

# Naturaleza jurídica de los DESC. Precisiones conceptuales

## 2

El campo de los derechos del hombre, más precisamente, de las normas que declaran, reconocen, definen, atribuyen, derechos del hombre, es aquel en el que mayor es la diferencia entre la posición de la norma y su efectiva aplicación. En mayor medida propiamente en el campo de los derechos sociales. Tanto que en nuestra Constitución las normas que se refieren a derechos sociales han sido llamadas púdicamente “programáticas”. ¿Nos hemos preguntado alguna vez que género de normas son éstas que no mandan o prohíben o permiten *hic et nunc*, pero mandan, prohíben, permiten en un futuro impreciso y sin cadencia taxativa? Y, sobre todo, ¿no nos hemos preguntado nunca qué género de derechos son aquellos que estas normas definen? Un derecho cuyo reconocimiento y cuya efectiva protección son reenviados *sine die* y confinados a la voluntad de los sujetos cuya obligación de realizar el “programa” es solamente una obligación moral, o como máximo, política, ¿pueden todavía llamarse correctamente derechos? (sic) ¿La diferencia entre estos pretendidos derechos y los derechos propiamente dichos no es lo suficientemente grande como para hacer impropio, o por lo menos poco útil, el uso de la misma palabra para designar a unos y a otros?

• Norberto Bobbio (1991, 122-123).

### 2.1 ¿Qué clase de normas son los DESC?

En la exposición que sigue se trata de concluir, para determinar el tipo de normas que son los DESC, que los derechos sociales se incluyen en las normas jurídicas del tipo “principios-reglas”, en las que se pueden observar tres rasgos distintivos:

- Son normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, por lo cual la división en tres generaciones que adoptó la Constitución de 1991 para consagrar los derechos no es conforme con el principio de la integralidad que es base del derecho internacional de los derechos humanos, ni refleja la voluntad del Constituyente, que jamás aprobó tal clasificación.

- Son normas que prescriben mandatos definitivos para el Estado y para los particulares.
- Son normas cuyas colisiones se resuelven por el método de la ponderación. A través de él, el operador jurídico decide la preferencia de una norma sobre otra u otras, condicionadas a la valoración razonable de las circunstancias concretas del caso *sub examine*.

### 2.1.1 La concepción dual de los derechos

El creciente interés que ha tenido para la doctrina el tema de la naturaleza jurídica de los DESC en las dos o tres últimas décadas ha generado al mismo tiempo una creciente confusión frente al tipo de normas jurídicas que contienen a estos derechos. Eso se debe en parte al abundante repertorio de caracterizaciones y denominaciones con que los investigadores e investigadoras han intentado explicar el *ontos* jurídico de tales derechos, en muchas ocasiones de manera artificiosa. Entre las múltiples acepciones que se conocen para referirse a los derechos económicos, sociales y culturales se pueden citar aquellas que los definen como derechos públicos subjetivos, derechos positivos, derechos prestacionales, principios programáticos, normas o reglas de organización, principios rectores de la política social y económica, mandatos de optimización, posiciones jurídicas a prestaciones, derechos sociales individuales y derechos sociales fundamentales.

Esta proliferación de categorías (o aparatoso conceptualismo) puede estar mostrando efectivamente la gran complejidad que encierran las normas contentivas de los DESC, pero de pronto también, las tensiones teórico-políticas a las que se enfrentan los doctrinantes cuando intentan precisar cuál es el lugar jurídico que tienen estos derechos en el orden constitucional y, sobre todo, cuál es el tipo de obligaciones y el grado de vinculatoriedad que le imponen al Estado para su materialización.

Un lugar compartido por las clasificaciones existentes en las diferentes teorías sobre los DESC es que se apoyan en la tradicional "dicotomía convencional" (Donnelly 1994, 53) de los derechos humanos. El concepto de dicotomía convencional propuesto por Donnelly explica el proceso histórico mediante el cual se posicionó la tesis de una supuesta diferencia radical entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales fundados en el tipo de bienes jurídicos protegidos, en su carácter absoluto o no y en las condiciones temporales para su efectiva realización.

Esa fragmentación de los derechos quedó formalizada cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la resolución N° 2200a (XXI) del 16 de diciembre de 1966, decidió adoptar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en medio de dos presiones importantes: una, la necesidad de conseguir una concreción de la obligación de respetar los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de 1948 y otra, atender al reconocimiento de derechos reclamados por nuevos Estados miembros de la ONU durante el período de descolonización. Los Estados se alinderaban con los bloques de poder de la Guerra Fría según sus pretensiones estratégicas, de modo que la

manifestación de los compromisos políticos con el conjunto de derechos individuales o con el conjunto de derechos sociales estaba determinada por la afinidad ideológica<sup>1</sup>.

## 2.1.2 Los principios y las reglas

La concepción dual de los derechos humanos persiste en la más reciente doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales. Se refleja especialmente en la distinción que un sector importante de la doctrina reconoce entre *principios* y *reglas* del derecho, para diferenciar las estructuras jurídicas presentes en las normas que contienen los derechos individuales y en las normas que contienen los derechos sociales.

De manera sintética, los principios son aquellas normas que establecen *mandatos de optimización* (Alexy 1997, 81 y siguientes)<sup>2</sup>, es decir, son normas que contienen

<sup>1</sup> Una clarificadora descripción del ambiente político y de los debates jurídicos que se dieron entre 1945 y 1966 en el seno de Naciones Unidas durante el proceso de positivización de los pactos internacionales de derechos humanos puede verse en Gros Espiell (1997) <http://www.bma.org.mx>

<sup>2</sup> El concepto de mandatos de optimización ha recibido sólidas críticas. Para Alexy, los mandatos de optimización son "normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Ellos contendrían todos los preceptos incluyentes de los derechos fundamentales. El profesor alemán, para diferenciar su perspectiva conceptual de la tesis de Dworkin según la cual debe darse prioridad absoluta a los derechos del individuo (argumentos basados en principios) sobre los objetivos sociales (argumentos basados en directrices), propone reformular esta prioridad en términos de precedencia *prima facie*. Eso significa que los derechos individuales también deben realizarse en el más alto grado posible, con lo que pueden admitir restricciones (mediadas por el principio de proporcionalidad) en aras de bienes colectivos, lo que no indica que claudiquen frente a éstos, pues siguen teniendo prevalencia.

Habermas ha criticado la noción de mandatos de optimización usada por Alexy y previene que, de ser aplicable a los principios que invocan derechos individuales o fundamentales, podría relativizar la fuerza jurídica de estos derechos, pues en determinadas circunstancias sería legítimo sacrificarlos en pro de objetivos colectivos, perdiendo con ello su carácter de "cartas de triunfo del individuo frente a las mayorías" (véase Habermas 1998, 332). De otra parte, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han cuestionado que el concepto de mandatos de optimización sea aplicable a todos los principios, pues en su criterio sólo sería útil tratándose de una clase de principios que califican como directrices o normas programáticas. Para demostrar su posición, los profesores españoles apelan a tres argumentos:

- a) Desde un punto de vista estructural, explican que todas las normas son del tipo "Si A, entonces B", en el que A sería el supuesto de hecho, antecedente o condición de aplicación, y B el consecuente o consecuencia jurídica (que puede ser una calificación deóntica a la manera de una conducta o de un estado de cosas). Ello sirve para distinguir dos tipos de normas jurídicas: unas son las reglas que configuran de manera cerrada o definitiva tanto el antecedente como el consecuente, por lo cual sólo cabe aplicarlas o no aplicarlas al caso concreto. El otro tipo de normas es el de los principios, en los que se diferencian los principios en sentido estricto y las directrices; entre ambas subclases de principios existe en común que tienen como condición de aplicación que haya una oportunidad de aplicar la conducta de que tratan. Los primeros, principios en sentido estricto, se distinguen porque presentan de manera cerrada la conducta prescrita (su consecuente), mientras que las directrices lo hacen de manera abierta. Por esta estructuración, los principios en sentido estricto exigen un

preceptos no desarrollados de manera completa ni en forma definitiva y se caracterizan por sugerir orientaciones generales, valores y fines que deben inspirar a las acciones públicas o ser marcos de referencia para las instituciones. Al ser abiertos, sus preceptos hacen que no se conozca con exactitud en qué tiempo o en qué circunstancias deben ejecutarse y no precisan los sujetos activos y pasivos de tales intervenciones.

Las *reglas* de derecho, en cambio, se expresan a través de normas en cuya estructura se reconocen inequívocamente tanto los supuestos de hecho como las consecuencias jurídicas de sus mandatos; en otras palabras, las hipótesis normativas describen, prohíben o establecen conductas ciertas de los individuos o acciones concretas de las instituciones. Además, indican los efectos que acarrearán la comisión o la omisión de tales mandatos jurídicos.

Las definiciones precedentes deben problematizarse, no obstante, a partir de las indeterminaciones inherentes del lenguaje jurídico. Ya la hermenéutica ha desarrollado suficientemente la idea de que el lenguaje humano, en general, y el lenguaje jurídico, en particular, poseen un nivel limitado de precisión semántica. Se acepta que toda expresión lingüística presente en las reglas jurídicas tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra inevitable ("textura abierta") (Hart 2004, 155 y siguientes), que hacen que los aplicadores del derecho se enfrenten necesariamente con un margen de discrecionalidad en el momento de interpretar las normas.

