de las críticas al Estado Social en general. Joan Raventos,<sup>13</sup> agrupa las principales críticas al Estado del Bienestar, en dos categorías, críticas ideológicas y críticas empíricas.

Para Raventos las *críticas ideológicas* más importantes son tres:

- La falta de legitimidad del Estado para luchar contra las desigualdades, al considerar que la intervención pública violenta el Estado natural de la Sociedad (Friedman).
- El intervencionismo estatal y las políticas redistributivas comportan el riesgo de un Estado totalitario (Hayek).
- Es una forma de legitimación del capitalismo (O'Connor).

Las *críticas empíricas* por su parte son:

- La ineficiencia de la producción pública de servicios sociales.

12 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales*. www.monografias.com p. 18.

13 RAVENTOS, Joan. *Reflexión sobre la Reforma del estado del Bienestar: el Estado de Bienestar como compromiso cívico*. Barcelona, Editorial Cedecs, 2002. pp. 56-57.

- La alerta sobre el menor carácter redistributivo del que se les atribuye a las políticas del Estado de Bienestar.
- Tiene efectos negativos sobre la actividad productiva, en la medida que el incremento del déficit público, necesario para financiar unas prestaciones sociales crecientes, provoca un aumento de impuestos y unos tipos de interés más elevados, que reducen los incentivos a la inversión y a la búsqueda de la ocupación.

En segundo término, el profesor Robert Alexy<sup>14</sup> estima que en contra de los derechos sociales existen un argumento formal y un argumento material.

El *argumento formal* indica que si los derechos sociales fuesen vinculantes, conducirían a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional. El punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales no son justiciables, o lo son en una medida muy reducida. Esta tesis, se apoya en que el objeto de la mayoría de los derechos sociales es impreciso y su determinación es un asunto de política, no concerniente a la judicatura, por ello, también aquí se menciona la prevalencia de la separación de poderes y la imposibilidad constitucional de que la política presupuestaria de un país quede en manos de los jueces.

De otro lado, el *argumento material* alude a una razón de carácter político esgrimida por el economista de origen austriaco, Friedrich August von Hayek, quien expresa que los derechos sociales como derechos fundamentales son inconciliables con normas constitucionales materiales que confieren derechos de libertad, implican su limitación y el riesgo de caer en un Estado totalitario, puesto que se desatiende el principio de subsidiaridad según el cual el Estado interviene en defecto de la intervención de otras instancias y no como primer obligado lo que, en opinión de Hayek, violenta las libertades básicas, pues el Estado se entromete en esferas privadas que acorde a las libertades fundamentales, deben estarle vedadas. En la medida en que estas normas constitucionales materiales confieren derechos de libertad, el argumento material es un argumento de libertad *en contra* de los derechos sociales.

Finalmente, Abramovich y Courtis indican como obstáculos a los derechos sociales los siguientes:

- Problemas de determinación de la conducta debida.
- La autorrestricción del poder judicial frente a cuestiones políticas y técnicas.

14 ALEXY, *Op. Cit.*, pp. 490 y ss.

- La ausencia de mecanismos procesales adecuados para su tutela, ya que las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos.
- La escasa tradición de control judicial en la materia.

Con la idea de ordenar los argumentos bajo rasgos similares, agrupamos las objeciones en tres categorías:

**Objeción funcional:** La necesaria intervención del legislador y la incompetencia funcional del poder judicial para proteger los derechos sociales

Se dice, según esta crítica, que los derechos sociales están insuficientemente delimitados en el texto constitucional, de modo que sólo se hacen concretamente exigibles, cuando son desarrollados por el legislador de acuerdo con los recursos de que dispone el Estado, por lo que los jueces poco pueden hacer para exigirlos sin el respectivo desarrollo legislativo; así, los enunciados constitucionales sobre derechos sociales, no son derechos fundamentales y, en consecuencia, no son justiciables. Quienes a esta posición adhieren, sostienen que los derechos sociales son un asunto propio del regateo político y los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o “fraude tranquilizador”.<sup>15</sup>

Al respecto, Alexy (1993) considera que es la dificultad que se presenta al determinar cuáles prestaciones son las requeridas por el derecho social, la que hace de los debates propios de la aplicación de los derechos sociales asuntos directamente ligados a la justicia distributiva y, por ende, a la actividad política.<sup>16</sup>

Por otra parte, Prieto Sanchís<sup>17</sup> considera imprescindible el desarrollo normativo para la existencia de los derechos sociales, señalando que “los principios rectores —se refiere a los principios rectores de la política económica y social— *no son nada, o casi nada*, mientras no cuentan con un entramado de normas secundarias que especifiquen el quién, el cómo y las circunstancias de los sujetos llamados a realizar la prestación objeto del derecho.” No obstante, la realización de los derechos civiles y políticos, también requiere desarrollo normativo, las leyes y las políticas públicas son necesarias para desarrollar los derechos, para indicar al sujeto la forma en que se comprende y se ejerce tal derecho, pero nos parece imprudente decir que antes de ellas los principios rectores, en nuestro caso los derechos sociales, no son nada, como si su existencia dependiera de la norma legal. Estimamos que tal perspectiva desatiende al valor jurídico que implica la consagración

15 *Ibid.*, p. 19.

