

# El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales\*\*

## The narrow concept of constitutional social rights

### RESUMEN

Este artículo tiene el propósito principal de ofrecer una reconstrucción racional acerca del uso estricto del concepto de los derechos sociales fundamentales. A tal efecto, se defenderá la siguiente hipótesis: los derechos sociales fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular “a”, que representa a una persona física; un sujeto destinatario “b”, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado; y un objeto “A<sub>pf</sub>”, que simboliza una acción positiva fáctica.

### PALABRAS CLAVE

Derechos sociales fundamentales, derechos subjetivos, derechos a una acción positiva fáctica, rango constitucional, exigibilidad judicial.

### ABSTRACT

This article aims to make a rational reconstruction of the narrow use of the concept of constitutional social rights. It states the hypothesis that constitutional social rights in a narrow sense are subjective rights that enjoys

\* Abogado y magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becario de investigación del CONICET (Argentina). Investigador del Instituto “Ambrosio L. Gioja” de la Universidad de Buenos Aires. Jefe de trabajos prácticos de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Contacto: federicodefazio@derecho.uba.ar

\*\* Quiero agradecer a los evaluadores anónimos de la Revista por sus comentarios y observaciones.

Recibido el 19 de abril de 2017, aprobado el 15 de febrero de 2018.

Para citar el artículo: DE FAZIO, F. El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 173-195.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.07>

constitutional status, whose structure is composed of: a holder “a”, which represents an individual person; a recipient “b”, which can be as both the State and private natural or legal persons, and an object “A<sub>pf</sub>”, that symbolizes a factual positive action.

#### KEYWORDS

Constitutional social rights, rights, factual positive action, constitutional status, justiciability.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Los derechos sociales fundamentales en sentido estricto y los derechos subjetivos. 2. La estructura de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto. 3. El carácter disyuntivo o alternativo de su objeto. 4. El carácter “fundamental” de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto. 5. El problema de su exigibilidad judicial. 5.1. La objeción institucional. 5.2. La objeción metodológica. Conclusiones. Referencias.

#### INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas han aparecido numerosas investigaciones que tratan el tema de los derechos sociales fundamentales. La mayoría de ellas se detienen sobre dos interrogantes principales. El primer interrogante refiere a por qué los derechos sociales deben ser necesariamente incorporados al catálogo de derechos fundamentales de una Constitución. Su respuesta exige una investigación filosófica tendiente a fundamentar que los derechos sociales son una especie del género de los derechos humanos<sup>1</sup>. El segundo interrogante no cuestiona si los derechos sociales deben ser o no incorporados. Da por sentada su constitucionalización. Sin embargo, plantea reparos respecto de su exigibilidad judicial. Una respuesta sobre este segundo problema precisa de una investigación analítica que determine cuáles son los límites entre la protección judicial de los derechos sociales fundamentales y la potestad del legislador para configurarlos y/o limitarlos<sup>2</sup>.

1 Fundamentaciones semejantes se encuentran en ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, 303-353; BILCHITZ, D. *Poverty and Human Rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: OUP, 2007, 47-74; FABRE, C. *Social Rights under the Constitution: Government and the decent life*. Oxford: OUP, 2000, 6-39; NINO, C. S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989, 305-365.

2 Sobre este asunto existen muchas investigaciones. Entre las más relevantes: BILCHITZ, ob. cit., 135-177; BÖCKENFÖRDE, E. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1994, 72-83; FABRE, ob. cit., 110-151; GARGARELLA, R., DOMINGO, P. y ROUX, T. *Courts and social transformation in new democracies. An institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate,

Dichas investigaciones se concentran, casi con exclusividad, sobre una “dimensión” de los derechos sociales fundamentales que es considerada particularmente problemática: cuando estos exigen el otorgamiento de un bien material o la prestación de un servicio. En este sentido, hacen uso de un concepto más *estricto* de los derechos sociales fundamentales, que circunscribe el objeto de la discusión a sus contornos más polémicos. Sin embargo, rara vez se ha hecho explícita la manera en que esta noción más acotada debe ser definida. Es por ello que el objetivo del presente artículo es ofrecer una reconstrucción racional<sup>3</sup> acerca del concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. El esclarecimiento de esta cuestión es de decisiva importancia, ya que, de alcanzarse, permitiría establecer un “piso analítico común”, a partir del cual puedan desarrollarse debates relevantes y genuinos en relación con la fundamentación y la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales.

La hipótesis que aquí se sostiene afirma que *los derechos sociales fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular a, que representa a una persona física; un sujeto destinatario b, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto A<sub>pf</sub>, que simboliza una acción positiva fáctica*<sup>4</sup>. A un primer vistazo, esta definición puede parecer sencilla. Sin embargo, un análisis más minucioso permite advertir que cada uno de sus elementos requiere o bien de una clarificación o bien de una fundamentación. Lo dicho se hará en lo que sigue. Se procederá respetando el siguiente esquema de argumentación: primeramente, se explicitará en qué sentido puede decirse que los derechos sociales fundamentales en sentido estricto son derechos subjetivos (1). Con posterioridad, se precisará cuáles son las propiedades estructurales presupuestas por el concepto estricto de los derechos sociales fundamentales (2) y se pondrá de relieve una particularidad que estos pueden exhibir en relación con la estructura de su objeto (3). Por último, se determinará cuándo esta clase de derechos pueden gozar de rango constitucional (4) y se analizarán

2006; MORALES, L. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Barcelona: Marcial Pons, 2015; TUSHNET, M. *Weak courts, strong rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, 227 ss.; YOUNG, K. *Constituting economic and social rights*. Oxford: OUP, 2012, 133-221.

3 Una reconstrucción racional consiste en la transformación de nociones vagas e inexactas, habitualmente empleadas en el marco de la teoría y práctica jurídica, en otras nociones más precisas y exactas que también puedan ser aplicadas en la mayoría de los contextos en que son usadas las anteriores. Cfr. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1975, 29. En el mismo sentido, NINO, ob. cit., 12.

4 Esta definición se apoya fuertemente en la definición ya explicitada por Arango, quien sostiene que los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos a acciones positivas fácticas que cuentan con un alto grado de importancia. Cfr. ARANGO, R., ob. cit., caps. I y II. Sin embargo, se diferencia ligeramente en relación con el concepto de los “derechos subjetivos” en general y en la determinación de quiénes pueden ser los “sujetos obligados” en particular.

dos objeciones que se dirigen en contra de su exigibilidad judicial, con el fin de explicitar algunas precisiones conceptuales adicionales (5). Por último, se presentará un breve resumen de lo argumentado a modo de conclusión.