Para los tratadistas que dudan de la plenitud jurídica de los DESC, estos derechos se ubicarían sencillamente en el campo de los principios constitucionales, lo que significa que son pautas de interpretación y fines del Estado, pero no derechos en estricto sentido. En este libro se entiende que las normas de DESC son reglas de derechos fundamentales, que al estar expresadas en un lenguaje natural (del cual el lenguaje jurídico es una especie), no se escapan al problema de la vaguedad lingüística. Debe

cumplimiento pleno y desplazan a otros principios con los que colisionan, en tanto que las directrices son susceptibles de aplicarse en la medida de lo posible (optimización).

- b) En un plano funcional, los principios en estricto sentido se rigen según razones de corrección fundadas en valores de carácter último, por lo cual tales razones sólo pueden ser desplazadas por otras razones de la misma naturaleza, o sea, incluidas en otros principios que tengan mayor relevancia en el caso concreto. Cosa distinta ocurre con las directrices que operan según razones para la acción de tipo utilitario, que pueden ser negociadas y desplazadas por otras de la misma naturaleza o ceden en definitiva a las razones fundamentadas en corrección. Forzosamente, los principios en su acepción estricta "pesan más" que las directrices.
- c) Y finalmente, desde un plano de distinción basado en las relaciones de poder o en los intereses que configuran ambas subclases de principios, los principios en sentido estricto imponen a priori razones categóricas frente a cualquier otra consideración o interés, por lo cual no aceptan ninguna negociación o consenso. Las directrices en cambio no configuran de antemano los espacios de poder en los que deben realizarse, sino que hacen depender su materialización de circunstancias variables que obligan ponderación.

En conclusión, los autores españoles afirman que el concepto de mandatos de optimización no es predicable en todos los principios sino que sólo opera en la subclase de las directrices o normas programáticas (véase Atienza y Ruiz 1996, 9 y siguientes). Por lo dicho, los mandatos de optimización sólo se pueden interpretar frente a normas que contienen preceptos de derechos económicos, sociales y culturales.

ponerse de presente, como ya advertimos, que esta ambigüedad léxica no es exclusiva de las normas contentivas de los DESC, sino que es un fenómeno latente y común a todas las normas jurídicas.

Tampoco puede sostenerse categóricamente que las normas que contienen los derechos sociales padezcan de manera exclusiva de defectos estructurales como el de no indicar con certeza los supuestos de hecho, las consecuencias jurídicas, el ámbito de protección, los bienes tutelados, los titulares de estos derechos y los sujetos obligados a concretar las prestaciones que se reconocen. Una revisión cuidadosa de las normas que contienen los derechos de libertad probaría que éstas también padecen muchas de tales deficiencias técnicas.

¿Por qué se quiere endilgar entonces a los DESC este rasgo de la indeterminación, cuando es un carácter general del derecho? Para ilustrar que no existe una clara correspondencia entre derechos fundamentales (generalmente atribuidos a derechos civiles y políticos) y la noción de reglas de derecho, permítasenos analizar sumariamente la forma en que está escrito el artículo 13 de la Constitución Política (CP) colombiana que proclama:

todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).

Si se examina esta norma de acuerdo con la consideraciones precedentes para diferenciar los principios y las reglas, puede considerarse que por la forma de presentación de su contenido se trata más de un principio, que de una regla de derecho, que es como la concibió finalmente el Constituyente al situarla como uno de los derechos de aplicación inmediata (artículo 85, CP).

Decir por ejemplo que todas las personas son iguales ante la ley, sin determinar qué circunstancias o rasgos de derecho obligan a un tratamiento igualitario o permiten un tratamiento desigual a ciertos efectos es algo que no suministra explícitamente la norma citada y obliga al intérprete a un juicio de razonabilidad (Bertegón, Gascón, De Páramo y Prieto 1997, 349). En otros términos, la cláusula constitucional que proclama el derecho a la igualdad formal posee una textura abierta y ello hace que necesite interpretación por parte del juez, quien debe fijar su sentido y contenido según las circunstancias del caso concreto, así como ponderar su aplicación en presencia de otras normas aplicables. No se trata pues de una regla de derecho en la que los supuestos lógicos y las consecuencias jurídicas se encuentren enteramente delimitadas, facilitando con ello su aplicación directa. Más bien, se ha optado por entender que el artículo 13 representa un principio constitucional con vocación para ser aplicado inmediatamente.

Si partiéramos de una concepción integral de los derechos humanos en la que no se validan diferencias esenciales entre los derechos y los pensáramos en cambio con el mismo grado de fundamentalidad, es decir, con la misma importancia con respecto al logro de la dignidad humana, no podría aceptarse entonces la clasificación de los

derechos por su estructura según la idea de principios y de reglas<sup>3</sup>, pues, como hemos dicho, sobre la base de este criterio se avala, en el fondo, la dicotomía convencional tradicionalmente aceptada, que ha dado pie a la negación de la plenitud jurídica de los DESC.

Por ese camino de la distinción entre principios y reglas, además de que se ha posicionado una serie de calificaciones equívocas de los DESC, también ha hecho carrera la idea de asociar los derechos civiles y políticos con las obligaciones negativas o de abstención del Estado frente a los individuos y los DESC, con obligaciones positivas de parte del poder estatal. Las obligaciones negativas que se atribuyen al Estado en razón del conjunto de libertades individuales se regirían presuntamente por la forma de las reglas de derecho, en la medida en que fijan con precisión los límites a los que están sometidos los poderes públicos y esto hace que los derechos civiles y políticos tengan la potencialidad de ser aplicados *ipso facto*.

Contrariamente, los derechos sociales, al relacionarse con obligaciones positivas del Estado, que por su naturaleza implican desarrollos legislativos y decisiones administrativas complejas, no se pueden satisfacer de manera inmediata y universal. Dicho de otra manera, estas obligaciones positivas no se consideran absolutas, pues su cumplimiento depende de las circunstancias políticas y económicas dominantes que se deben ponderar, rigiéndose en consecuencia estos derechos por la forma de los principios o mandatos de optimización. Profundizaremos sobre este debate entre reglas y principios más adelante.

Para nosotros resulta demasiado simplista esta forma de discriminar la estructura de los derechos según el carácter de las obligaciones que encierran. Una parte de la doctrina más avanzada sobre los DESC acepta hoy que hay un *continuum* entre los derechos individuales clásicos y los derechos sociales, que se expresa en una estructura compartida y compleja de obligaciones negativas y positivas. Al respecto, Abramovich y Courtis dicen lo siguiente:

las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer y es por eso que a veces se les denomina 'derechos-prestación'; sin embargo, no resulta difícil descubrir, cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del medio ambiente implica la obligación de no destruir el medio ambiente (...) en suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso, las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (...) (Abramovich y Courtis 2002, 24-25).

<sup>3</sup> En esta parte nos distanciamos del criterio de algunos doctrinantes europeos que afirman que para el estudio de las prestaciones constitucionales en relación con los derechos fundamentales, hay necesidad de distinguir los derechos por su estructura y no por su contenido Véase González (2002, 132).

Esta constatación de los juristas argentinos nos ayuda a sostener la tesis de que los DESC poseen carácter de derechos fundamentales si se los aprecia en el marco de una concepción integral de los derechos humanos y esto tiene consecuencias importantes frente a la percepción que se ha tenido de su estructura jurídica. Usualmente, a los derechos sociales se les ha clasificado como principios en el plano normativo, pero en la perspectiva que plantea este ensayo de considerarlos como derechos fundamentales *estricto sensu*, se deben apreciar más como reglas de derecho, es decir, como normas en las que se reconocen claramente los mandatos, los sujetos titulares y los sujetos obligados, aunque expuestas siempre a los naturales problemas de ambigüedad semántica, propios del lenguaje jurídico. Es conforme a esta identificación inicial de los DESC como derechos fundamentales y, en consecuencia, como reglas de derecho, que iremos disipando las supuestas diferencias entre los derechos humanos, al tiempo que se irá ganando en la delimitación político-jurídica de los mismos.

### 2.1.3 Tipologías normativas sobre los DESC. Balance y valoración

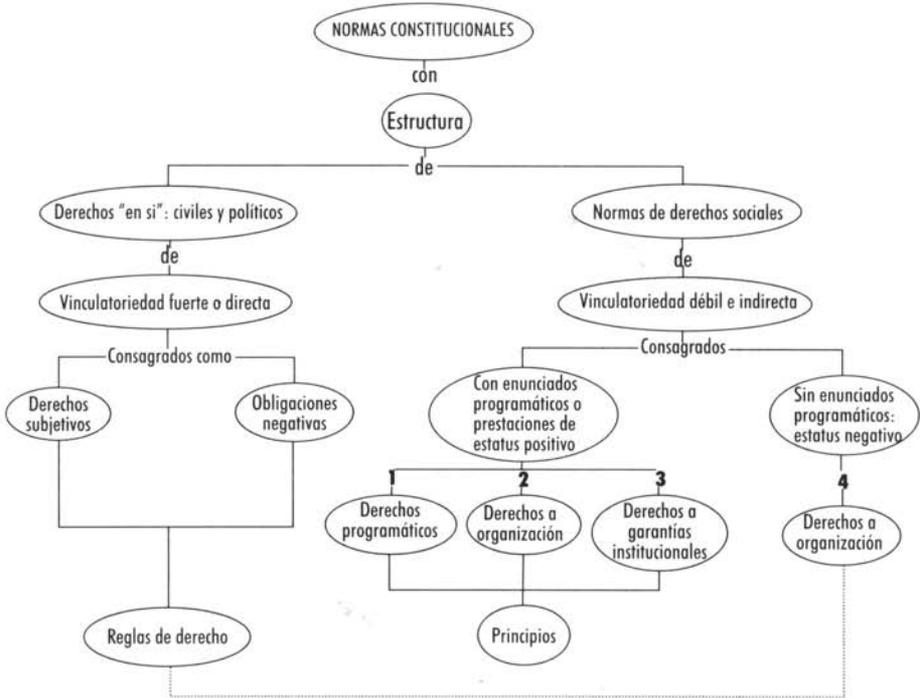
Partimos en este punto de considerar algunas categorías que maneja la doctrina internacional, especialmente en España y en Alemania, acerca de los derechos sociales. No se trata de hacer una descripción exhaustiva de las interpretaciones conocidas, sino de situar las corrientes o marcos conceptuales que se han ido construyendo en torno a los derechos sociales.