16 ALEXY, *Op. Cit.*, p. 453.

17 PRIETO SANCHIS, *Op. Cit.*, p. 198.

constitucional de un derecho, decir que no son nada hasta que no los trate una ley, es obstaculizar, además, el trabajo interpretativo de las disposiciones constitucionales, por parte de los operadores jurídicos. La textura abierta es una característica propia de las normas constitucionales, incluso de las que consagran derechos civiles y políticos y aún así, a pesar de la posible vaguedad de su redacción no se ha cuestionado su existencia como derechos, como sí ocurre frecuentemente con los derechos sociales.

En suma, la intervención del legislador en los derechos sociales es necesaria para definir cuestiones de su aplicación práctica mediante el diseño de políticas públicas en la materia, pero no para reconocerles existencia.

**Objeción ideológica:** la libertad como límite a la intervención del Estado

Friedrich August von Hayek defiende un concepto de libertad negativa, libertad como ausencia de coacción, de dominio de uno sobre otro; en esa medida, los derechos sociales, justificadores de la actividad intervencionista del Estado, son considerados como impulsores de las coacciones que ejerce la burocracia estatal contra sus ciudadanos. Sostiene el citado autor, que si existen desigualdades de riqueza y de posición social, el Estado no debe intervenir en su corrección pues se considera que son desigualdades naturales, es el veredicto del mercado que debe ser acatado acriticamente. Hayek considera que las políticas sociales suponen una coacción intolerable a la libertad individual.

Niklas Luhmann,<sup>18</sup> por su parte, sostiene que el error de concepción del Estado Social “estriba en su subordinación a un juego de suma cero: cuanto mayor determinación política, tanto menor determinación de otro tipo, *cuanto más Estado cuanto menos libertad.*”

Luhmann habla del “principio de inclusión”, cuya realización tiene como consecuencia el tránsito al Estado de Bienestar. Cuando alude a este tema, indica que los límites de la intervención estatal, se explican en la imposible transformación de la persona, el principio de la inclusión parece encontrar los límites allí donde las mismas personas deben ser transformadas para que puedan ser capaces de aprovechar las oportunidades que les ofrece la sociedad, “la transformación de las personas es, sin duda, la meta más peligrosa que pueda proponerse una política”.<sup>19</sup>

Norberto Bobbio,<sup>20</sup> se refiere a los derechos sociales como “derechos de poder”, así las cosas, los derechos humanos pueden ser de libertad, y de poder. Expresa el

18 LUHMANN, *Op. Cit.*, p. 51.

19 *Ibid.* p. 106.

20 BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 59.

autor que los derechos humanos “son antinómicos en el sentido de que su propio desarrollo no puede realizarse paralelamente: la realización integral de los unos impide la de los otros. Cuanto más aumentan los poderes de los individuos, más disminuyen las libertades de los mismos”. Así, desde esta perspectiva, la acentuación de la actividad estatal que conlleva la satisfacción de los derechos sociales, va en detrimento de las libertades fundamentales, de manera que, su reconocimiento jurídico, introduce en el sistema estatal ingredientes proteccionistas o paternalistas que afectan negativamente al sistema de esas libertades, puesto que, asegurar que determinados individuos obtengan determinados bienes, requiere cierta clase de discriminación, lo que resulta inconciliable con la sociedad libre. Según Prieto Sanchis, con el tema de los derechos sociales, “rebrotó la vieja idea de que la igualdad lesiona irremediabilmente la libertad”,<sup>21</sup> pues buscando la igualdad, el Estado invade, presiona, quita y otorga, interviene en esferas que, según lo visto aquí, deben estar vedadas a cualquier tipo de intromisión.

En ese sentido, estimamos que la realización de los derechos sociales, no puede, ni debe, representar peligro para las libertades fundamentales por cuanto no niegan los presupuestos del Estado Liberal, es decir, el hecho de que se abogue por la intervención estatal a favor de la igualdad y la justicia, no significa que se deje sin límites al Estado, o que se “suspendan” los derechos de libertad, pues estos continúan haciendo parte de la Constitución y, sobre todo, continúan haciendo parte del núcleo esencial de la persona, de su dignidad, lo que sucede es que los derechos sociales complementan de manera necesaria e inevitable el conjunto de intereses y necesidades que demanda tal núcleo esencial.

#### Objeción práctica: los obstáculos fácticos a la realización de los derechos sociales

Afirma el profesor Mauricio García<sup>22</sup> que “en los derechos de libertad los problemas de realización resultan, por lo general, de obstáculos jurídicos, mientras en los derechos sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos: económicos, políticos, etc.” Según esta crítica, el Estado es ineficaz en la política pública de servicios sociales: la corrupción, la burocracia, la necesaria disponibilidad de recursos y el sostenimiento de una estructura organizativa compleja, hacen inviable el cumplimiento de la obligación. Joan Raventos,<sup>23</sup> por su parte, sugiere

21 PRIETO SANCHIS, *Op. Cit.*, p. 47.

22 GARCIA, Mauricio. “Derechos sociales y necesidades políticas: la eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”. En *El Caleidoscopio de las Justicias*. Bogotá, Siglo del Hombre editores. p. 457.

23 RAVENTOS, *Op. Cit.*, p. 51.

que el Estado de Bienestar tiene dos grandes tipos de problemas sociales: problemas de financiación de gasto social y problemas de gestión de políticas sociales.

Los problemas de financiación del gasto social están vinculados a fenómenos como desempleo, envejecimiento de la población, encarecimiento de servicios sociales, particularmente los de salud y la aparición de nuevos problemas sociales que originan nuevas demandas a los poderes públicos, entre otros. Los problemas de gestión, surgen por las demandas cada vez más sofisticadas por parte de los ciudadanos, que suscita la diversidad y complejidad de las sociedades desarrolladas.