#### 1. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos sociales fundamentales en sentido estricto representan un caso especial de los derechos subjetivos<sup>5</sup>. Por lo tanto, cargan con todos los problemas de este concepto más general. El concepto de derechos subjetivos es uno de los asuntos que más polémica ha despertado dentro de la filosofía y la teoría del derecho. La historia de dicha polémica puede ser resumida mediante la clásica discusión entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad. Sin embargo, buena parte de esta polémica puede ser evitada en términos analíticos si se distingue entre tres tipos de enunciados que pueden referirse a los derechos subjetivos<sup>6</sup>. Así, cabe diferenciar entre: (i) los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos, (ii) los enunciados referidos a los derechos subjetivos en sí y (iii) los enunciados referidos a los poderes jurídicos.

Los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos tienen la siguiente estructura:

- (i) el reconocimiento del derecho subjetivo de  $a$  frente a  $b$  a  $x$  está justificado en virtud de las razones  $R_1, R_2, (\dots), R_n$ .

Los enunciados referidos a los derechos subjetivos en sí tienen la siguiente estructura:

- (ii)  $a$  tiene frente a  $b$  un derecho subjetivo a  $x$ .

Los enunciados referidos a los poderes jurídicos<sup>7</sup> tienen la siguiente estructura:

- (iii)  $a$  puede hacer valer frente a  $b$  su derecho subjetivo a  $x$  por medio de una demanda judicial.

5 Cfr. ARANGO, ob. cit., 5.

6 ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.<sup>a</sup> ed. C. Bernal Pulido, trad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 156.

7 En el ámbito continental fue Kelsen quien estableció el concepto de “poder jurídico”. El mismo surge un uso habitual del término “derecho subjetivo” y que fue catalogado por Kelsen como “derecho subjetivo en su sentido técnico”. Un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción ante los jueces por incumplimiento de la obligación. Cfr. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. 2.<sup>a</sup> ed. R. Vernengo, trad. México, D.F.: UNAM, 1979, 147.

La teoría del interés representa a los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos (i). La teoría de la voluntad representa a los enunciados referidos a los poderes jurídicos (iii). No obstante, ambas teorías presuponen la existencia de enunciados referidos a los derechos en sí (ii). Precisamente, el concepto de derecho subjetivo que aquí se asume está circunscrito a esta última clase de enunciados, los cuales resultan indiferentes tanto respecto de las razones que los fundamentan como respecto de su exigibilidad judicial efectiva. Más bien, se trata de una noción puramente formal de los derechos subjetivos, que pone el foco en el análisis estructural de las relaciones triádicas que los componen<sup>8</sup>. Por lo tanto, que un derecho social fundamental en sentido estricto sea un caso especial de los derechos subjetivos simplemente significa que se trata de una relación triádica en la que un sujeto titular *a* tiene frente a un sujeto destinatario *b* un derecho a un objeto *x*.

En contra de esta noción de los derechos subjetivos puede objetarse que resulta superflua<sup>9</sup>. Pues, tal como ha sido definido, un derecho subjetivo no sería otra cosa que el reflejo o la contrapartida de un deber del destinatario *b* frente a un titular *a* a un objeto *x*<sup>10</sup>. Por tanto, su entendimiento bien puede ser reducido al concepto de las obligaciones jurídicas en general. Es cierto que el concepto presupuesto no es algo más que el correlato de las obligaciones jurídicas. Sin embargo, ello no significa que resulte superfluo. En primer lugar, porque se trata de una noción muy utilizada en el lenguaje habitual de la práctica jurídica. No reconstruirlo implicaría abandonar la posibilidad de captar una parte relevante de la argumentación que en ella se produce<sup>11</sup>. En segundo lugar, porque si bien es cierto que todo derecho subjetivo tiene como correlato una obligación, lo inverso no es necesariamente cierto. Las obligaciones jurídicas pueden ser distinguidas entre aquellas que poseen una estructura relacional y aquellas que no. Poseen una estructura relacional cuando representan una relación triádica entre un sujeto obligado, un sujeto beneficiario y un objeto<sup>12</sup>. En cambio, poseen una estructura no relacional cuando representan una relación diádica entre un sujeto obligado y un objeto. Si es posible distinguir entre obligaciones relacionales y no relacionales es

8 Esta concepción reconoce su origen en HOHFELD, W. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: CEAL, 1968. Con respecto a los derechos sociales en particular, véase ARANGO, ob. cit.; MORALES, ob. cit.; CRUZ PARCERO, J. *El lenguaje de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007.

9 Kelsen, ob. cit., 141.

10 Ibíd.

11 Con respecto a la importancia de captar el concepto de “derecho subjetivo” véase ROSS, A. *Tû-Tû*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

12 Para el caso de los derechos sociales fundamentales, esto ha sido representado por Bernal Pulido. Véase BERNAL PULIDO, C. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, Bahía Blanca. N.º 4, 2004, 140.

gracias al concepto de derecho subjetivo, el cual se correlaciona únicamente con las primeras y en ningún caso con las segundas.

## 2. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO

Hasta el momento ha quedado establecido que los derechos sociales fundamentales en sentido estricto son derechos subjetivos, en virtud de que pueden ser representados por medio de relaciones triádicas en las que un sujeto titular  $a$  tiene frente a un sujeto destinatario  $b$  un derecho a un objeto  $x$ . No obstante, esto no dice nada con respecto a cuáles son las propiedades estructurales específicas que los componen. Por lo tanto, es necesario proseguir con las clarificaciones.

La estructura de los derechos subjetivos en general puede ser representada por medio de tres relaciones triádicas básicas: (i) las libertades jurídicas, (ii) las competencias y (iii) los derechos a algo<sup>13</sup>. Aquí interesan solamente estas últimas. Los derechos a algo son relaciones triádicas en las que un titular  $a$  tiene frente a un destinatario  $b$  un derecho subjetivo a que este omita o haga una determinada acción. Su estructura general puede ser representada del siguiente modo:

(DA)  $Dabx$

En donde  $D$  refiere a la relación triádica del derecho a algo,  $a$  al titular del derecho,  $b$  al destinatario del derecho y  $x$  a la acción negativa o positiva que es objeto del derecho.

De esta estructura general surgen derechos subjetivos de lo más variados, según lo que se presuponga en lugar de  $a$ ,  $b$  o  $x$ . Con todo, cuando se hace un uso estricto del concepto de los derechos sociales fundamentales se hace referencia a una especie determinada de los derechos a algo, cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular  $a$ , que simboliza a una persona física; un sujeto destinatario  $b$ , que puede representar tanto al Estado como a una persona física o jurídica de derecho privado; y un objeto  $A_{pf}$ , representado por una acción positiva fáctica.