El esquema 4 presenta una síntesis de las diferentes jerarquías mediante las que el constitucionalismo europeo ha desarrollado la temática de los derechos sociales<sup>4</sup>.

La primera observación acerca de este esquema es que la teoría jurídica reconoce notables diferencias estructurales entre las normas constitucionales. Primero, existen diferencias emanadas de la condición misma de ser o no derechos, lo que se aprecia en la distinción que hemos hecho entre derechos 'en sí' o de configuración 'fuerte', que corresponden a los derechos de libertad, y los derechos de configuración 'débil', en los que se han ubicado tradicionalmente los derechos sociales<sup>5</sup>. Pero además de lo anterior,

<sup>4</sup> Vale advertir que el esquema presentado no desarrolla una teoría en particular sobre los derechos sociales. Es apenas una elaboración libre que se inspira y fusiona los desarrollos jurídicos sobre estos temas, elaborados en diferentes contextos constitucionales europeos, particularmente en España.

<sup>5</sup> Esta distinción entre derechos 'fuertes' y derechos 'débiles' ha estado en la base de algunas propuestas de jerarquización de los derechos, entre ellas, aquella que ha intentado establecer un "núcleo duro de los derechos". Este núcleo duro de los derechos estaría representado por los derechos no suprimibles por ninguna circunstancia y que, como tal, marcan un límite infranqueable para el poder de configuración del legislativo, dado que se tratan de derechos que suponen un umbral de la dignidad humana. Aunque se han elaborado varios listados de 'núcleos duros' o de 'derechos mínimos' sobre la base de métodos comparativos entre los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los resultados han sido insatisfactorios, porque regularmente en la selección se le da preponderancia a los derechos civiles y políticos y se excluyen los derechos sociales. Una interesante discusión sobre estos intentos de construir un núcleo duro de los derechos puede verse en Marzal (2001).



se evidencia que entre los mismos derechos sociales o programáticos se encuentran contrastes significativos, lo que conduciría a la imposibilidad de hacer una dogmática unitaria sobre ellos, pues es difícil hallar algún tipo de identidad estructural entre las normas que los incorporan (González 2002, 160). Quizá sea la separatividad convencional la que ha impedido hallar semejanzas estructurales entre los derechos calificados de *estatus positivo* y los derechos de *estatus negativo*, o puede ser que el obstáculo para identificar ese *continuum* entre los derechos humanos devenga del dilema lógico que se produce cuando se enfrenta el problema de los medios y garantías de realización de los derechos sociales.

Por lo mismo, es necesario separar la discusión sobre la integralidad de los derechos, de sus formas de realización. En estas, por supuesto, se deben admitir grados y procedimientos diferenciados de materialización de los contenidos de que tratan, pero esto no justifica que se creen jerarquías insuperables entre los mismos. Para nosotros, las diferencias de estructura, que por lo regular se han aceptado, son las que en el fondo han inducido el retraso teórico y práctico de los derechos sociales. Por esto, se requiere salir del círculo hermenéutico que los ha catalogado como no-derechos o derechos imperfectos, para pensarlos desde una óptica jurídica de plenos derechos, asunto que únicamente se logrará tomando en serio el principio de integralidad de los derechos humanos, sustentado en el primer capítulo.

## Las formas de positivación de los DESC

En relación con los derechos sociales en general, se han establecido cuatro sistemas de positivación (González 2002, 204), en los que se les ha concebido como:

- *Principios programáticos*, es decir, normas que señalan fines de la acción estatal y carecen de concreción, por lo que caen en el reino de la inseguridad jurídica. En el ordenamiento colombiano, un ejemplo de lo anterior es el artículo 25 de la CP: "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".
- *Normas de organización*, que distribuyen competencias en materia económica, social y cultural entre diferentes órganos públicos y/o sociales, para desarrollar políticas que aseguren la realización de estas materias; el concepto de organización tiene importancia en el plano político, pero su peso jurídico es relativo, pues en todo caso no se trata de derechos. Un ejemplo de esta situación lo trae el artículo 366 de la Constitución Política:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

- *Garantías institucionales*, que crean frente al legislador ciertas inmunidades, por representar instituciones de eminente valor social previstas en la Constitución, pero que al no ser catalogadas propiamente como derechos, facultarían eventualmente a las mayorías políticas para configurarlas o decidir cambios. Eso, en algunas circunstancias, puede ir en detrimento de su valor ideal.

Un ejemplo se encuentra en el artículo 365 de la Constitución:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente; por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

- *Derechos públicos subjetivos*, que se consideran derechos de configuración legislativa. Mediante ellos, se concretan espacios de libertad individual frente a las autoridades, lo que significa un poder de acción del sujeto titular que está protegido judicialmente. Los derechos concebidos así quedan sometidos al poder discrecional de decisión del legislador, pues en este evento, la fijación del derecho en la Constitución no refuerza su intangibilidad.

Un ejemplo de lo anterior es el artículo 40 de la Constitución:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

### Lo que dice la Corte Constitucional

En nuestro medio, la Corte Constitucional ha precisado en algunas providencias (entre ellas, en la sentencia T- 205 de 1997) qué tipo de normas son los derechos sociales. Se apoya para ello en la teoría de Robert Alexy (1997, 435-501). La Corte distingue entre derechos fundamentales y derechos prestacionales. Los primeros tienen como fin asegurar la esfera de las libertades individuales con respecto a intervenciones abusivas del poder público, por lo cual se les considera derechos de estatus negativo, o sea, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Al lado de estos derechos, que imponen límites a la actuación de las autoridades, existen los derechos que le imponen al Estado el deber de acciones positivas, por lo que se les denomina derechos prestacionales.

En un sentido amplio, entiende la Corte que todo derecho a un acto positivo del Estado es un derecho a prestación, que puede tener una triple proyección: puede adoptar la forma de un *derecho a protección*, de un *derecho a organización y procedimiento* o de un *derecho a prestaciones* (en sentido estricto, derechos sociales fundamentales).

Los *derechos a protección* existen allí donde un titular de derechos fundamentales le exige al Estado que lo defienda frente a actuaciones injustas o ilegales de sus propios agentes o de terceros. En estas situaciones ocurre una suerte de interconexión entre la defensa (acción negativa) y la protección (acción positiva). El ejemplo clásico es la protección al derecho a la vida, para impedir cualquier atentado contra ella. Ha advertido la Corte, sin embargo, que es imposible que una decisión judicial tenga la virtualidad de lograr la protección integral de la vida de todos los ciudadanos, por lo cual hay una "competencia de pronóstico" del juez constitucional, que le permite ponderar cuándo y hasta dónde puede dar el Estado una protección efectiva a un derecho.

Mediante los *derechos a organización y a procedimiento* se asegura la eficacia de los derechos fundamentales. Las garantías sustanciales del debido proceso, por ejemplo, sólo pueden hacerse efectivas mediante la existencia de una adecuada organización de la administración de justicia y, por lo mismo, de unos procedimientos democráticos y justos que regulen las funciones de la fuerza pública y del sistema judicial.

Los *derechos a prestaciones*, o derechos sociales fundamentales, son aquellos que le otorgan al titular del derecho fundamental la competencia para exigir judicialmente la efectividad de ese derecho. La consagración de un derecho fundamental a la educación primaria capacita a cualquier ciudadano o ciudadana para acudir a un juez y exigir que el Estado cumpla el deber de darle la educación preescolar y básica, tal como lo ordenan los estándares de derechos humanos y se consagra por la ley general de educación.

Al interpretar cómo se concretan estos derechos prestacionales en el marco del Estado Social de derecho, la Corte Constitucional ha indicado:

El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general. El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad –como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores–, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico (...).

No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescindiera del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino.

Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se han identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio de la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital –que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad–, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público (...) (sentencia T-205 de 1997).

Al concluir el análisis del esquema sobre las cuatro formas de positivización de los DESC, podemos observar que en tres de las formas en las que se les ha consagrado

normativamente existe un grado jurídico débil de vinculatoriedad de las autoridades, pues en general se encuentran incorporadas al texto constitucional según la idea de 'principios' y éstos, como se anotó antes, caen en el reino de la inseguridad jurídica, en la medida en que aparentemente dejan sin concreción los contenidos, las obligaciones y los sujetos titulares y responsables de los derechos. Revisaremos ahora cómo juega la cuestión de los principios y las reglas para definir los DESC.

#### **2.1.4 Los DESC: ¿principios o reglas?**

Una cuestión que ha ocupado buena parte de la producción ius-filosófica y de la teoría constitucional contemporánea es el problema de saber si entre los principios y el resto de normas jurídicas (reglas) existen diferencias sustanciales, tanto en su estructura normativa como en sus formas de interpretación y aplicación.

Como buena parte de las polémicas en torno a la naturaleza jurídica de los DESC pasa por determinar si estos derechos son principios o son reglas de derecho, es necesario detenernos a examinar las características de ambas nociones normativas y sus diferencias de grado.