Sostiene además Raventos que la preocupación por el Estado del Bienestar pasa por tres ejes: el de su sostenibilidad económica, el de su gestión y el de su legitimación social.

Las limitaciones del Estado como gestor y como suministrador de servicios producen críticas a su eficiencia y ponen en cuestión su idoneidad como prestador de servicios públicos. Estas críticas, muy a menudo fundamentadas en hechos objetivos e incontestables, alimentan la insatisfacción de los sectores sociales —amplios segmentos de las clases medias— que financian en mayor proporción al Estado del Bienestar. De esta manera, la ideología de la deslegitimación del estado del Bienestar halla su base social y política.

Así las cosas, la legitimidad del Estado Social, deriva, no sólo del reconocimiento de los derechos sociales, sino de la eficiencia en su prestación. En cuando al eje de la sostenibilidad económica, se dice que la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien, la propia “juridicidad” de los derechos sociales resulta dudosa ya que la satisfacción de estos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado.

Abramovich y Courtis objetan tal apreciación:<sup>24</sup>

*Con cierto automatismo, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir obligaciones de hacer o de dar (...) sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias.*

En efecto, la subordinación de la realización de los derechos sociales a la existencia de recursos —condicionante económico— relativiza la universalidad de los derechos sociales, condenándolos a ser considerados derechos de segunda categoría. Tal posición, pasa por alto que, en todo caso, todos los derechos fundamentales, limitan la competencia del legislador, y, a veces, afectan también su

24 ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.*, p. 32.

competencia presupuestaria, pero esto no sucede únicamente cuando regula derechos sociales.

### 3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Si nos atenemos a la idea de que un derecho es fundamental porque cuenta con posibilidades de exigibilidad, difícilmente los derechos sociales podrán alcanzar la categoría de fundamentales considerados en sí mismos y no por remisión a otros criterios interpretativos. El empeño en comparar los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, ha retardado el despliegue teórico necesario para argumentar la fundamentalidad de los primeros y avanzar en la construcción de una dogmática de los derechos sociales.

Lo que argumentamos, entonces, es que la tarea debe ser en sentido inverso, la exigibilidad de los derechos sociales requiere la visualización del carácter jurídico de las obligaciones del Estado en la materia, pero adicionalmente, requiere la argumentación de la fundamentalidad de estos derechos.

Según Stefan Gosepath,<sup>25</sup> existen tres fundamentaciones para los que denomina Derechos Humanos Sociales (DHS): la que se basa en el principio de la mayor libertad para todos, la que se apoya en el principio de la satisfacción de las necesidades básicas fundamentales y la que se asienta en el principio de la redistribución igualitaria de los recursos. En general, los autores que propugnan la fundamentalidad de los derechos sociales, recurren a estos tres argumentos, aunque en ocasiones se hace mayor énfasis en alguno de ellos. Reuniendo los argumentos, presentamos tres estrategias de fundamentación alternativa de los derechos sociales: la libertad, las necesidades básicas y la distribución igualitaria.

#### La ampliación del principio de libertad

Quien mayor impulso ha dado a este argumento, es el jurista alemán Robert Alexy, quien estima que el principal argumento a favor de la fundamentalidad de los que él denomina Derechos Fundamentales Sociales, es un argumento de libertad. A nivel de teoría política, ésta tendencia es conocida con el nombre de Liberalismo Social

25 GOSEPATH, Stefan. "Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales". En *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2001. pp. 17-57.

y establece que, los derechos sociales, son requisito *sine qua non* para que todos —y no unos pocos— los miembros de la sociedad, puedan ejercer sus derechos y libertades civiles y políticas.

Su punto de partida son dos tesis, la primera indica que la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la *libertad fáctica* o real, es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, es una potestad vacía, esto es, "la libertad jurídica de "a" para realizar o no realizar la acción "h" carece de todo valor, en el sentido en que es inútil, si por razones fácticas, "a" no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de "h".<sup>26</sup> Según Alexy, el derecho de libertad no debe ser interpretado exclusivamente como derecho de defensa, puesto que deben existir los presupuestos necesarios para la realización de ese derecho, es decir, la condición humana actual, requiere la ampliación impostergable del concepto de libertad, el individuo necesita el aseguramiento de sus posibilidades reales de ser libre.

La segunda tesis, consiste en que bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un "ámbito vital dominado por ellos"<sup>27</sup> sino que depende esencialmente de actividades estatales.

Ahora bien, Alexy se pregunta ¿por qué la libertad fáctica tiene que ser asegurada iusfundamentalmente?<sup>28</sup> Esto es, ¿que caracteriza a la libertad fáctica para que se deba asegurar mediante el *plus* de protección que otorga la categoría de los derechos fundamentales? Al respecto expresa:<sup>29</sup>

*No basta decir que los derechos fundamentales deben asegurar la libertad, que también la libertad fáctica es libertad y que, por lo tanto, los derechos fundamentales deben asegurar la libertad fáctica. Se trata justamente de la cuestión de saber si los derechos fundamentales deben asegurar la libertad fáctica.*

26 ALEXY, *Op. Cit.*, p. 486.

27 *Ibid.*

28 Cuando Alexy da respuesta a esta pregunta de por qué la libertad fáctica debe asegurarse iusfundamentalmente, esgrime dos argumentos: El primero apunta a la importancia de la satisfacción de las necesidades vitales para el ejercicio de las libertades jurídicas del individuo. El segundo argumento indica que la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante, no sólo bajo el aspecto formal del aseguramiento de cosas especialmente importante, sino también bajo aspectos materiales. Si el objetivo de los Derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente.