Sus sujetos titulares son siempre personas físicas, en razón de que su ejercicio es distribuable en términos individuales<sup>14</sup>. Así, quien puede gozar de un servicio de salud, de una plaza educativa, de una vivienda o de una jubilación es la persona humana individualmente entendida<sup>15</sup>. Ahora bien, en

13 ALEXY, ob. cit., 163.

14 ARANGO, ob. cit., 60; FABRÉ, ob. cit., 26; MORALES, ob. cit., 63.

15 ARANGO, R. Derechos sociales. En: FABRA ZAMORA, J. et. al. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México, D.F.: UNAM, 2015, 1690.

este punto podría objetarse que esta concepción individualista de los derechos sociales fundamentales es incompatible con las razones de solidaridad que le dieron origen histórico<sup>16</sup>. Sin embargo, es dudoso que la estructura de los derechos sociales fundamentales pueda ser derivada, sin más, de una determinada “tesis histórica”<sup>17</sup>. En primer lugar, porque se trata de derechos que han obtenido reconocimiento institucional en los más variados sistemas políticos, económicos y sociales. En segundo lugar porque, incluso asumiendo que fuera posible justificar una “tesis histórica” universalmente aceptable acerca del origen de los derechos sociales fundamentales, nada impediría que, en el presente o en el futuro, puedan cumplir funciones distintas de aquellas que fueron previstas en el momento de su consagración<sup>18</sup>. En este sentido, si bien puede estarse de acuerdo en que la igualdad ante la ley surgió como protección de la clase burguesa frente a la nobleza, ello no impidió que con posterioridad sirviera como argumento a favor del voto femenino o del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>19</sup>. De la misma manera, aun si se admitiera que los derechos sociales fundamentales fueron concebidos en su origen como derechos indivisibles de la clase trabajadora o del colectivo de aquellos que carecen de los medios de producción, ello no representaría un argumento normativo suficiente para evitar que en otros contextos puedan cumplir la función de derechos individuales.

Mayores problemas ocasiona la cuestión de quiénes pueden ser sus sujetos destinatarios u obligados. En este sentido, Arango afirma que solamente el Estado puede ser responsable por el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto<sup>20</sup>. Ello en virtud de dos argumentos. El primer argumento es normativo y apunta a evitar cargas desiguales dentro de una sociedad. El segundo argumento es pragmático e indica que solamente la organización estatal puede cumplir de forma eficiente con las obligaciones que surgen de esta clase de los derechos. Es cierto que estos dos argumentos permiten justificar que en la mayoría de los casos sea el Estado quien deba cargar con la obligación directa de garantizar su goce efectivo. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de que personas físicas o jurídicas de derecho privado también puedan ser obligadas directas, en virtud de tener una relación especial con el sujeto titular<sup>21</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo,

16 ATRIA, F. ¿Existen derechos sociales? *Discusiones: Derechos Sociales*, Bahía Blanca. N.º 4, 2004, 22.

17 PINTORE, A. Derechos insaciables. En: DE CABO, A. y PISARELLO, G. (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, 250.

18 GARGARELLA, R. Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, N.º. 4, Bahía Blanca, 2004, 62.

19 *Ibíd.* También, ETCHICHURY, ob. cit., 2013, 94.

20 ARANGO, ob. cit., 2005, 91.

21 FABRE, ob. cit., 2000, 43. Ello, sin perjuicio de que el Estado cargue con una obligación subsidiaria.



de una empresa de medicina prepagada con respecto a uno de sus afiliados. Si esto resulta aceptable, entonces debe concluirse que sujeto destinatario de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto puede ser no solo el Estado, sino también personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Por último, debe especificarse qué significa que los derechos sociales fundamentales en sentido estricto comprendan un objeto conformado por una “acción positiva fáctica”. Como ya se advirtió anteriormente, el objeto de los derechos a algo varía según se trate de una acción negativa o positiva. Los derechos a acciones negativas se corresponden con aquello que habitualmente es denominado “derechos de defensa” o “de no intervención”. En cambio, los derechos a acciones positivas se corresponden con aquello que habitualmente es denominado “derechos de prestación”. A su vez, los “derechos de prestación” pueden ser distinguidos según se trate de una acción positiva normativa o fáctica. Una acción positiva normativa refiere a la creación de normas. Ejemplos al respecto son los llamados “derechos de protección frente a terceros” o “derechos de organización y procedimiento”<sup>22</sup>. En cambio, una acción positiva fáctica refiere a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio<sup>23</sup>. Por ejemplo, el otorgamiento de un subsidio mínimo vital, de una vivienda, de una jubilación, de un medicamento o de un servicio de salud. Precisamente, el uso estricto del término derechos sociales fundamentales se circunscribe a esta última clase de los derechos.

Ahora bien, en contra de esta definición estricta puede objetarse que resulta exageradamente acotada; pues, en numerosas ocasiones, los juristas utilizan el término “derechos sociales fundamentales” para referirse a otras estructuras en relación con su objeto, más allá de las acciones positivas fácticas<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, en determinados contextos es perfectamente posible decir con sentido que el derecho fundamental a la salud origina no solo un derecho a una acción positiva fáctica (cuando se reclama la entrega de un medicamento o un subsidio para afrontar su pago), sino también un derecho a una acción positiva normativa (cuando se exige al Estado que reglamente un plan médico obligatorio) o, incluso, a una acción negativa (cuando se solicita que no se interrumpa un determinado tratamiento médico). Aquí no se niega que un concepto amplio de los derechos sociales fundamentales resulta perfectamente plausible. De hecho, las definiciones amplias suelen ser las más adecuadas para el desarrollo de investigaciones de dogmática jurídica,

22 ALEXY, ob. cit., 2008, 398 ss.

23 Por supuesto, no se descarta que la ejecución de una acción material esté mediada por la creación de una o varias normas. Sin embargo, ello resulta indiferente desde el punto de vista de la realización del derecho a acciones positivas fácticas. Lo decisivo es que la ejecución de la acción positiva permita alcanzar materialmente el estado de cosas ordenado. Cf. ALEXY, ob. cit., 2008, 171.

24 Cfr. SHUE, H. *Basic rights*. New Jersey, Princeton, 1980, 60; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, 30.



esto es, investigaciones tendientes a sistematizar proposiciones normativas en relación con uno o varios derechos sociales fundamentales de una jurisdicción determinada. Con todo, el punto decisivo que aquí pretende ponerse de relieve es que, cuando los juristas debaten acerca de la fundamentación filosófica y la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales, hacen un uso más acotado del mismo. Pues sus discusiones relevantes y disensos profundos no se evidencian cuando los derechos sociales fundamentales exigen acciones negativas o acciones positivas normativas sino, más concretamente, cuando exigen acciones positivas fácticas, esto es, el otorgamiento de un bien material o la prestación de un servicio<sup>25</sup>.

Si la fundamentación anterior es aceptada, entonces esta noción más estricta de los derechos sociales fundamentales puede ser representada estructuralmente de la siguiente manera:

(DS)  $DabA_{pf}$

En donde  $D$  refiere a la relación triádica de los derechos a algo,  $a$  es el sujeto titular del derecho, que representa a una persona física individualmente considerada,  $b$  es el sujeto destinatario del derecho, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y, por último,  $A_{pf}$  simboliza la acción positiva fáctica que es objeto del derecho, que puede ser tanto el otorgamiento de un bien material como la prestación de un servicio.