No es propósito de este trabajo abordar el problema de las relaciones entre derecho y moral. Sin embargo, permítasenos decir al respecto que un tema bastante polémico en la doctrina jurídica es el del *origen de los principios*. Se han dado tres respuestas provisionales: para algunos teóricos, entre ellos Dworkin, los principios tienen un origen moral y consuetudinario, pues no dependen de decisiones de ningún tribunal u órgano legislativo, sino de sentidos de convivencia, justicia y oportunidad incubados en el seno de la sociedad.

Para otros tratadistas (Alchourrón y Bulygin), los principios son normas tácitas que forman parte del derecho positivo vigente y que se "descubren" (pero no tienen su origen) en sede de creación o aplicación del derecho. Finalmente, según otros autores (Atienza, Ruiz Manero, Zagrebelsky), los principios son en la actualidad obra del constituyente, que ha creado normas generales explícitas que señalan directrices para el ordenamiento jurídico tanto de carácter explicativo como de carácter justificativo; en la dimensión explicativa cumplen una función de sistematización y síntesis del derecho, otorgándole coherencia y orden interno. En la dimensión justificativa, sirven para apoyar las decisiones jurídicas, no sólo de aquellas propias de los casos difíciles, sino de todos los casos sometidos al debate jurídico.

Los principios realizan otra función que tiene que ver con la legitimación del poder, con su control y límites a su ejercicio, pues marcan directrices políticas, sociales y económicas para la actuación de los poderes públicos y privados y, además, introducen criterios de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales.

En el análisis propuesto por Jerónimo Bertegón y otros tratadistas españoles (1997) sobre la doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas, se puede establecer que existen dos aproximaciones conceptuales a la idea de los principios. Una visión tradicional habla de los "principios generales del

derecho". Ella plantea el problema de su existencia como normas implícitas en el orden jurídico.

Finalmente, una visión contemporánea, que se refiere a los "principios" a secas, entiende que son preceptos que se diferencian de las demás normas jurídicas porque dan la posibilidad de una interpretación flexible a través de la ponderación y modulación de las soluciones que proveen situaciones determinadas; por el contrario, las demás normas, o sea, las reglas de derecho, se rigen por una lógica de 'todo o nada', que indica que las soluciones que contienen son únicas, fijas y universales y sólo cabe al intérprete la subsunción de los casos concretos al mandato establecido por la regla.

En adelante, se hará un breve repaso a la evolución de las concepciones sobre los principios jurídicos. Se estudiará en primer término la concepción tradicional de los principios generales del derecho y luego, los debates contemporáneos en torno a los mismos. Nos interesa encontrar elementos para dilucidar hasta qué punto es aplicable el significado o concepto de *principios* a las normas en las que se contienen los DESC.

### 2.1.5 Visión tradicional de los principios generales del derecho

La cultura jurídica de la codificación<sup>6</sup> se basó en tres dogmas: el primero, que el juez no puede negarse a fallar un caso alegando oscuridad o inexistencia de una norma aplicable; el segundo, el principio democrático, en el cual el juez aparece como un poder

<sup>6</sup> El paradigma del monismo jurídico o la dogmática tradicional del positivismo (formalista-normativista) se ha caracterizado por los siguientes 'principios':

"1) El principio de la unicidad: el derecho es uno solo, único; no hay más derecho que el positivo. 2) El principio de la estatalidad: el Estado es el único órgano creador de derecho. 3) El principio de la racionalidad: el derecho es fruto de una elaboración racional, de naturaleza científica y sus expresiones normativas están dotadas de una estructura racional, como ley, ordenamiento y decisión. 4) El principio de la legitimidad: la legitimidad del derecho radica en el propio derecho, prescindiendo de fundamentaciones metajurídicas. La relación entre derecho y legitimidad es tautológica: el derecho es legítimo porque es derecho y es derecho porque es legítimo. 5) El principio del primado de la ley: la ley es la principal fuente del derecho y también la que determina, reconoce y autoriza la utilización de otras fuentes. 6) El principio del ordenamiento: el derecho conforma un sistema, un conjunto de normas de conducta organizadas según los principios de la lógica formal: identidad y no contradicción. 7) El principio de la plenitud del orden jurídico: las normas jurídicas constituyen un universo significativo autosuficiente, del cual se pueden inferir, por actos de derivación racional, soluciones para todos los tipos de conflictos normativos. 8) El principio de la autonomía significativa de la ley: la ley tiene su propio significado normativo originario, el cual se impone al entendimiento del jurista, cuyo trabajo consiste en "descubrir" o revelar este significado. 9) El principio de univocidad significativa de la ley: la ley tiene un significado unívoco y preciso. 10) El principio de sujeción (corolario del principio de autonomía): la función de los operadores jurídicos es reproducir el significado autónomo de la ley, sin ningún margen arbitrario. 11) El principio de la semántica: el significado autónomo y unívoco de la ley corresponde a un referencial semántico, tal como "voluntad de la ley", "intención del legislador", "la soberanía popular", etc. 12) El principio de la subsunción: la aplicación de la ley es una tarea racional, a través de la cual el juez, mediante la aplicación de reglas de cálculo lógico, obtiene ciertas conclusiones lógicamente derivadas de las premisas normativas (...)" (Souza 2001, 215 y 216).

neutro o como la “boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, lo que significa que se limita sólo a aplicar el derecho y no a interpretarlo ni a crearlo; el tercero, que hace compatibles los anteriores, según el cual el derecho es un sistema pleno y coherente, en cuya *autopoiesis* es capaz de eliminar las lagunas y antinomias y de proveer soluciones omnicomprendivas a todas las situaciones que presente la realidad social<sup>7</sup>.

Para que el orden jurídico logre esa forma de unidad cerrada y completa, el paradigma de la codificación encontró en la idea de las fuentes del derecho el mecanismo que garantiza (en apariencia) que el juez siempre esté en condiciones de hallar la norma aplicable al caso concreto. En el sistema de fuentes se encuentran los principios generales del derecho como una especie de último recurso al que pueden acudir los jueces para fallar, sin convertirse en creadores del derecho.

La ley 57 de 1887, sancionatoria del Código Civil, estableció, bajo un criterio de rígida jerarquía, el orden de aplicación de las fuentes del derecho<sup>8</sup>, al prescribir en el

<sup>7</sup> El movimiento alternativista del derecho en Brasil ha hecho certeras críticas a cada uno de los principios del paradigma positivista-normativista del derecho, oponiéndoles otros principios de carácter alternativo:

“1) Al principio de la unicidad, el principio de la heterogeneidad: el derecho positivo no es el único derecho existente; hay otros sistemas de normas que funcionan de manera paralela y concurrente, provenientes de la sociedad e igualmente válidos. 2) Al principio del monismo jurídico estatal, el principio del pluralismo jurídico de génesis histórico-social: el Estado no es el único órgano legitimado para producir derecho; hay otras fuentes informales de producción, generadas en el seno de la propia sociedad. 3) Al principio de la racionalidad, el principio de dialecticidad del derecho: la racionalidad del derecho y de las decisiones judiciales es mera apariencia mitológica destinada solamente a encubrir y enmascarar las contradicciones y luchas desarrolladas en la sociedad, también presentes en la instancia jurídica. 4) Al principio de la legitimidad científica del derecho, el principio de la legitimidad social: la legitimidad de las normas no radica en su científicismo, sino en el consenso que los miembros de la sociedad le otorgan. 5) Al principio del primado de la ley, el principio del primado de la sociedad: la sociedad debe ser la fuente por excelencia del derecho. 6) Al principio del ordenamiento racional, el principio de la plasticidad del ordenamiento y/o de su interdisciplinabilidad: el derecho no forma un sistema cerrado y coherente, sino abierto y contradictorio. 7) Al principio de la plenitud del orden jurídico, el principio de la incompletud o de la lagunosidad institucional del derecho: el orden jurídico contiene vacíos legales, lagunas y contradicciones. 8) Al principio de la autonomía significativa de la ley, el principio de heteronomía significativa: la ley no tiene ningún significado originario, sino aquel que le da su intérprete. 9) Al principio de univocidad, el principio de plurivocidad: la ley comporta múltiples significados y admite diversas interpretaciones, todas igualmente válidas y verdaderas, aunque contradictorias. 10) Al principio de la reproducción, el principio de la función creadora del jurista: la función de los operadores jurídicos no es la de mera reproducción significativa de los mandatos legales, sino la de la creación de estos significados, lo que puede involucrar, en algunos casos, la propia creación normativa. 11) Al principio semántico de la ley, el principio pragmático del derecho: la ley no es la que tiene voluntad sino aquél que la interpreta, de modo que el referencial a seguir debería ser el pragmático: los resultados sociales que se producen, así como la aceptación de estos efectos por la comunidad jurídica. 12) Al principio de la subsunción jurídica, el principio de la subjetividad judicial: la aplicación de la ley no es una tarea racional, lógica o de subsunción; por el contrario, es una tarea creativa, donde la subjetividad del juez es el factor primordial (...)” (Souza 2001, 218 y 219).

<sup>8</sup> El artículo 230 de la Constitución Política mantuvo el criterio jerárquico de aplicación de las fuentes del derecho al decir: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

artículo 8 que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos a materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Suplementariamente, el artículo 13 de la misma ley ordenó que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. De lo dictado por la ley civil se puede concluir que existe una prevalencia de la ley en el orden jurídico y que cuando existan vacíos en los textos normativos éstos se llenarán mediante el procedimiento de la analogía, de la aplicación de la costumbre o de una regla o principio general del derecho.

De entrada se entiende que los principios generales no son ley ni son costumbre, es decir, no son un enunciado del legislador, ni tampoco la expresión de ninguna práctica social verificable. Entonces, ¿qué son los principios generales del derecho en esta visión tradicional?