29 ALEXY, *Op. Cit.*, p. 488.

Alexy insiste en que el camino apropiado, es sostener que la libertad que los derechos fundamentales aseguran, incluye la libertad fáctica ya que ésta es *una dimensión más de la libertad*, que no excluye la libertad jurídica.<sup>30</sup> En palabras de Pablo Lucas Verdú: no es que desaparezca la libertad, sino que esta “deja de ser libertad clasista y es la que se da en una sociedad libre”.<sup>31</sup>

Existen, según lo dicho, dos formas de concebir la plasmación normativa de la libertad, una primera, abstracta o formalista, que contempla la libertad de un sujeto moral fuera del tiempo y el espacio y que, por tanto, se postula como universalmente válida y, otra segunda, que entiende que la satisfacción de esos principios no puede cerrar los ojos a las condiciones materiales de existencia y a las coordinadas históricas de los titulares de los derechos, que considera al hombre concreto, situado en un contexto social y económico, que atiende a sus necesidades. Por tanto, la libertad fáctica no es —ni mucho menos— una libertad de “menor valor” que la libertad formal **sino su complemento**, aquello que hace que sea posible que la libertad tenga “igual valor” para todas las personas.

Esto es así porque si las libertades deben ser distribuidas igualmente —como los teóricos de la libertad pretenden— y, si todos tienen un interés esencial justificado en la libertad para asegurar las condiciones de la autonomía, entonces, se deben garantizar las mismas libertades para todos por igual y se debe asegurar también el *valor igual* de la libertad.<sup>32</sup>

En efecto, para tener realmente las mismas libertades, no es suficiente que sea garantizada la protección igual de obstáculos a la libertad, sino que deben ofrecerse

30 PRIETO SANCHIS. *Op. Cit.*, p. 46. “Hablar de derechos sociales no es hablar de nada sustancialmente distinto a las libertades tradicionales, pues unos y otras sirven a un mismo ideal de comunidad política. Cuestión distinta será el modo de conjugar las exigencias que derivan de estos principios (...) los derechos sociales no son más que la extensión funcional de ese modelo de los derechos innatos, una vez que este se abre también a la esfera del ciudadano activo, si la libertad y la igualdad resultaban indispensables para la realización del sujeto contemplado en el Código Civil, los derechos sociales proporcionan el ocio necesario para el ejercicio de los derechos políticos, es decir de una dimensión más de la libertad.”

31 LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el estado de derecho*. Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975 p. 92.

32 PRIETO SANCHIS. *Op. Cit.*, p. 29. “...aspecto que juzgo central en la concepción rawlsiana de los derechos: la distinción entre la “libertad” y el “valor de la libertad”. Rawls reconoce que la carencia de medios no son problemas ajenos a la libertad, mejor dicho, no son ajenos al “valor de la libertad” (...) la libertad tiene que ver con el igual estatus del ciudadano, mientras que el valor de la libertad depende de la capacidad de cada cual para obtener sus fines dentro del sistema (...) ello significa que existe una libertad igual para todos, que es la del hombre jurídico y que resulta ajena a la pobreza y a la ignorancia, junto a una libertad desigual, condicionada por la existencia concreta. Simplificando, existe una libertad igual que no es real y una libertad real que no es igual.”

también las mismas posibilidades para alcanzar el objeto de la libertad.<sup>33</sup> Se considera, pues, que una cierta igualdad mínima es necesaria para el ejercicio de la libertad.

Norberto Bobbio<sup>34</sup> nos habla de la “transformación de la libertad”, indicando que del tradicional concepto de *libertad negativa*, en el cual la libertad significaba *autonomía*, se pasa a una *concepción positiva de la libertad*, donde la libertad es entendida como *poder y*, garantizada, mediante el reconocimiento de los derechos sociales.

Sin duda, el argumento de la libertad fáctica resulta de trascendental importancia, porque busca compatibilizar dos principios que en comienzo parecen irreconciliables: la libertad y la igualdad, puesto que considera imprescindible introducir derechos sociales básicos para alcanzar el ideal normativo de la igualdad de derechos, entre ellos aquel que mayor consenso histórico ha logrado: la libertad.<sup>35</sup>

En efecto, no hay una entera y real libertad sin igualdad, salvo que nos quedemos en una mera libertad formal que dé la espalda a las condiciones materiales en las que ésta debe ejercerse.<sup>36</sup>

33 GOSEPATH, *Op. Cit.* “...el valor de la libertad, debe ser, por razones de justicia, más o menos igual para todos los ciudadanos y ciudadanas, con independencia de la posición económica y social, de tal modo que cada uno tenga las mismas oportunidades para la realización de sus intereses esenciales y moralmente justificados. La libertad jurídica, es decir, la autorización jurídica para hacer o dejar de hacerlo, carecería completamente de valor sin la libertad real, esto es, sin la posibilidad real para elegir entre lo permitido. Esa libertad real puede ser asegurada solamente por medio de sustratos materiales disponibles en la misma medida para todos los ciudadanos y, por tanto, deben ser puestos a disposición a través de la actividad estatal (...) hay algo distinto a la libertad que debe ser protegido como valor fundamental a saber, la protección del cuerpo y de la vida (...) estos derechos son más básicos que cualquier otro derecho a la libertad, puesto que su satisfacción es la condición necesaria para la utilización de los derechos de libertad en general.”