Esta explicitación estructural también permite precisar cuáles son las relaciones triádicas que le son correlativas y opuestas<sup>26</sup>. Así, a todo derecho social fundamental en sentido estricto se le correlaciona una obligación jurídica a una acción positiva fáctica y se le opone un no derecho a una acción positiva fáctica. Estos enunciados pueden ser representados, respectivamente, de la siguiente manera:

(O)  $ObaA_{pf}$

En donde  $O$  refiere a la relación triádica de la obligación jurídica,  $b$  representa al portador de la obligación,  $a$  representa al beneficiario de la obligación y  $A_{pf}$  simboliza la acción positiva fáctica que es objeto de la obligación. Por su parte:

(NDS)  $\neg DabA_{pf}$

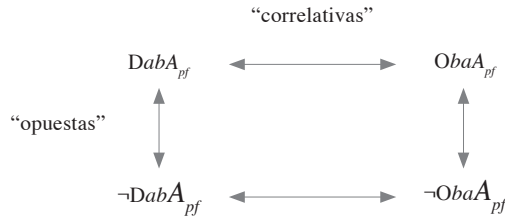
25 En el mismo sentido, Arango afirma que el énfasis puesto en los derechos sociales fundamentales a una acción positiva fáctica radica en que estos presentan especiales problemas metodológicos que deben ser abordados y resueltos para asegurar su realización práctica. Cfr. ARANGO, ob. cit., 1687

26 La idea de correlatividad y oposición es tomada de HOHFELD, ob. cit., 46.

En donde  $\neg D$  refiere a la relación triádica del no derecho a algo,  $a$  representa a quien carece de un derecho,  $b$  representa a quien se encuentra liberado por el no derecho y  $A_{pf}$  simboliza la acción positiva fáctica que es objeto del no derecho.

La combinación de todas estas estructuras permite reconstruir el siguiente sistema de relaciones triádicas correlativas y opuestas referidas a los derechos sociales fundamentales en sentido estricto:

#### RELACIONES TRIÁDICAS CORRELATIVAS Y OPUESTAS



Fuente: elaboración propia

Así, al derecho social fundamental de  $a$  frente a  $b$  a una acción positiva fáctica se le correlaciona una obligación jurídica de  $b$  frente a  $a$  a una acción positiva fáctica. Asimismo, al derecho social fundamental de  $a$  frente a  $b$  a una acción positiva fáctica se le opone un no derecho de  $a$  frente a  $b$  a una acción positiva fáctica. Por último, al no derecho de  $a$  frente a  $b$  a una acción positiva fáctica se le correlaciona una no obligación o libertad de  $b$  frente a  $a$  a una acción positiva fáctica.

### 3. EL CARÁCTER DISYUNTIVO O ALTERNATIVO DE SU OBJETO

De acuerdo con lo anterior, el concepto estricto de los derechos sociales fundamentales ha quedado circunscrito a una especie de los "derechos de prestación", con la particularidad de que exigen la realización de una acción positiva fáctica. En este punto es preciso detenerse sobre una diferencia lógica que divide a todos los "derechos de prestación" respecto de los "derechos de defensa" o "de no intervención" en lo que refiere al carácter de su objeto<sup>27</sup> y cuya no identificación ha generado recurrentes confusiones dentro del

27 Cfr. ALEXY, op. cit., 2008, 408; ALEXY, R. Sobre la estructura de los derechos de prestación. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 356; CLÉRICO, L. Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. En: BEADE y CLÉRICO, ob. cit., 395; O'NEIL, O. *Towards justice and virtue: A constructive account of practical reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, 132; SIECKMANN, J. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, 39.

debate relativo a la fundamentación filosófica y exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales.

Los derechos de defensa cuentan siempre con un objeto con carácter conjuntivo<sup>28</sup>. Esto quiere decir que si está definitivamente prohibido el homicidio, entonces se encuentran al mismo tiempo prohibidas todas y cada una de las acciones homicidas. De esto puede derivarse que los derechos de defensa siempre exigen realizar una acción negativa definida, consistente en omitir la acción positiva que provoca su vulneración.

Contrariamente, los derechos de prestación pueden contar con un objeto con carácter disyuntivo o alternativo<sup>29</sup>. Esto significa que si está definitivamente ordenado salvar a quien se está ahogando, ello no implica que al mismo tiempo estén prescritas todas y cada una de las acciones tendientes a salvarlo, a saber, lanzarse a nadar, arrojar un salvavidas o acercarse con un bote<sup>30</sup>. Más bien, implica que está prescrita o bien la primera acción o bien la segunda o bien la tercera. De esto se deriva que los derechos de prestación pueden exigir la realización tanto de acciones positivas definidas como alternativas<sup>31</sup>.

Exigen realizar una acción positiva definida cuando solamente existe una única medida idónea para lograr su cumplimiento<sup>32</sup>. En estos supuestos, los derechos de prestación no se diferencian en nada de los derechos de defensa<sup>33</sup>. Un ejemplo de un derecho social fundamental que exige una acción positiva fáctica definida se presenta en aquellos casos en que el derecho fundamental a la salud solamente puede ser cumplido mediante la entrega de un único medicamento específico<sup>34</sup>. Esto puede ser representado del siguiente modo:

(AD)  $A_{pf1}$

En donde  $A_{pf}$  representa la acción positiva fáctica y la identificación numérica representa su carácter definido.

En cambio, los derechos de prestación exigen una acción positiva alternativa cuando existe más de una única medida idónea para lograr su cumplimiento. En estos casos, el destinatario del derecho cuenta con un margen de discrecionalidad para escoger alguna de las opciones que se presentan

28 ALEXY, ob. cit., 2008, 409.

29 Ibíd.

30 Ibíd.

31 CLÉRICO, ob. cit., 2011, 397.

32 En este sentido, Clérico habla de “medio necesario”. Véase CLÉRICO, ob. cit., 2011, 393.

33 ALEXY, ob. cit., 2008, 410.

34 Ejemplos al respecto pueden hallarse en Corte Constitucional. Sentencias T-271 de 1995, T-502 de 1995 y T-518 de 1997.

como alternativas igualmente idóneas<sup>35</sup>. Un ejemplo de un derecho social fundamental que exige una acción positiva fáctica alternativa se da cuando el derecho fundamental a la vivienda puede ser cumplido, alternativamente, bien con la entrega de un inmueble en propiedad, bien con el pago de un alquiler, bien con el otorgamiento de un subsidio habitacional. Esto puede ser representado así:

$$(AA) A_{pf1}; A_{pf2}; A_{pf3}; A_{pf\langle n \rangle}$$

O, más resumidamente:

$$(AA') A_{pf\langle n \rangle}$$

En donde  $A_{pf}$  representa la acción positiva fáctica y  $\langle n \rangle$  su carácter alternativo.