La respuesta a esta pregunta compleja puede resultar polémica a la luz de una concepción positivista del derecho, pues cae en una zona de penumbra de difícil comprensión (Bertegón y otros 1997, 336). Se trataría de “normas implícitas” o de un derecho latente y anterior al ordenamiento positivo, cuya existencia depende de la aceptación de dos afirmaciones:

- Que mediante el razonamiento lógico es posible obtener normas a partir de otras normas vigentes en el sistema jurídico, es decir, inferir reglas nuevas a partir de las existentes.
- Que las reglas inferidas son distintas de aquellas que constituyen su origen y no una simple repetición.

Mediante este razonamiento, se podría producir, en opinión de Alchourrón y Bulygin, una “reformulación del sistema jurídico”, al pasar válidamente, por inferencia deductiva, de la base normativa primaria del sistema jurídico a una base nueva, más reducida y general pero normativamente equivalente a aquella; la inducción jurídica supone el mismo grado de validez de la practicada en las ciencias formales como la lógica y las matemáticas (Bertegón y otros 1997, 337).

En lo dicho no cabe duda de que los principios generales son entonces el resultado de procesos de analogía. Por medio del uso de la analogía se trata de elaborar una regla jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley, pues supone una extensión de sus soluciones a otros casos de los expresamente previstos por el legislador. Puede indicar que se trate de la transferencia de la solución contenida en una norma jurídica para un caso concreto (*analogía legis*), o puede ocurrir que sea la transferencia construida a partir de una regla general de derecho (implícita) a un número indeterminado de casos (*analogía iuris*).

Al parecer, la diferencia entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* radica precisamente en la mayor capacidad de generalización de la segunda, pues lo que caracteriza a la “regla general del derecho” –o más precisamente, al principio– es su “tendencia a generar normas diversas aplicables a distintos supuestos de hecho comprensibles en la esfera del principio” (Bertegón y otros 1997, 337).

Esta concepción tradicional de los principios deja serios interrogantes sobre si los mecanismos que operan en su 'descubrimiento' y que son necesarios para el proceso de integración del derecho indican una actividad estrictamente lógica o si, muy al contrario, reflejan una actividad creadora del intérprete, tal como lo han supuesto autores como Manuel Atienza o Betti. Atienza sostiene que es difícil creer en una naturaleza estrictamente lógica en la formación de los principios generales del derecho, pues en la operación analógica siempre va envuelto un componente axiológico irreductible al sistema de la lógica. Betti indicó que los principios expresan un exceso de contenido deontológico respecto a la base material normativa que constituye su origen (Bertegón y otros 1997, 338 y 339).

Con respecto al interés de este libro, por la presentación de las normas contentivas de los derechos sociales se puede afirmar que no se corresponden con la idea de los principios generales del derecho como normas implícitas. Los contenidos normativos de los DESC se encuentran expuestos de manera explícita en las cláusulas que los albergan, con independencia de que en su presentación queden dudas sobre el alcance de las prestaciones de que tratan y sobre los beneficiarios y los sujetos responsables de cumplirlas; esta indeterminación hace que las normas de derechos sociales estén expuestas al dilema de las interpretaciones y a la incertidumbre sobre las condiciones fácticas y jurídicas que han de conseguirse para su realización.

Por lo mismo, este camino de los principios generales del derecho, sencillamente, no sirve para explicar las normas que contienen a los DESC, que son explícitas. Por tanto, respecto a ellas, sólo cabría eventualmente, en la solución de casos concretos, la aplicación de la analogía *legis*, si los elementos que contienen son insuficientes para procurar su aplicación.

Para ilustrar lo anterior, tomemos el artículo 51 de la Constitución, que dice:

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Aunque la consagración de este derecho tal como aparece en la norma tiene textura abierta (pues no dice mucho sobre lo que significa tener una vivienda digna, o sobre el modo, tiempo y lugar en los que se puede disfrutar de tal derecho), eso no puede llevarnos forzosamente a concluir que el precepto sea un principio general del derecho. La razón es que en su contenido es factible identificar unos elementos normativos, que, aunque sumarios, informan de qué trata el derecho, quiénes son sus titulares y a quién corresponde actuar para hacerlo efectivo.

El artículo 51 es una norma que recoge un derecho social que obliga al desarrollo de una política estatal para concretarlo y delimitar las condiciones y los procedimientos para acceder al mismo, aunque no hay que perder de vista que existen componentes del derecho a la vivienda (los contenidos de su núcleo esencial) que, al constituir derechos subjetivos fundamentales, son exigibles inmediatamente en cada caso. En consecuencia, no suena muy convincente la pretensión de hacer valer el argumento de

la supuesta indeterminación estructural del derecho a la vivienda, para concluir que se trata de un principio general. Tampoco puede decirse que es un precepto inaplicable directamente, pues, como se anotó, todo derecho posee un núcleo esencial exigible, que refuerza el principio de supremacía de la Constitución.

En suma, las normas de DESC no son catalogables como principios generales, porque pese a la generalidad de sus textos, existen en ellos unos contenidos normativos identificables y específicos que hacen que se acerquen más a la estructura de las reglas de derecho. En ese mismo sentido, dada la vaguedad de sus elementos normativos y la especificidad de sus objetos, tampoco se prestarían las normas de derechos sociales para hacer extrapolaciones jurídicas de gran alcance o para interpretar o completar el sentido de otras normas, como sí es el fin de los principios generales del derecho.

### **2.1.6 Visión contemporánea de los principios: una clase de normas distintas de las reglas del derecho**

En general, la doctrina se ha dividido entre quienes entienden que las reglas son normas positivas estrictamente y quienes sostienen que los principios tienen un carácter extra-jurídico. En la conocida discusión entre Hart y Dworkin, se reconocen estas posiciones, respectivamente.

En el capítulo segundo del famoso libro *Los derechos en serio*, Dworkin (1999) critica el positivismo jurídico de Herbert Hart, para quien el derecho se constituye únicamente por reglas<sup>9</sup>. Sostiene Dworkin que, en la práctica de resolver problemas jurídicos, los operadores y los intérpretes del derecho acuden a normas diferentes a las reglas de derecho: a los principios y a las directrices políticas.

Advierte Dworkin que los jueces se guían por otros estándares normativos, diferentes a las reglas de derecho, que se aplican a la manera "todo-o-nada", aunque se orientan también a tomar decisiones sobre las obligaciones jurídicas en las circunstancias del caso concreto. Tales estándares o principios no tienen su origen en un órgano legislativo, ni son expresión de algún precedente de un tribunal. Más bien, se basan en

<sup>9</sup> Recuérdese que Hart señala que el sistema jurídico, o el derecho, está conformado por la unión de normas o reglas primarias y secundarias. A diferencia de Kelsen, el ius-filósofo inglés plantea que no hay un solo tipo de normas en el derecho, sino varios, todos con carácter coactivo. Distingue entre normas de conducta o primarias y normas secundarias.

Las reglas primarias son las tradicionales normas que prescriben actos o conductas a los individuos. Son obligatorias, al respaldarse en la fuerza institucionalmente legitimada.

Por su parte, las reglas secundarias no se dirigen a lo que los individuos deben o no hacer. Su contenido se ocupa de las reglas primarias y frente a ellas cumplen diferentes funciones: a) las reglas de reconocimiento sirven para identificar las normas que forman parte de un sistema jurídico y las que no, lo que permite dar unidad al ordenamiento; b) las reglas de cambio fijan los procedimientos sobre cuya base se crean las reglas primarias, se modifican o derogan, pues ellas confieren potestades a ciertos órganos o autoridades del Estado para tales efectos; y c) las reglas de adjudicación o decisión dan competencia a ciertos individuos para establecer cuándo se infringe o no una regla primaria y determinan las responsabilidades que se desprenden de la trasgresión (véase Hart 2004).

un sentido de convivencia y de oportunidad que ha evolucionado con el tiempo, tanto en la sociedad como en el foro político. Los principios no se agotan sin embargo en los comportamientos observados en una sociedad por los jueces: suponen además el desarrollo de una argumentación que los justifique.

Los juristas apelan a los principios porque en el derecho positivo no siempre se encuentran soluciones claras a las situaciones que se presentan. Los principios se basan en un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral, cuyas consecuencias jurídicas no se encuentran predeterminadas de manera definitiva, como ocurre con las reglas positivas: operan como una argumentación encaminada en un cierto sentido de equidad. Así, los principios son relevantes, pues tienen una dimensión de peso o importancia relativa, que implica que frente al hecho u hechos que pretenden regular o solucionar, pueden o no aplicarse dependiendo el raciocinio del intérprete.

Los principios se ponderan y la decisión de aplicar un principio en lugar de otro no significa que el descartado desaparezca: quiere decir, simplemente, que es superado por aquel que, en las circunstancias concretas, tiene mayor fuerza. Esta naturaleza de la ponderación de los principios hace que ellos nunca determinen por completo el contenido de una decisión particular. Lo que pasa es que se prefiere el que sea moralmente más fuerte y ello implica la mejor argumentación jurídica posible.

Aunque son importantes estos antecedentes para situar la noción de los principios, el debate sobre ellos no se agotó en las críticas de Dworkin a la teoría hartiana del derecho. Un repaso a la actual teoría del derecho y a la jurisprudencia muestra que existen diversas nociones para referirse a la palabra *principios*. Se acude a varios sinónimos como *valores, fundamentos, criterios inspiradores, normas fundamentales, fines esenciales*, etcétera. Por los énfasis inmanentes que tienen tales vocablos, se puede sostener que los principios indican de alguna manera un *plus* de normatividad frente a las normas comunes o reglas de derecho, con las que comparten el ser la materia prima del sistema jurídico.