34 BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 44.

35 DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 1995. p. 380. “El derecho a la libertad es popular en todo el espectro político. La retórica de la libertad alimenta todos los movimientos radicales, desde las guerras internacionales de liberación hasta las campañas por la libertad sexual y la liberación de las mujeres.” Dworkin además pone de manifiesto que la incompatibilidad entre libertad e igualdad surge desde el momento mismo de la regulación de la conducta humana. p. 381 “...pienso en la definición tradicional de la libertad como la ausencia de restricciones impuestas por un gobierno a lo que un hombre podría hacer si quisiera (...) para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad”.

36 PRIETO SANCHIS, *Op. Cit.*, p. 127. “Desde una perspectiva muy general cabe decir que todos los derechos sirven a la libertad y, en último término, a la dignidad humana, pues incluso aquellos que exigen la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan la plena igualdad, son también derechos de libertad; la igualdad tiene desde ésta perspectiva un significado instrumental, en cuando que la transformación de la libertad abstracta en libertad real o efectivamente disfrutada por cada hombre, requiere una acción positiva contra las desigualdades de la sociedad civil (...) no obstante estas consideraciones creemos que (...) unos derechos son de libertad y otros de libertad

Al articular la libertad formal con las condiciones reales para realizarla, se puede obtener una concepción del Estado que defiende la prioridad de la libertad, pero que desarrolla un concepto redistributivo de justicia, con el fin de concretar la idea de que sin condiciones materiales de vida, es imposible realizar la libertad. Si no se satisfacen ciertas condiciones mínimas de bienestar y no se aseguran recursos y oportunidades, no se puede decir que los individuos son realmente libres. De ser así, el Estado perdería su legitimidad ante aquellos individuos a los que se niegan iguales oportunidades, individuos que se encuentran en una situación menesterosa.

Lo anterior, sugiere que los derechos sociales tienen su fundamento en una imagen del hombre contextualizado, ubicado en una situación determinada en la que existen numerosas diferencias de posiciones sociales que entorpecen el ejercicio de las libertades individuales y que, en últimas, impiden llevar una vida digna, pues es claro que los hombres no pueden llevar una existencia realmente humana sin satisfacer sus necesidades más perentorias. Ahora bien, ¿cuáles son esas necesidades? ¿cuáles son esos elementos básicos para llevar una vida digna?. De esta pregunta nos ocuparemos en el apartado siguiente.

Podemos concluir, entonces, hasta ahora, que los derechos sociales protegen la libertad al resguardar las condiciones materiales que la hacen posible o, dicho en otras palabras, los derechos sociales propenden por el mantenimiento de la igualdad material necesaria para la libertad efectiva o *libertad fáctica*. Se considera así, que una cierta igualdad mínima es necesaria para el ejercicio de la libertad.

#### Las necesidades básicas y la dignidad humana

Según lo expuesto hasta ahora, cabe preguntarnos ¿qué derechos tenemos? ¿sólo aquellos que encarnan en palabras de Kant exigencias *a priori* de la dignidad humana?, o ¿también la satisfacción de necesidades, es decir, de deseos conscientes experimentados por el hombre en su concreta existencia histórica?

De acuerdo al argumento de las necesidades básicas, que se presenta a continuación, el cumplimiento de éstas debe ser garantizado por prescripciones normativas de carácter fundamental, debido a que los derechos sociales son pretensiones de

igualitaria. Los derechos de libertad son aquellos que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual, que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos; estos derechos encuentran hoy un complemento necesario en los derechos de igualdad, que promueven la plena integración del hombre en la sociedad y hacen posible que los titulares jurídicos de la libertad la disfruten efectivamente”.

algo que todos los hombres necesitan para la vida humana, pretensiones a un estándar mínimo de satisfacción de necesidades básicas.<sup>37</sup>

Así las cosas, y teniendo presente que el punto de partida de los derechos sociales es la desigual distribución de la riqueza, es innegable que este hecho impide a muchas personas satisfacer por sí mismas sus necesidades básicas. Esta situación, les dificulta alcanzar el nivel de humanidad mínimo para vivir dignamente y, consecuentemente, usar y disfrutar plenamente de los derechos individuales, es decir, se parte de la idea de que el orden social no es perfecto y de que las diferenciaciones son necesarias en virtud de la justicia.

Ahora bien, ¿de qué necesidades estamos hablando?. Es claro que no se hace referencia a circunstancias subjetivas que pueden llevar a un sujeto a desear un objeto o un cambio de un estado de cosas, “las necesidades están relacionadas con hechos objetivos, en los que se constata la existencia de carencias en un individuo y en su entorno que no superan un umbral mínimo imprescindible para llevar una vida digna”.<sup>38</sup> Las necesidades no son ni preferencias personales, ni deseos, ni están sujetas a los dictados del interés personal. El planteamiento de las necesidades, debe hacer afirmaciones sustanciales sobre la *universal naturaleza humana*, para poder dar un catálogo de necesidades que sean protegidas por medio de los derechos sociales.<sup>39</sup>

37 Afirma Luhmann que el Estado de Bienestar produce inestabilidad en la medida en que debe reaccionar frente a necesidades que el mismo ha provocado pero que no supo predecir. Luhmann, *Op. Cit.* Nos preguntamos frente a este asunto ¿quién crea las necesidades?, ¿el Estado? ¿el mercado? o ¿son las carencias implicaciones propias de todo ser humano? Si se dice que es el Estado el que crea las necesidades al darles tratamiento normativo, se pasa por alto que las necesidades no existen porque las mencione una norma —así sea esta constitucional— porque éstas existen independientemente de que el Estado quiera o no darles algún tipo de alivio. Entonces, no es que el Estado Social cree necesidades que antes no existían, sino que evidencia normativamente una realidad social desigual e injusta y pretende remediar tal situación. Si se dice que es la economía de mercado la que ha dejado por fuera a un grupo de personas menesterosas se tendrá que sostener la existencia de alguna vía de equiparación por parte del Estado. Al respecto, consideramos que las necesidades son carencias objetivas que hacen parte de la condición humana y que, de no suplirse, conducen a la degradación del ser humano. Estimar las demandas sociales como derechos fundamentales, hace parte de la ubicación del ser humano en su contexto real e histórico.