Ahora bien, que los derechos sociales fundamentales en sentido estricto cuenten con un objeto con estructura disyuntiva no es sinónimo de ausencia de obligación<sup>36</sup>. Pues, siempre que se encuentre ordenada la realización de un derecho social fundamental en un grado exacto de cumplimiento, el destinatario está obligado a adoptar alguna de las acciones positivas fácticas que resultan alternativamente idóneas para alcanzar dicho cometido<sup>37</sup>. Como se ve, no es libre para elegir entre adoptar o no adoptar al menos una de ellas. Ello sin perjuicio de que cuente con un margen de discreción para escoger cuál de ellas adoptar. Esto es, precisamente, lo que presuponen los jueces cuando hacen afirmaciones del siguiente tenor: “el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes”<sup>38</sup> o “[e]s necesario reconocer que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales, y muchas de ellas pueden considerarse razonables”<sup>39</sup>.

35 ALEXY, ob. cit., 2008, 411; CLÉRICO, ob. cit., 2011, 394.

36 Una objeción semejante es sostenida por Böckenförde. Cfr. BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 1993, 79.

37 ALEXY, ob. cit., 2008, 411; CLÉRICO, ob. cit., 2011, 394.

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo. 24 de abril de 2012. Voto de Enrique Petraci, considerando 11.º.

39 Corte Constitucional de Sudáfrica. Case CCT 11/00 (“Grootboom”). Juez Yacoob, considerando 41.º: “It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness”. Traducción tomada de: [http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahukewiFtt\\_GwpjVAhxFIZAKHZP5BwQQFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_docman%26task%3Ddoc\\_view%26gid%3D418&usq=AFQjCNHUkTXmjUEWRNEZWuBaQnc9yVPmw](http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahukewiFtt_GwpjVAhxFIZAKHZP5BwQQFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usq=AFQjCNHUkTXmjUEWRNEZWuBaQnc9yVPmw). (Última consulta: 20/07/2017).

#### 4. EL CARÁCTER “FUNDAMENTAL” DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO

El concepto de los derechos subjetivos y la estructura de los derechos a una acción positiva fáctica constituyen elementos necesarios mas no suficientes para dar cuenta del uso estricto del término “derechos sociales fundamentales”. Estos dos elementos no permiten, por sí solos, distinguirlos de aquellos derechos sociales humanos o legales que cuentan con una idéntica estructura. Por lo tanto, se hace necesario clarificar en qué sentido pueden ser “fundamentales” los derechos sociales. Aquí se propone la siguiente definición: los derechos sociales son fundamentales si y solo si gozan de rango constitucional, es decir, cuando su realización está ordenada por una norma que puede ser adscrita como parte del significado de, al menos, una disposición constitucional<sup>40</sup>. A los efectos de este trabajo, esta clase de normas serán denominadas “normas constitucionales de derecho social”.

Con todo, aun estando de acuerdo con la definición anterior, es posible plantear la discusión con respecto a cuáles son las normas constitucionales de derecho social que pueden ser efectivamente adscritas como parte del significado de las disposiciones constitucionales. Esta discusión puede ser resumida en dos posiciones básicas. Una primera posición sostiene que solo pueden ser normas constitucionales de derecho social válidas aquellas que se extraen directamente del texto de las disposiciones constitucionales<sup>41</sup>. Esta clase de normas pueden ser denominadas normas constitucionales de derecho social “directamente estatuidas”<sup>42</sup>. Un ejemplo al respecto es brindado por la disposición obrante en el artículo 26 (1) de la Constitución Nacional de Sudáfrica, la cual dispone:

(D1) “Todos tienen el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”<sup>43</sup>.

A través de la mera mención del texto de dicho artículo es posible fundamentar una norma constitucional de derecho social “directamente estatuida”, que puede ser representada del siguiente modo:

(N1) Está ordenado realizar el derecho de toda persona a una vivienda adecuada.

40 Esta definición presupone la concepción “semántica” de las normas. Al respecto, AL-CHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. Norma Jurídica. En: GARZÓN VALDÉS, G. y LAPORTA, F. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996, 134; ALEXI, ob. cit., 2008, 33 ss.; SIECKMANN, ob. cit., 25; VON WRIGHT, H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970, 109.

41 Esta posición se encuentra representada en BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 79 y FERRAZ, O. *Poverty and Human Rights. Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 28, 2008, n.º 3, 586 ss.

42 ALEXI, ob. cit., 2008, 49.

43 “Everyone has the right to have access to adequate housing”.

No obstante, es dudoso que esta primera posición resulte completamente adecuada, pues presupone una concepción demasiado escueta de la argumentación jurídica<sup>44</sup>. De acuerdo con su entendimiento, solo gozarían de validez las normas cuyos fundamentos provengan exclusivamente de argumentos semánticos. No obstante, es posible pensar en otras clases de argumentos jurídicos que también permiten adscribir normas al significado de las disposiciones normativas. Por tanto, es preferible una segunda posición que sostiene que no solo es posible justificar la validez de normas constitucionales de derecho social “directamente estatuidas”, sino también “indirectamente estatuidas”. Son normas constitucionales de derecho social “indirectamente estatuidas” aquellas que, si bien no se extraen directamente del texto de las disposiciones constitucionales, pueden ser fundamentadas como parte de su significado por medio de otros argumentos jurídicos como, por ejemplo: argumentos interpretativos adicionales (más allá de los estrictamente semánticos), argumentos dogmáticos, argumentos basados en precedentes, en analogías, en juicios de proporcionalidad, o argumentos prácticos en general<sup>45</sup>.

Un primer ejemplo al respecto puede ser extraído del derecho constitucional colombiano. El artículo 11 de la Constitución Política de Colombia reza:

(D2) “El derecho a la vida es inviolable”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha determinado que, de acuerdo con una interpretación teleológica o finalista de dicho artículo, no solo puede extraerse un derecho a la protección contra el homicidio, sino también un derecho de acceder a servicios de salud. Por tanto, vale la siguiente norma constitucional de derecho social “indirectamente estatuida”:

(N2) Está ordenado realizar el derecho de toda persona de acceder a aquellos servicios de salud que resulten necesarios para preservar su vida.

Un segundo ejemplo puede ser extraído del derecho constitucional alemán. Así, el artículo 1 (1) de La Ley Fundamental de Bonn establece:

(D3) “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es deber de toda autoridad estatal”<sup>46</sup>.

Por su parte, el artículo 20 (1) reza:

44 En este sentido, Arango califica a esta posición como una concepción “discreta” de la interpretación del texto de las constitucionales. ARANGO, ob. cit., 2005, 122.

45 ALEXY, ob. cit., 2008, 55; ARANGO, ob. cit., 2005, 129.

46 “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”.

(D4) “La República Federal de Alemania es un Estado democrático y social”<sup>47</sup>.

En virtud de la interpretación sistemático-teleológica<sup>48</sup> de ambos enunciados, tanto la dogmática como la jurisprudencia<sup>49</sup> están de acuerdo en que es posible fundamentar la validez de la siguiente norma constitucional de derecho social “indirectamente estatuida”:

(N3) Está ordenado realizar el derecho de todo ser humano a un mínimo digno de subsistencia (*Grundrecht auf menschenwürdiges Existenzminimum*).