Una cuestión que debe decirse en este momento es que la mayoría de los principios se encuentran hoy formalizados y aparecen como normas explícitas, algunas de las cuales el mismo Constituyente o legislador acompaña con el *nomen iuris* de 'principios'. Es el caso del Título I de la CP, en el que se hace una enunciación general de principios fundamentales, entre los que se nombran el Estado social de derecho, la democracia participativa y pluralista, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular, la supremacía constitucional y otros.

Pero por otro lado, gracias a la interpretación de la Corte Constitucional en los últimos quince años, se han identificado algunos otros principios que aunque no aparecen en forma explícita en el texto de la Carta, son una derivación lógica de ella.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Para matizar la idea sobre el origen de los principios, una parte de la doctrina señala que estos surgen de tres necesidades del derecho objetivo: primera, abarcar la mayor parte de la realidad; segunda, lograr una compatibilidad o congruencia entre las normas, y, tercera, hacer que estas tiendan hacia los mismos fines; dicho de otra manera, los principios surgen de una fuente ontológica, otra lógica y una axiológica. Se reconoce con los principios, la insuficiencia de la ley y que el derecho no se agota en ella (véase Valencia 1993).

Visto así, en la concepción contemporánea de los principios se tiene que aceptar que al estar recogidos abiertamente en la Constitución, en la ley o en la jurisprudencia, aquellos poseen fuerza normativa y fuerza de precedente:

La recepción de los principios en el sistema ordinario de fuentes presenta dos consecuencias de interés: la primera, bastante obvia, es que aquí ya no tiene sentido la discusión acerca de la mayor o menor validez lógica del razonamiento que da vida al principio implícito; sencillamente el principio gozará de la fuerza que posea su fuente de reconocimiento. La segunda es que la disposición que resulte contraria a un principio general (implícito) tiende a presentarse como una excepción al mismo o, como dice Jori, esa norma se configura como el principio de sí misma. En cambio, un principio expreso, singularmente un principio constitucional, ostenta la fuerza propia del documento que lo consagra y, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción sino una infracción del mismo, lo que significa que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores (Bertegón y otros 1997, 340).

En consecuencia, si se sostiene que los principios expresos tienen la fuerza normativa de la fuente que los consagra, entonces, ¿cuáles son los rasgos definitorios de los principios?, ¿qué clase de normas son los principios? y ¿qué los diferencia de las simples reglas del derecho? Examinemos las alternativas que se han dado para su identificación.

### 2.1.7 Tres vías para reconocer los principios

La teoría del derecho ha seguido varias vías para reconocer de los principios. Ha postulado que son las normas fundamentales, o que son las normas más generales del ordenamiento jurídico o, sencillamente, que son normas de carácter vago. Detallemos esto.

En cuanto normas 'fundamentales', se ha indicado que se trata de normas que juegan un papel decisivo para la integración y la interpretación de un sector normativo o del conjunto del sistema jurídico; por lo mismo, de faltar el principio, se cambiaría el carácter de una institución o del orden jurídico. Al tenor de este énfasis, el principio se erigiría en "criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo" (Bertegón y otros 1997, 341); por ejemplo, piénsese que en la Constitución no puede existir ninguna norma que reconozca derechos, indique competencias o conceda prestaciones que no esté irradiada por el principio del Estado social de derecho.

En relación con el carácter de 'fundamental' que se le confiere a los principios, se debe decir que no es unívoco y conduce a diferentes concreciones de los mismos.

- Puede ocurrir que se entienda dicho carácter como jerarquía normativa, por lo cual todas las normas constitucionales, por ser superiores y prevalecientes (artículo 4, Constitución Política), encajarían en el concepto de principio (fundamentalidad jerárquica).
- Se puede entender que tal carácter está asociado con normas generales de las que se deducen lógicamente otras más específicas (fundamentalidad lógico-

deductiva). Es lo que sucede con el principio de la prevalencia del interés general (preámbulo constitucional), que se desdobra en preceptos particulares diversos.

- También se ha relacionado el carácter fundamental de los principios con normas que señalan un fin con respecto a otras normas de tipo instrumental, dictadas o por dictar (fundamentalidad teleológica); verbigracia, el principio del Estado social de derecho es fundamental porque irradia transversalmente el funcionamiento de todas las instituciones constitucionales.
- Finalmente, otros prefieren asimilar este rasgo fundamental de los principios con aquellas normas que expresan postulados de moralidad política o social (fundamentalidad axiológica); podría pensarse aquí en el principio de dignidad humana.

Parece muy complicada esa vía para identificar con nitidez los principios en un sistema jurídico. Esos cuatro sentidos de fundamentalidad son independientes entre sí, no tienen por qué coincidir y en algunos eventos pueden ser incluso antagónicos. Así que sostener que las normas de DESC son principios porque son normas fundamentales es aportar poco en la búsqueda de precisión conceptual sobre el tipo de normas que son estos derechos.

Una segunda vía para identificar los principios es la que intenta relacionarlos con las normas más generales y abstractas, como lo proponen, cada uno por su lado, Bobbio (1966) y Laporta (1985). Esta generalidad de los principios se expresaría tanto de los sujetos como de las acciones contempladas para ellos. Así que una norma es más general cuanto mayor sea el número de destinatarios potenciales de su contenido o de casos en que ella sea aplicable. Los profesores Atienza y Ruiz Manero han indicado que la generalidad no puede reducirse, empero, a un criterio cuantitativo de cobertura de las normas, sino que debe entenderse más como una propiedad que alude a la amplitud de los términos que designan el supuesto de hecho y al mayor o menor campo de aplicación de la consecuencia jurídica. Por ejemplo, una consecuencia jurídica que sea aplicable a todo acto ilícito es más general que la que se aplica a los delitos y ésta, a su vez, más general que la que rige sólo para un delito particular (Bertegón y otros 1997, 342).

Esta alternativa de la generalidad para reconocer principios constitucionales, en especial cuando alude a criterios de amplitud en la aplicación de una norma, bien podría servir para ubicar la mayor parte de las cláusulas contentivas de DESC como principios, pues si se repara en su redacción se tiende en ellas hacia una inclusión abstracta de toda la población. Por ejemplo dicen: "se reconoce a todas las personas el derecho a la recreación", "todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna", "el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia", "se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", "se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social", "la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado", etcétera.

Sin embargo, no puede despreciarse la crítica de Atienza y Manero acerca de que el criterio de la generalidad no consiste en una mera cuestión de cobertura de las normas, sino que, más bien, toca un problema de amplitud en la aplicabilidad de sus

conceptos y de sus consecuencias. Si se acepta esto, no se ve cómo las normas de los DESC puedan ser principios constitucionales cuando, aunque generales en los términos de su redacción, tratan de objetos, garantías o beneficios sociales específicos –no abstractos– y en pocas de ellas se reconocen consecuencias jurídicas extrapolables a otras situaciones de la vida social. Mejor dicho, son normas de cobertura general pero no generalizables como los principios.

La tercera vía para identificar los principios enfatiza en que estos consisten en normas que se han escrito en términos vagos o con una acentuada indeterminación; algunos doctrinantes consideran que este carácter no es exclusivo de los principios sino que es un problema estructural del lenguaje jurídico como tal.

### 2.1.8 Reglas y principios: indicadores de sus diferencias

Dejemos de lado el tema de las características de las normas sobre principios en las que es difícil enmarcar las cláusulas de DESC y pasemos a explorar ciertos rasgos indicativos que sirvan para trazar diferencias entre reglas y principios.

Autores como Alexy y Dworkin han entregado ideas para hacer esa diferenciación. Según Dworkin, las reglas se reconocen porque en el momento de su aplicación, el operador jurídico se enfrenta a una disyuntiva clara: sus preceptos son cumplidos o son incumplidos. Así es, sencillamente; es decir, las reglas funcionan según una lógica de todo o nada, lo que hace que cuando dos reglas entren en contradicción se apliquen unos criterios de prioridad<sup>11</sup>, sobre cuya base una regla termina expulsando virtualmente del mundo jurídico a la contraria.

Los principios son para Alexy “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización”<sup>12</sup>. En caso de colisión entre dos principios, la solución no se encuentra en criterios de supremacía legislativa sino en el método de la ponderación a través del cual se sopesa en forma razonable y argumentada cuál de ellos es aplicable al caso discutido o en qué proporción, pues de hecho se acepta la cohabitación entre principios.

Sobre la base de este concepto de los principios, es que se ha intentado justificar que los DESC son mandatos de optimización, pues el mismo Pacto Internacional que

<sup>11</sup> El artículo 5º de la ley 57 de 1887 señala estos criterios para los jueces de la siguiente manera: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

“Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. 2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirán la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

<sup>12</sup> Robert Alexy, *Derechos y razón práctica*, página 14. Citado en Dueñas (2000, 24).

los consagra indica que son derechos de realización progresiva, reducción que además de ser simplista es errónea en la medida que hace una desatinada utilización de la idea de progresividad como tendremos oportunidad de demostrar posteriormente.

En cuanto al contenido de las prescripciones que encierran las reglas y los principios, Alexy ha encontrado estas diferencias:

Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como "mandatos definitivos". Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales son normas que ordenan que algo deba hacerse en la mayor medida fáctica y jurídica posible<sup>13</sup>.

Dworkin coincide en el fondo con esta concepción de una separación estricta entre principios y reglas. Ya observamos que es él quien señala que las reglas son aplicables según la disyuntiva de *all-or-nothing* (todo o nada), de manera que la validez de estas normas reside en su aceptabilidad inmediata pues aportan –como anota Alexy– "razones suficientes" o perentorias que permiten resolver el caso sin más consideraciones. En tanto los principios se conciben como normas que aportan "razones para decidir" y no consecuencias jurídicas predeterminadas, se basan así en razones no concluyentes que necesitan ser ponderadas con otras razones.