38 MARTÍNEZ DE PISÓN, José. “Los derechos sociales: retórica y realidad”. En *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*. Vol. 42, N° 170, Octubre-Diciembre, 1.997 p. 51-78. El autor explica que las necesidades fundamentales que recogen los derechos sociales, se caracterizan porque son básicas, objetivas, generalizables e históricas.

39 GOSEPATH, Stefan. *Op. Cit.* “Los presupuestos de los cuales depende la plena realización de una forma de vida típica, siempre cambian con los estándares culturales (...) en la medida en que el planteamiento de las necesidades se basa solamente en una determinación suficientemente formal de la *condition humaine*, la lista de las necesidades básicas —como por ejemplo la comida, la bebida, el sueño, la salud— se convierte en algo trivial.”

La inquietud que asalta es ¿existe una universal naturaleza humana?, algunos consideran que las necesidades son un asunto contingente, lo que hace que sea imposible hablar de su rasgo "universal", frente a este punto, obedeciendo a las condiciones materiales e históricas del hombre, es evidente la necesidad de hablar de una nueva visión de la "universalidad" de los derechos. Expresa Bobbio al respecto: "El elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc".<sup>40</sup>

A su vez, anota Prieto Sanchis<sup>41</sup> al referirse a la crítica sobre el objeto no "universalizable" de los derechos sociales,

*La exigencia que impone la razón ya no consiste en eliminar los intereses o necesidades por el hecho de ser contingentes y no universales, sino en acreditar su generalización (...) lo cierto es que la justificación de esa nueva constelación de fines, normalmente vinculada a la idea de bienestar, reposa con frecuencia en argumentos meramente filantrópicos, paternalistas o utilitaristas, cuya confrontación con la idea kantiana resulta siempre desventajosa. Por ello, conservar la fuerza moral y política de una fundamentación basada en los principios de autonomía y universalización, pero abierta a las necesidades variables e históricas, constituye quizá el único camino para una concepción unitaria e integral de los fines jurídicos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.*

Lo anterior sugiere una clara conexión entre Estado Social-derechos sociales-necesidades básicas-libertad. En un Estado Social, las circunstancias sociales se hallan irremediamente implicadas en la realización de la libertad, tanto así que —como se ha sostenido— constituyen factor de legitimación del mencionado modelo de Estado.

En este sentido, los derechos sociales además de limitar al poder, sitúan frente a él a un individuo considerado en una realidad determinada, con derechos sociales reconocidos constitucionalmente, para satisfacer sus necesidades básicas y, así, crear una sociedad más homogénea, solidaria y con posibilidades reales de ser libres porque de los resultados en éste ámbito depende el ejercicio real de los derechos individuales, civiles y políticos.

40 BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 56.

41 PRIETO SANCHIS. *Op. Cit.*, p. 125.

Ahora bien, como indica García Pelayo: "la justicia distributiva material, sólo puede actualizarse mediante la eficacia de las políticas y de las prestaciones estatales",<sup>42</sup> las necesidades se satisfacen con recursos, recursos escasos que nuestros países suelen comprometer en esferas distintas a la social.<sup>43</sup> Así planteado, y teniendo en cuenta el gran número de prestaciones y de reclamantes de éstas, el argumento de las necesidades básicas propugna por una distribución de prestaciones según la intensidad de las necesidades, pero ¿cómo debe medirse la mayor intensidad de las necesidades? En este punto nos encontramos con la relatividad cultural e ideológica que subyace a las descripciones sobre el nivel y el contenido de las necesidades. No obstante, es claro que existe un umbral notoriamente identificado que indica un mínimo de prestaciones que requiere un ser humano para vivir dignamente.

Un buen número de autores coinciden en indicar que es función del Estado suministrar a las personas los recursos que aseguren su existencia; esto es lo que en nuestro medio se conoce como "mínimo vital", en Holanda e Inglaterra se denomina "ingreso básico", en Alemania "mínimo existencial", en Italia "renta" o "salario de ciudadanía" y en Francia "prestación universal".<sup>44</sup> En todo caso lo que el concepto indica es la obligación de otorgar las prestaciones mínimas para garantizar un ingreso incondicional, para procurar una existencia digna.

Lo visto sugiere que el fundamento de los derechos sociales parte de la necesidad de liberar al hombre no sólo del miedo a la opresión y la tiranía, si no también de la menesterosidad social, del hambre, de la miseria y de la incultura. La persona nunca puede ser instrumento, sino que por su dignidad reclama un respeto de ser siempre sujeto y no objeto, por ser siempre fin en sí mismo, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y, además, de todo lo que necesita para vivir dignamente.