Por supuesto, esta segunda posición está expuesta a una objeción normativa. Dicha objeción sostiene que la posibilidad de fundamentar normas constitucionales de derecho social “indirectamente estatuidas” implica una reducción significativa de la previsibilidad y, por tanto, una vulneración del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, esta objeción no está justificada, y ello sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, la situación de imprevisibilidad descrita no abarca por igual a todas las normas “indirectamente estatuidas”. Por ejemplo, no puede decirse que exista imprevisibilidad en todos aquellos supuestos en que sea válida una norma constitucional de derecho social en virtud de un precedente judicial. En segundo lugar, si bien es cierto que la posibilidad de fundamentar normas “indirectamente estatuidas” implica una menor realización del principio de seguridad jurídica, esto no significa necesariamente su vulneración. En el marco de los Estados constitucionales, el principio de seguridad jurídica constituye un valor importante, mas no el valor supremo<sup>50</sup>. Esto significa que se encuentra en un plano de paridad con otros principios, lo que puede dar lugar a relaciones de tensión o colisión. Solo puede hablarse de una vulneración al principio de seguridad jurídica cuando este se presenta como una razón definitiva. Pero para ello debe resolverse, con carácter previo, la colisión entre principios. Por tanto, el principio de seguridad jurídica solo puede representar un argumento que *prima facie* habla en contra de la validez de una norma constitucional de derecho social “indirectamente estatuida” en un supuesto determinado. Pero de ninguna manera constituye, sin más, un argumento definitivo en todos los casos.

47 “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

48 El argumento sistemático-teleológico refiere a la relación teleológica de una norma con otras normas. La estructura de este argumento sigue las reglas y formas de la argumentación teleológica. Cfr. ALEXY, A. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra, 2010, 331.

49 BverfG, 1 BvL 1/09; WINKLER, I. y MAHLER, C. Interpreting the right to a dignified minimum existence: A new era in German socio-economic rights jurisprudence? *Human Rights Law Review*. 13:2, 2013, 388-401.

50 HELLER, H. *Teoría del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1942, 240; RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht un übergesetzliches Recht. En: *Rechtsphilosophie*. 2.<sup>a</sup> ed. Heidelberg: Müller, 2003, 216.



## 5. EL PROBLEMA DE SU EXIGIBILIDAD JUDICIAL

Ahora bien, considerar a los derechos sociales fundamentales en sentido estricto como derechos subjetivos a una acción positiva fáctica que gozan de rango constitucional conduce, indefectiblemente, al problema de su exigibilidad judicial. Este problema no puede ser abordado por completo aquí, ya que su resolución requeriría de una fundamentación normativa que excede los propósitos puramente conceptuales de este trabajo. No obstante, sí resulta interesante analizar dos de las objeciones más comunes que se han dirigido en su contra, a los fines de explicitar algunas precisiones analíticas adicionales. Estas dos objeciones pueden ser denominadas, respectivamente, “objeción institucional” y “objeción metodológica”.

### 5.1. La objeción institucional

La objeción “institucional” sostiene que si los derechos sociales fundamentales en sentido estricto resultan exigibles, ello supone que los jueces tengan que desarrollar tareas de configuración normativa que resultan propias del legislador<sup>51</sup>, provocando, en última instancia, el advenimiento de un “gobierno de jueces”<sup>52</sup>. Sin embargo, es posible dar tres argumentos analíticos que demuestran que esta conclusión no es para nada necesaria.

En primer lugar, que los derechos sociales fundamentales en sentido estricto resulten exigibles no significa, en todos los supuestos, que representen un límite absoluto e infranqueable a la competencia del legislador. En este punto es decisivo distinguir entre aquellos derechos sociales fundamentales que están definitivamente ordenados y aquellos que solamente lo están *prima facie*<sup>53</sup>. Un derecho social fundamental está definitivamente ordenado cuando está prescrito por una regla constitucional de derecho social, esto es, una norma constitucional que ordena su realización en un grado exacto de cumplimiento<sup>54</sup>. Cuando tal es el caso, no puede dudarse de la existencia de una razón concluyente que limita la capacidad regulatoria del legislador. En cambio, un derecho social fundamental solamente está ordenado *prima facie* cuando está prescrito por un principio constitucional de derecho social, esto

51 BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 1993, 78.

52 *Ibid.*

53 La distinción entre derechos sociales fundamentales definitivos y *prima facie* tiene como presupuesto la distinción en el ámbito de la teoría de las normas entre reglas y principios. Esto no puede ser ni expuesto ni fundamentado aquí. Sobre los fundamentos de la distinción entre reglas y principios véase ALEXY, ob. cit., 2008, 67 ss.; DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury, 1997, 38 ss.; SIECKMANN, ob. cit., 1990, 52 ss. En relación con la diferencia entre derechos sociales fundamentales definitivos y *prima facie*, véase: BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos, 137 ss.; BERNAL PULIDO, ob. cit., 2004, 139 ss.

54 Cfr. DE FAZIO, F. *Teoría jurídica de los derechos sociales*. Tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires. Septiembre de 2017, 52; ALEXY, ob. cit., 2008, 68.

es, una norma constitucional que ordena su realización en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes<sup>55</sup>. En tales supuestos, el legislador sí cuenta con discrecionalidad para restringir proporcional o razonablemente el grado de realización de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto. Esto lo hacen explícito las cortes cuando hablan de derechos que “no imponen obligaciones absolutas sobre el Estado”<sup>56</sup> o que “pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>57</sup>.

En segundo lugar, tampoco es necesariamente cierto que, en aquellos casos en que esté definitivamente ordenado un derecho social fundamental, el juez tenga que decidir cuál es la acción positiva fáctica que debe ser adoptada. Ello porque, como ya se ha evidenciado, los derechos sociales fundamentales en sentido estricto pueden exhibir un objeto con estructura disyuntiva o alternativa. Ciertamente, cada vez que el destinatario omite realizar una acción positiva fáctica alternativa y eso provoca la vulneración de un derecho social fundamental en sentido estricto, el juez debe limitarse a declarar prohibida dicha omisión. De esta manera, no indica cuál es la acción positiva fáctica que debe ser ejecutada, sino, simplemente, que es obligatorio adoptar al menos una de ellas. La elección de cuál medida adoptar forma parte del margen de discrecionalidad del destinatario del derecho, en este caso el legislador. Sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que también puede darse el caso de que un derecho social fundamental en sentido estricto exhiba un objeto con estructura definida. Esto sucede, como ya se advirtió, cuando el grado de cumplimiento debido del derecho a la salud solo puede ser alcanzado por medio de un único medicamento técnicamente adecuado. En tales situaciones no habría inconvenientes para que el juez indique expresamente qué es aquello que el demandado debe hacer<sup>58</sup>.