A partir de estos criterios de distinción, Atienza y Ruiz Manero han podido concluir que mientras las reglas configuran el caso *sub judice* de forma cerrada y finita, los principios son cláusulas abiertas cuyas soluciones no se encuentran especificadas en forma taxativa (Atienza y Ruiz 1996, 108). Esto conlleva a una diferencia funcional, si las reglas le dan razones suficientes al interprete (del tipo si "A" luego "B") éste no puede más que aplicar la solución prevista en ellas quedándole vedado deliberar acerca de otra mejor solución posible. No ocurre lo mismo con los principios que aportan, como hemos dicho, razones de primer orden (*prima facie*) para orientar la decisión en determinado sentido pero a sabiendas que pueden encontrarse otras razones que indiquen la solución en otro sentido distinto, por lo cual el órgano jurisdiccional se ve abocado a sopesar las soluciones posibles ponderándolas entre sí según un juicio de razonabilidad, en el cual el papel de la argumentación es fundamental.

¿Cuándo se aplican las reglas y cuándo los principios? Con base en las teorías comentadas puede responderse que las reglas se aplican a "casos fáciles" en los que basta hacer un ejercicio de subsunción o silogística, o sea, una confrontación de los hechos del caso concreto con el supuesto o hipótesis normativa contenida en la regla de derecho, para de ahí derivar las consecuencia jurídicas correspondientes, establecidas *a priori*. De presentarse conflicto entre dos normas que poseen aptitud para solucionar un caso, los operadores jurídicos proceden, como ya advertimos, acorde con los criterios de prevalencia interpretativa dados por el orden legal que terminan invalidando o anulando a una de ellas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Robert Alexy, *Derechos y razón práctica*, página 14. Citado en Dueñas (2000, 27).

<sup>14</sup> Alexy explica que cuando una norma se impone sobre la otra, lo que ocurre es una relación de "precedencia absoluta o incondicionada".

Los principios son aplicables frente a situaciones que por su complejidad jurídica, política o moral no aceptan reglas de derecho utilizables en forma directa o definitiva, pues como “casos difíciles” permiten la concurrencia de diversas alternativas de solución, todas con un grado de validez significativo para el sistema jurídico, que al entrar en colisión exigen del intérprete ponderación. Este ejercicio de la ponderación es un hecho relevante del constitucionalismo de postguerra que dio entrada a un amplio espectro de principios y derechos fundamentales (Landa 2002, 116), tendencialmente contradictorios:

La conservación íntegra de la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución (Bertegón y otros 1997, 356).

El hecho más paradigmático de conflicto entre principios se da cuando entran en oposición derechos fundamentales. Ante esta colisión el juez tiene un papel preponderante en el marco de la constitución, pues debe a proferir una decisión que de preferencia sólo en el caso concreto a uno u otro principio enfrentado, pero ello lo aboca a realizar una importante justificación racional; justificación que entre otras cosas puede conducir a cualquier resultado con el único límite de la irracionalidad (Landa 2002a, 116). Para Alexy este tipo de conflictos se resuelven según una “relación de precedencia condicionada” a la que se llega ponderando en el caso *sub examine*, cuál principio tiene mayor “peso” o importancia relativa, lo que no significa que uno se anule o se declare inválido como puede ocurrir en situaciones de conflicto entre reglas; cuando un principio colisiona con otro, el juez no juzga sobre la validez de los mismos pues, de alguna forma, no puede dejar de aplicar ninguno de los dos en vista de lo cual los sopesa o los pondera, prefiriendo a uno en la causa específica que resuelve.

Señalaremos ahora algunas críticas que se hacen a estas distinciones cualitativas entre principios y reglas, que para algunos tratadistas resultan realmente artificiosas, mostrando al mismo tiempo la inconveniencia de mantener una división estricta de ambas categorías a la hora de analizar a los derechos sociales.

Bertegón y otros han hecho notar que las citadas diferencias entre estos dos tipos de normas se han planteado primero en un plano estructural (o referido a la forma de los enunciados) y luego en un plano interpretativo, basado en los modelos de argumentación. En ambos planos las diferencias encontradas poseen una alta relatividad, veamos.

En el plano estructural la categoría de los principios se ha introducido para identificar normas “fragmentarias” o “incompletas”, bien en el supuesto de hecho (principios como normas abiertas), bien en la consecuencia jurídica (principios como mandatos de optimización), dándose por descontado que en las reglas de derecho se presenten indeterminaciones tan evidentes que no puedan aplicarse sus soluciones de manera cierta. No obstante, es discutible que se trace una frontera tan nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos la incompletud de las normas y/o la textura abierta obligan una firmeza interpretativa semejante para precisar su campo de aplicación. De admitirse la diferencia en este plano, entonces habría que suponer que el nivel de penumbra en los princi-

pios es más acentuado y en consecuencia, mayor el protagonismo concedido al juez en su labor hermenéutica al punto que supondría una suerte de delegación constitucional o legal, al admitirse implícitamente que él cree la premisa mayor de su razonamiento (Bertegón y otros 1997, 355).

Especialmente paradójico resulta esta cuestión de la indeterminación normativa y del papel activo del juez en los principios considerados “mandatos de optimización”<sup>15</sup>, en los cuales la incompletud o fragmentación recae sobre la consecuencia jurídica. Lo que sigue es esencial en nuestra idea de argumentar a favor de la fundamentalidad de los DESC y de descartar su percepción como mandatos de optimización.

Según lo visto sobre las características inmanentes de las reglas y de los principios, existe una diferencia que resalta entre estos tipos de normas:

(...) unas normas, las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual. Ello es así porque estos últimos establecen simplemente la obligación de emplear ciertos medios para conseguir determinado fin, pero sin imponer ni qué tipo ni qué cantidad de medios deban usarse, ni tampoco cuál es el grado mínimo de consecución del fin. Sin embargo, esta forma de entender los principios resulta algo sorprendente y paradójica frente a la anterior, pues supone que, a la postre, los principios volverían a ser, como antaño, las normas “menos” obligatorias, dado que toleran una diversidad de conductas, y también las más inaccesibles para el juez. Dicho trivialmente, los principios marcarían las fronteras (o una de las fronteras) de la inmunidad de la política frente al Derecho, lo cual es casi contraintuitivo en una cultura jurídica que tiende a ver en los principios las mejores defensas y argumentos a favor de los derechos frente al poder (Bertegón y otros 1997, 355).

El acertado análisis que presenta esta cita explica exactamente por qué la ideología liberal ha intentado encajar a los DESC en la categoría de mandatos de optimización pues con ello se funcionalizan los derechos a las condiciones de la economía neoclásica, en cuyas prioridades no aparece –como puede suponerse– un Estado que garantice los derechos sociales en forma efectiva. Por lo expuesto, de manera temporal, optamos por defender, en primera instancia, la idea de que las normas que sirven de receptáculo a los DESC son simple y llanamente reglas jurídicas en el más amplio sentido del término, con ello cerramos una de las válvulas de escape a través de las cuales el (neo) liberalismo ha evadido la responsabilidad con el cumplimiento de los derechos sociales al sostener que son derechos que se van realizando hacia el futuro, pero siempre en un futuro incierto.

<sup>15</sup> En la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, las normas constitucionales aparecen con la estructura normativa de principios. Estas normas incluyen fines que se estiman deseables para los individuos y por ello implican que sus contenidos sean realizados en la mayor medida posible que lo permitan las condiciones fácticas y jurídicas, por ello son mandatos de optimización. Siendo los principios normas que se caracterizan por no poseer un sentido exacto, su sentido se determina en el momento de su desarrollo legislativo o en el momento de las decisiones judiciales, especialmente cuando no existe decisión previa sobre ellos. A diferencia de los principios, las reglas contienen mandatos definitivos, concluyentes o exactos, por lo cual son las herramientas básicas de la labor legislativa. De suerte que los derechos fundamentales que se expresan como reglas poseen mayor certeza y vinculatoriedad.

Las críticas que se hacen al plano de distinción interpretativo entre reglas y principios se pueden sintetizar diciendo que no es muy convincente la tesis de la existencia de un tipo “normas especiales” que al entrar en oposición sólo pueda resolverse su contradicción por vía de la ponderación. De hecho si todo el lenguaje jurídico presenta la dificultad de la textura abierta, entonces es fácil concluir que en cualquier enfrentamiento entre normas lo que hace el intérprete para hallar la solución es, en estricto sentido, ponderar. Esto es más cierto cuando se reconoce que si detrás de toda norma yace un principio, entonces siempre está al alcance del juez transformar el conflicto de reglas en colisión de principios, aplicando en los fallos el método de la ponderación, con lo cual la figura del juez Hércules de Dworkin<sup>16</sup> no es tan hipotética y con ello los jueces se convierten en verdaderos “señores del derecho”.

Otra crítica a la cuestión de interpretación de las reglas tal como la han propuesto Alexy y Dworkin proviene de Aarnio (2000, 593–602), para quien el criterio de “todo o nada” atribuido a las reglas con base en el cual se resuelve la contradicción normativa invalidando una de las reglas enfrentadas, es impreciso y muestra sólo la parte final del proceso hermenéutico. Antes de la interpretación las normas enfrentadas son igualmente válidas y pueden ocurrir circunstancias en las cuales aún luego de la interpretación, las reglas concurrentes sigan conservando su validez; esto pasa en los casos en los cuales prima la norma especial sobre la general y que son indicativos que las reglas de derecho no son tan inflexibles como se las ha caracterizado.