42 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977. p. 65. "La proporción de aquello que el Estado puede colmar de las pretensiones realizadas, depende de la capacidad de prestaciones de la correspondiente economía de un pueblo y, por eso, no puede ser establecido concretamente: factores determinantes: cantidad de recursos disponibles y número de personas que pretenden esas reservas (...) el principio de la satisfacción de las necesidades básicas no es suficiente como criterio de una distribución justa de los bienes, porque con él no se determina qué necesidades y en qué medida deben ser satisfechas. Por eso es necesario —es mi tesis— recurrir a un principio de justicia distributiva".

43 TORRES, Héctor. *Cifras y Datos*. Medellín, Diciembre de 2003. "Según el Banco Mundial, entre 1990 y 2000, los gastos sociales del Estado colombiano estuvieron por debajo del 10% del PIB, propuesto por la ONU. Y lo peor de todo, el empobrecimiento de las mayorías populares simultáneamente con una mayor concentración de la riqueza en manos de una minoría. El 20% más pobre de los colombianos recibe el 3% de los ingresos del país y el 20% más acomodado recibe el 60% de los ingresos".

44 VAN PARIJS, Phillippe. "Más allá de la solidaridad. Los fundamentos éticos del Estado de Bienestar y su superación". En *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001 pp. 223-250.

La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado: el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la población, su mayor realización espiritual y material posible. La dignidad de la persona, constituye el fundamento de los derechos y el principio fundamental y central de todo ordenamiento jurídico.

Una última cuestión sobre este tema. Maurizio Fioravanti<sup>45</sup> considera que en el Estado Liberal existe una presunción fundamental de libertad,

*En un régimen político inspirado por los principios liberal-individualistas se presume la libertad y se debe demostrar lo contrario, es decir, la legitimidad de su limitación (...) las libertades no son por lo tanto, límites eventuales a un poder potencialmente omnicomprendido, sino ciertamente lo contrario: las libertades son potencialmente indefinidas, salvo su legítima limitación por parte de una ley (...) En el modelo individualista se presume la existencia de la sociedad civil de los individuos anterior al Estado (...) derechos y libertades son reconocidos por el Estado, pero no creados: no se puede crear aquello que ya existe.*

A nuestro modo de ver y por las razones planteadas a favor de las necesidades básicas, en el Estado Social de Derecho, a la *presunción fundamental de libertad* se le añade la *presunción de necesidad*. Si antes el individuo se presumía libre por el sólo hecho de existir, en las condiciones actuales, ese individuo al ser situado en un tiempo y en un espacio determinado, se presume necesitado de satisfacer carencias reales, igualmente, por el sólo hecho de existir.

Pero, ¿cuál es la dificultad que se esgrime en la satisfacción de estas necesidades?, es innegable que el soporte económico, unido a las exigencias organizativas que reclama su observancia, es lo que ha impedido el efectivo otorgamiento de las pretensiones, no obstante, también puede hablarse de un problema de voluntad política o de distribución inequitativa de recursos. Sobre el asunto de la igualdad material nos ocuparemos en lo que sigue.

### El necesario replanteamiento del principio de Igualdad

Según Francisco Cortés Rodas<sup>46</sup> el planteamiento del igualitarismo se subdivide en dos modelos, el de las necesidades básicas y el de la igualdad. De acuerdo con el

45 FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 1996, P 40-41.

46 CORTÉS Rodas, Francisco. "El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales". En *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001. pp. 61-99.

autor citado, el *modelo de las necesidades básicas*, que acabamos de ver y que es planteado, entre otros, por Martha Nussbaum y Amartya Sen, promueve como función estatal, hacer que las personas sean iguales en sus capacidades básicas.<sup>47</sup>

El segundo modelo, es decir, el de la *política de la igualdad*, parte de la idea de que la justicia social distributiva, tiene que concebirse en función de los que denomina Derechos Humanos Sociales, de forma tal que un orden social no será justo, mientras no estén garantizadas las condiciones sociales y económicas que hacen viable la realización de una vida humana digna.

Este argumento, propone deducir todos los derechos de un principio básico de justicia, más precisamente de un "principio de distribución igualitaria".<sup>48</sup>

*En la reconstrucción de las actuales democracias del Estado de Bienestar Liberal aparecen cuatro categorías esenciales de bienes: 1. las libertades civiles, 2. las posibilidades políticas de participación, 3. las posiciones sociales y las oportunidades y, 4. el perfil económico. Para estas cuatro categorías, la justicia distributiva es el punto de vista orientador (...) [los derechos sociales desde esta perspectiva] se deducen del principio de la prima facie distribución igual de todos los bienes, de la misma forma que todos los demás derechos y, por tanto, están en el mismo nivel de igualdad con los demás derechos clásicos.*

Como se dijo, partimos de la idea de que el mecanismo del mercado genera, por su propia dinámica, grandes asimetrías y una creciente desigualdad en las posiciones de poder económico y social; ante tal situación, los derechos sociales surgen para asegurar formas de "compensación" que permitan una distribución equitativa de los bienes y, en este orden de ideas, el Estado Liberal fue insuficiente para responder a los nuevos requerimientos igualitarios, que en últimas, son requerimientos de justicia, pues el Estado Social pretende equiparar o compensar las desigualdades sociales.<sup>49</sup>

47 *Ibid.*, p. 68. "La calidad de vida de una persona debe valorarse en términos de sus capacidades y no en términos de su utilidad ni de los bienes primarios. Las personas no son realmente libres ni autónomas, si no satisfacen las necesidades básicas y no poseen las habilidades y recursos para elegir la forma de vida que quieran vivir".