En tercer lugar, el carácter exigible de los derechos sociales fundamentales tampoco presupone nada en relación con cuál debe ser la intensidad del control que el tribunal debe ejercer<sup>59</sup>. Dentro de la dogmática de los derechos constitucionales suele distinguirse entre niveles leves, intermedios o intensos de control, los cuales otorgan un mayor o menor margen de acción al poder legislativo. Sin embargo, la determinación acerca de cuál es el nivel de exigencia que debe adquirir el control de constitucionalidad no es algo

55 Cfr. DE FAZIO, ob. cit., 2017, 53; ALEXY, ob. cit., 2008, 67.

56 Corte Constitucional de Sudáfrica. Case CCT 11/00 (“Grootboom”). Voto del juez Yacoob, considerando 38.

57 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008, considerando 3.2.2.

58 Ejemplos al respecto pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-271 de 1995, T-502 de 1995 y T-271 de 1995.

59 CLÉRICO, L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, 31; RIVERS, J. Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*. Vol. 65, n.º 1, 2006, 177.

que dependa directamente del carácter vinculante de los derechos sociales fundamentales en sentido estricto. Por el contrario, su definición depende de varios factores coyunturales, entre los que pueden mencionarse la importancia del derecho social fundamental afectado<sup>60</sup>, la manera en que este se encuentra positivado en cada sistema jurídico<sup>61</sup>, la participación efectiva de los afectados en el procedimiento legislativo y la calidad deliberativa de dicho procedimiento<sup>62</sup>.

## 5.2. La objeción metodológica

Ahora bien, incluso admitiendo lo anterior, es posible presentar una segunda objeción de índole “metodológica”. Esta objeción señala que, debido a que las disposiciones constitucionales están redactadas por medio de formulaciones muy escuetas y con términos demasiado abstractos o vagos, no es posible adscribir a su significado la validez de normas que ordenen la realización de un derecho social fundamental en un grado exacto de cumplimiento<sup>63</sup>. Sobre este asunto no existen demasiadas investigaciones en las cuales este artículo pueda apoyarse<sup>64</sup>. Con todo, sí existen algunos indicios que permiten poner de relieve el carácter precipitado que tendría esta conclusión.

En primer lugar, no todas las disposiciones constitucionales son tan indeterminadas. Es posible hallar algunos ejemplos en donde una simple argumentación basada en la interpretación del texto constitucional permite fundamentar la validez de normas que ordenan la realización de un derecho social fundamental en un grado exacto de cumplimiento. Tal es el caso artículo 27 (3) de la Constitución Nacional de Sudáfrica que reza:

(D5) “A nadie puede serle rechazado un tratamiento médico de emergencia”<sup>65</sup>.

Tanto la jurisprudencia como la dogmática sudafricana sostienen que dicho enunciado debe ser interpretado teleológicamente y que, en virtud de ello, es posible fundamentar como parte de su significado la validez de una regla constitucional de derecho social que determina cuál es el grado exacto en que

60 ARANGO, ob. cit., 2005, 212 ss.

61 MORALES, ob. cit., 2015, 126.

62 *Ibid.* Algunas investigaciones comparativas son ilustrativas en este sentido. Ver YOUNG, ob. cit., 2012, parte II; YOUNG, K. y LEMAITRE, J. The comparative fortunes of the right to health: Two tales of justiciability in Colombia and South Africa. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 26, 2013, 179-216.

63 BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 84.

64 Algunas excepciones al respecto se encuentran en ARANGO, ob. cit., 2005, 200 ss.; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, 798 ss.; CLÉRICO, ob. cit., 2009, 319 ss.; DE FAZIO, ob. cit., 2017.

65 “No one may be refused emergency medical treatment”.

debe ser realizado el derecho a la salud frente a situaciones de emergencia<sup>66</sup>. Así lo explicita la Corte Constitucional de Sudáfrica al afirmar:

El propósito de [este ...] derecho parece ser el de asegurar que dicho tratamiento sea otorgado ante una emergencia, y que no se vea frustrado por razones burocráticas u otras formalidades. A una persona que padece una catástrofe imprevista que clama por una atención médica inmediata [...] no debería serle rechazada una ambulancia u otro servicio de emergencia disponible, ni debería dejar de ser aceptada por un hospital que está en condiciones de brindarle el tratamiento necesario<sup>67</sup>.

En segundo lugar, es perfectamente posible hallar otras clases de argumentos, más allá de los argumentos interpretativos, que también pueden permitir la adscripción de esta clase de normas al significado de las disposiciones constitucionales. Ejemplos al respecto son los argumentos basados en juicios de proporcionalidad, en el uso de los precedentes o en analogías. La exposición completa acerca del concepto, fundamento, vinculación y estructura de estas tres formas de argumentación no puede ser realizada aquí<sup>68</sup>. Empero, sí es posible rastrear someramente su utilización, con la ayuda de ejemplos jurisprudenciales brindados por la Corte Constitucional de Colombia en materia de cobertura de medicamentos médicos.

Así, un ejemplo de utilización de un juicio de proporcionalidad se presenta en el caso resuelto en la sentencia T-271 de 1995. Allí, la Corte entendió que el rechazo, por parte de un seguro social, de cubrir el gasto en medicamentos antirretrovirales en favor de una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes significaba favorecer de manera desproporcionada el fin de respetar las competencias presupuestales y administrativas del seguro social en desmedro del derecho fundamental a la salud del demandante. Como consecuencia, se fundamentó la validez de una norma constitucional “indirectamente estatuida” que prescribe que, en aquellos supuestos en que se presente una persona infectada con HIV y sin recursos económicos suficientes, el seguro social está definitivamente obligado a brindar una cobertura de los medicamentos que le fueran recetados.

66 Ver Corte Constitucional de Sudáfrica. Case CCT 32/97 (“Soobramoney”). Juez Chaskalson, considerando 20; LIEBEMBERG, S. *Socio-economic rights: Adjudication under a transformative Constitution*. Claremont: Juta & Co., 2010, 137 ss.

67 “The purpose of [this ...] right seems to be to ensure that treatment be given in an emergency, and is not frustrated by reason of bureaucratic requirements or other formalities. A person who suffers a sudden catastrophe which calls for immediate medical attention, [...] should not be refused ambulance or other emergency services which are available and should not be turned away from a hospital which is able to provide the necessary treatment”. Ver Corte Constitucional de Sudáfrica. Case CCT 32/97 (“Soobramoney”). Juez Chaskalson, considerando 20.

68 Una exposición completa se encuentra en DE FAZIO, ob. cit., 2017, caps. 3 y 4.

Como ejemplo del uso de precedentes jurisprudenciales puede mencionarse la sentencia T-518 de 1997. Allí, nuevamente presentó una acción de tutela una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos suficientes, solicitando a su seguro social cubrir el costo de los medicamentos antirretrovirales que le habían sido recetados. En este caso, la Corte no necesitó ingresar en un nuevo juicio de proporcionalidad. Sino que, más bien, se limitó a remitir a los resultados ya obtenidos en la sentencia T-271 de 1995. Esa remisión debe ser reconstruida como un caso de uso de precedentes, puesto que el nuevo caso caía perfectamente dentro del supuesto de hecho de la norma resultante del fallo judicial anterior.