48 *Ibid.*

49 No nos detendremos en el tema de la justicia distributiva y la justicia compensatoria. Al respecto ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. Op. Cit. "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales parte de la tesis según la cual estos derechos corresponden más al ámbito de la justicia compensatoria que al de la justicia distributiva (...)" (RAWLS: La satisfacción de necesidades básicas se entendió como un tema de justicia distributiva, pero, hoy es claro que no es razonable hacer una distribución igualitaria cuando los destinatarios de tal distribución, están en condiciones relevantemente desiguales (...)) no es lo mismo repartir iguales recursos a todos cuando la diferencia en capacidades entre las personas, para efectos de convertir dichos recursos en libertad efectiva, son tan disímiles (SEN

Así las cosas, el sentido del aseguramiento de un mínimo social y económico, es que todos los miembros de la sociedad puedan ejercer sus derechos y libertades civiles y políticas, en igualdad de condiciones, puesto que, una sociedad justa, se fundamenta en la posibilidad de asegurar las condiciones elementales para que todos sus miembros puedan considerarse y reconocerse entre sí como personas iguales, libres y autónomas.

Como se adelantó, la igualdad material supone equidad, supone discriminaciones positivas, pues de nada sirve la igualdad legal si esta no se complementa con una igualdad material, que suponga diferencias entre las personas e intente remediarlas.

En palabras de Bobbio,<sup>50</sup> los derechos de libertad negativa valen para el hombre abstracto, es decir, respecto a los derechos de libertad sirve el principio de que todos los hombres son iguales, en cambio, respecto a los derechos sociales existen diferencias entre individuos, o, mejor, entre grupos de individuos, que son siempre, e intrínsecamente, relevantes.

Lo anterior significa que igualdad y diferencia son relevantes según se hable de derechos de libertad o de derechos sociales, sólo de esta forma puede darse respuesta a los imperativos de igualdad que exige el modelo social del Estado, igualdad que se convierte en la justificación teórica de los derechos sociales.

De lo dicho, se concluye que el principio de igualdad sustancial o material, enuncia una "regla anti-abstencionista"<sup>51</sup> que impone remover los obstáculos que impiden ser iguales a los sujetos. Entonces, si la igualdad material es premisa determinante del Estado Social de Derecho, resulta coherente que los instrumentos para la realización de la misma tengan el carácter de fundamentales. Estos instrumentos sin duda, son los derechos sociales que, cumpliendo la función igualitaria a la que obedecen, pueden definirse no sólo como la vía de cumplimiento de las necesidades básicas, sino también como elemento imprescindible para que todo hombre pueda gozar, de hecho, y en igualdad de condiciones, de los derechos civiles y políticos, para establecer, en últimas, unas condiciones mínimas de homogeneidad que sitúen a los sujetos en una posición suficiente de realización humana.

2000) una distribución realmente igualitaria tiene que tener en cuenta las condiciones de cada persona en particular. (...) A toda distribución de recursos debe anteceder una corrección por vía de compensación de las desventajas objetivas de las personas." En similar sentido, ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.* P 56. "Los derechos sociales son instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desiguales, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento."

50 BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 116.

51 ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.*, p. 57.

## INSTRUCCIONES PARA QUIENES DESEEN PUBLICAR ARTÍCULOS EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

### CRITERIOS GENERALES

Pueden participar como autores de artículos de la revista profesores, estudiantes y profesionales del derecho y demás disciplinas o áreas afines, tanto del país como extranjeros.

Se aclara que la recepción de un artículo no implica su publicación, ni compromisos respecto de la fecha de aparición en la revista. El Comité Editorial de la revista se encarga de seleccionar los artículos que ameriten publicación de acuerdo con criterios de evaluación establecidos en su reglamento y al concepto emitido por los pares evaluadores.

### DERECHOS DE REPRODUCCIÓN

La revista Estudios de Derecho se reserva todos los derechos legales de reproducción. Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente.

### ENVÍO DE ARTÍCULOS

Los artículos deben ser remitidos a la oficina de la revista o a cualquiera de los miembros del Comité Editorial o Científico. Debe enviarse el texto completo del artículo y una copia disquete. El texto debe digitarse en letra tipo "Times New Roman", tamaño 12, a doble espacio y sin separar los párrafos.

### INFORMACIÓN DEL AUTOR

El autor del artículo debe enviar los datos necesarios para reconocer los créditos como son: nombre completo, número de teléfono, fax o correo electrónico, nombre de la institución en la que labora y cargo que desempeña, información sobre el grado de escolaridad y referencias de otras publicaciones.

## **RESÚMENES Y PALABRAS CLAVE**

El artículo debe contener un título, debe estar acompañado de un resumen en español, este resumen no debe exceder 200 palabras y debe contener las ideas centrales del artículo. Las palabras clave de acuerdo con el contenido del artículo, las cuales no deben ser más de 20.

## **BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

La bibliografía se citará al final del artículo en orden alfabético de acuerdo con los apellidos de los autores. Las referencias bibliográficas son las obras citadas en el texto, deben ir numeradas al pie de cada página en el orden en el que aparecen.

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, debe especificarse seguidamente y entre paréntesis el término completo al cual hace referencia, también podrá hacerse con una nota al pie. En lo sucesivo se escribe sólo la sigla o abreviatura correspondiente.

Se terminó de imprimir en la editorial

L. VIECO E HIJAS LTDA.

en el mes de Agosto de 2005