Por último, un ejemplo de uso del argumento analógico se extrae de la sentencia T-502 de 1995. Allí quien presentó la tutela fue un niño con epilepsia y sin recursos económicos suficientes para afrontar el gasto de los medicamentos recetados para tratar su enfermedad. La Corte decidió el caso a su favor remitiendo nuevamente a los fundamentos de la sentencia T-271 de 1995. Pero esa remisión no puede ser interpretada como una instancia de uso de precedentes, pues el nuevo caso no caía dentro del supuesto de hecho de la norma que se extrae de esa sentencia, ya que no cumplía con la propiedad relevante de tratarse de una persona infectada con el virus del HIV. No obstante, el nuevo caso era similar a aquel porque en ambos existía el mismo problema jurídico (relativo a si es obligatorio o no entregar un medicamento recetado) y una misma colisión entre principios (entre el fin de respetar las competencias presupuestales y administrativas del seguro social y el derecho fundamental a la salud). Por tanto, aquí también la Corte ordenó definitivamente que el seguro social se haga cargo de los medicamentos recetados.

## CONCLUSIONES

Este artículo ha tenido el propósito principal de ofrecer una reconstrucción racional acerca del uso estricto del concepto de derechos sociales fundamentales. A tal efecto se ha defendido la siguiente hipótesis: *los derechos sociales fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular a, que representa a una persona física; un sujeto destinatario b, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto A<sub>pf</sub> que simboliza una acción positiva fáctica*. Esta definición aparentemente simple requirió, sin embargo, un arduo trabajo de clarificación y fundamentación.

Primeramente, debió clarificarse que un derecho social fundamental en sentido estricto es un derecho subjetivo, en virtud de que puede ser representado como una relación triádica entre un sujeto titular, un sujeto destinatario y un objeto. En segundo lugar, se fundamentó que las propiedades estructurales que están presupuestas en el uso estricto del término “derechos

sociales fundamentales” pueden ser circunscritas a una clase específica de los derechos a algo, cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular *a*, que representa a una persona física; un sujeto destinatario *b*, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto  $A_{pf}$ , que simboliza una acción positiva fáctica, esto es, el otorgamiento de un bien material o la prestación de un servicio. Sus sujetos titulares son siempre personas físicas, en razón de que su ejercicio es distribuible en términos individuales. Su sujeto destinatario puede ser no solo el Estado, sino también personas físicas o jurídicas de derecho privado, siempre que pueda fundamentarse la existencia de una relación especial entre estas y el sujeto titular que así lo justifique. Por último, su objeto puede ser reducido a una acción positiva fáctica, en virtud de que las discusiones relevantes y disensos profundos que se dan respecto de la fundamentación filosófica y la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales solo se presentan cuando estos exigen o bien el otorgamiento de un bien material o bien la prestación de un servicio. Asimismo, la delimitación del uso estricto del concepto de derechos sociales fundamentales a un caso especial de los “derechos de prestación” ha permitido poner de relieve el carácter disyuntivo de su objeto. Esto significa que pueden exigir la realización tanto de acciones positivas definidas como alternativas.

Por último, debió explicitarse que un derecho social es fundamental cuando el mismo está ordenado por una norma que puede ser adscrita como parte del significado directo o indirecto de, al menos, una disposición constitucional. De esto se deriva que pueden resultar judicialmente exigibles. Sin embargo, ello no significa que resulten definitivos en todos los casos, ni que exijan una acción positiva fáctica definida, ni que presupongan un control intensivo de constitucionalidad. Además, si bien es cierto que la mayoría de las disposiciones constitucionales son demasiado indeterminadas, ello no constituye argumento suficiente para concluir que nunca es posible adscribir como parte de su significado una regla constitucional, es decir, una norma constitucional que ordene la realización de un derecho social fundamental en un grado exacto de cumplimiento. Un análisis cuidadoso de la práctica jurídica permite demostrar precisamente lo contrario.

#### REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1996). Norma Jurídica. En: GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.

- ALEXY, R. (1993). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.<sup>a</sup> ed. C. Bernal Pulido, trad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.
- ALEXY, R. (2011). Sobre la estructura de los derechos de prestación. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- ARANGO, R. (2015). Derechos sociales. En: FABRA ZAMORA, J. et. al. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México, D.F.: UNAM.
- ATRIA, F. (2004). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones: Derechos Sociales*, Bahía Blanca. N.º 4.
- BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, C. (2004). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. En: *Discusiones: Derechos Sociales*, Bahía Blanca. N.º 4.
- BILCHITZ, D. (2007). *Poverty and Human Rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: OUP.
- BÖCKENFÖRDE, E. (1994). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- CLÉRICO, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- CLÉRICO, L. (2011). Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CRUZ PARCERO, J. (2007). *El lenguaje de los derechos*. Madrid: Trotta.
- DE FAZIO, F. (2017). *Teoría jurídica de los derechos sociales*. Tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Septiembre.
- DWORKIN, R. (1997). *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury.
- ETCHICHURY, H. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- FABRE, C. (2000). *Social rights under the Constitution: Government and the decent life*. Oxford: OUP.
- FERRAZ, O. (2008). Poverty and Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 28, n.º 3.



- GARGARELLA, R. (2004). Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, Bahía Blanca, N.º 4.
- GARGARELLA, R., DOMINGO, P. y ROUX, T. (2006). *Courts and social transformation in new democracies. An institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate.
- HELLER, H. (1942). *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- HOHFELD, W. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: CEAL.
- KELSEN, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. 2.ª ed. R. Vernengo, trad. México, D.F.: UNAM.
- MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Barcelona: Marcial Pons.
- NINO, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- O’NEIL, O. (1996). *Towards justice and virtue: A constructive account of practical reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PINTORE, A. (2001). Derechos insaciables. En: DE CABO, A. y PISARELLO, G. (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- RADBRUCH, G. (2003). Gesetzliches Unrecht un übergesetzliches Recht. En: *Rechtsphilosophie*. 2.ª ed. Heidelberg: Müller.
- RIVERS, J. (2006). Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*. Vol. 65, n.º 1.
- ROSS, A. (1976). *Tû-Tû*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SHUE, H. (1980). *Basic rights*. New Jersey, Princeton.
- SIECKMANN, J. (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos.
- TUSHNET, M. (2012). *Weak courts, strong rights*. New Jersey: Princeton University Press.
- VON WRIGHT, H. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- WINKLER, I. y MAHLER, C. (2013). Interpreting the right to a dignified minimum existence: A new era in German socio-economic rights jurisprudence? *Human Rights Law Review*. 13:2, 388-401.
- YOUNG, K. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: OUP.
- YOUNG, K. y LEMAITRE, J. (2013). The comparative fortunes of the right to health: Two tales of justiciability in Colombia and South Africa. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 26, 179-216.