¿Vale mantener entonces la distinción entre reglas y principios? Sin pretender cerrar la discusión afirmamos que es bueno mantener la diferencia entre las normas que “ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder en forma definitiva” y los principios, pero entendidos éstos sólo en dos sentidos básicos: uno, dirigido a identificar aquellas normas generales de la Constitución que señalan fines o valores al orden jurídico y que deben irrigar toda actuación de las autoridades y de los particulares y, otro, dirigido a reconocer los derechos constitucionales en una perspectiva integral, o sea, todos los derechos humanos consagrados en la Constitución<sup>17</sup>, que como derechos

<sup>16</sup> En la idea de Dworkin de analizar cómo operan los jueces cuando se enfrentan a “casos difíciles”, con un sentido didáctico, trabaja unas parábolas para ilustrar la “discrecionalidad controlada” que utilizan en sus razonamientos, entre ellas se encuentra la parábola del juez Hércules. Según Dworkin, Hércules es un juez imaginario que acepta el derecho como integralidad a la manera de una “novela en cadena” que él debe proseguir como un eslabón más. El autor enfrenta a su súper-juez a una serie de casos difíciles extraídos de la jurisprudencia norteamericana (sobre responsabilidad por daños, racismo, discriminación, objeción de conciencia, desobediencia civil y aborto) que él debe interpretar siguiendo el método del encadenamiento y con base en los criterios de moralidad política vigentes que son parte integral del derecho. El juez Hércules examina los derechos en oposición entendiéndolos existentes al surgimiento del conflicto y luego a partir de sus propias convicciones políticas o de las convicciones del público, fija los derechos de las partes. Para fijar esos derechos el juez se apoya en los valores o principios de moral política y no al contrario, o sea, no apela a estos valores cuando ya ha decidido los derechos. Se deja guiar así por un sentido de integralidad constitucional que supone que él va a aplicar la mejor interpretación posible del texto, ayudado para ello en los principios políticos inherentes al ordenamiento jurídico, especialmente en aquellos derivados de las ideas de justicia e imparcialidad.

<sup>17</sup> En la Constitución colombiana, que es anterior a la postulación del principio de integralidad de los derechos humanos proclamado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena

fundamentales suponen una vinculación inmediata, directa y cierta de las instituciones en su realización.

Son desatinadas así todas las denominaciones de los principios que refuerzan la idea de indeterminación jurídica de las normas constitucionales, en especial cuando tales calificaciones recaen sobre los DESC, verbigracia, los conceptos de mandatos de optimización o fines programáticos, entre otros. En este sentido, decimos de manera enfática que los derechos son derechos o simplemente no lo son, pues no pueden ser plausibles en un marco de derecho constitucional garantista aquellas consideraciones que llevan a creer que las personas tenemos "derechos a medias", o derechos de realización progresiva o derechos de configuración débil como se ha pretendido equiparar a los DESC.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico debemos concebir entonces que las normas contentivas de los DESC son reglas en estricto sentido (según las definiciones que se han desarrollado) o son principios inclusivos de derechos fundamentales, pues consideramos que entre ambas categorías no existen diferencias sustanciales. Sean reglas o principios llevan implícito el sello de lo que podríamos denominar vinculatoriedad inexcusable. Como proposiciones lingüísticas atacadas por la ambigüedad de las palabras, ambas categorías –reglas y principios de derechos fundamentales– dan lugar a interpretaciones diversas, de mayor o menor profundidad según sea su claridad descriptiva, y cuando entren en contradicción pueden resolverse sus controversias apelando a métodos como el de la ponderación.

---

(1993), aparecen organizados los derechos según la clásica división en tres generaciones: en el Capítulo I del Título II se consagran los derechos fundamentales, básicamente civiles y políticos (artículos 11 a 41); en el Capítulo II del Título II se consagran los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 42 a 77) y, en el Capítulo III del mismo título se incluyen los derechos colectivos y del ambiente (artículos 78 a 94).

Sobre la base de esta clasificación, se ha dado el debate jurisprudencial interno sobre cuáles son los derechos fundamentales que deben ampararse mediante acción de tutela. Una posición restrictiva de carácter exegético o lógico-sistemático defiende que los derechos fundamentales tutelables sólo son lo que se incluyen en el capítulo I del Título II y en el artículo 44 (argumento a rúbrica). Con ello se reduce demasiado el espacio protector de la acción de tutela a los derechos individuales (con excepción del derecho al trabajo y a la paz). Otra vertiente aún más limitativa estima que los derechos tutelables son exclusivamente los de aplicación directa o inmediata listados en el artículo 85 de la Constitución Política, que refuerza la idea de amparar sólo los derechos individuales, sin incluir ningún derecho social o colectivo.

La Corte Constitucional ha desestimado en sus fallos esta posición restrictiva de los derechos fundamentales con base en tres argumentos principales: un argumento histórico que explica que no fue voluntad del constituyente de 1991 clasificar los derechos en la forma como aparece en el texto constitucional pues en varias discusiones la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) optó por una lista abierta para los derechos tutelables y fundamentales. Un argumento lógico-sistemático que indica que la denominación con que aparecen los capítulos constitucionales referidos a los derechos carece de fuerza vinculante, pues dicha clasificación fue obra de la comisión codificadora que actuó discrecionalmente y no sometió tal organización a la aprobación de la ANC. Y un argumento de falta de consistencia técnica en la clasificación pues mezcla derechos de diferentes tipologías: en Capítulo I incluyó los derechos al trabajo y a la paz, y en el Capítulo II relativo a los derechos sociales situó derechos tutelables como la igualdad de género (artículo 43) o la libertad de expresión de los niños (artículo 44).

Por lo mismo, no cabe establecer distinciones entre los derechos fundamentales constitucionales: unos como un “núcleo duro de derechos” necesarios y otros como un conjunto de derechos no necesarios que eventualmente pueden violarse, aplazarse o desconocerse. Sólo es posible percibir todos los derechos como principios superiores del orden jurídico, que deben cumplirse a la manera de reglas “todo o nada”<sup>18</sup>.

Lo precedente nos vuelve a enfrentar con el tema de los medios de realización de los derechos sociales que en las doctrinas liberales es la cuestión de mayor preocupación. Reitero, esta vez apoyado en los juicios del profesor Rubio Llorente, que las diferencias reconocidas entre los derechos basadas en las probabilidades de su realización no son jurídicas (Rubio 2001, 69) y, por ende, no se puede sostener concluyentemente que los DESC debido a las exigencias materiales que reclaman para su concreción, tienen una condición de menor peso legal respecto a los derechos civiles y políticos. Es indispensable separar la discusión sobre la fundamentalidad de los DESC que es un debate estrictamente jurídico, de aquella discusión sobre los medios para su materialización que es un tema para dirimir en el campo político y en el campo de la técnica económica. De tal suerte que la disciplina jurídica no puede renunciar a decir cuáles son los derechos de las personas y delegar esta tarea en la economía pues esto significaría nada menos que dimitir a su estatuto epistémico. Si es finalmente la economía quien decide qué son y cuáles son los derechos, entonces ¿para qué la ciencia jurídica?

Para terminar la respuesta a la inquietud formulada más arriba sobre si vale la pena distinguir entre reglas y principios, es perfecta esta afirmación del profesor Óscar Dueñas:

Por pedagogía se debe orientar que en lo posible se deben conjugar reglas y principios y, obviamente, si los principios son constitucionales y entran en contradicción con las reglas, se aplican los principios, entre otras razones por la primacía de la norma constitucional (Dueñas 2000, 25).

En suma, las reglas son normas que incluyen órdenes, facultades y procedimientos, mientras que los principios estarían representados sólo por aquellas normas inclusivas de derechos humanos integrales y de valores superiores del ordenamiento jurídico. La opinión del doctor Dueñas ayuda a desatar una aparente contradicción

<sup>18</sup> Resulta no obstante acertado lo que han señalado algunos tratadistas sobre que las reglas no son las únicas estructuras normativas que garantizan justiciabilidad en los derechos, pues si así lo fuera, entonces no habría progresividad. Si bien la idea de las reglas remite a que los únicos derechos justiciables (derechos de verdad) son los universalizables, cabe la posibilidad intermedia de percibir a la progresividad de los DESC no como una declinación de los mismos sino como un mandato para que éstos sean universalizables y, por ende, la justiciabilidad sería un medio para controlar su cumplimiento en sentido general: “Así cuando el Pacto Internacional de DESC consagra el derecho a una vivienda digna, tiene en cuenta que si un Estado es pobre no puede garantizárselo inmediatamente a la población. Pero de la respectiva disposición del Pacto se derivan obligaciones que pueden ser, de una manera u otra, controlables judicialmente. Obligaciones como asignar el máximo de los recursos disponibles a la construcción y financiación de vivienda a quienes carecen de ella, dotarse de nuevos recursos mediante políticas tributarias, etcétera. Vincular la justiciabilidad a la posibilidad de universalizar inmediatamente un derecho es algo que limita demasiado su radio de acción” (De Roux y Ramírez 2004b, 26).

hermenéutica que puede aparecer en nuestra propuesta de delimitar la comprensión de los principios a aquellas normas constitucionales de contenido axiológico–teleológico y a las que receptan derechos fundamentales entendidos en su integralidad. De estas últimas normas, o sea, de las consagran derechos en su más amplio espectro, hemos sugerido que se comportan como reglas jurídicas de contenido taxativo o definitivo, pues los derechos, a nuestro entender, se tienen o no se tienen, se consagran de manera plena por el ordenamiento o, sencillamente, no existen jurídicamente.

Pues bien, la contradicción consiste en lo siguiente: sabemos que al momento de colisionar dos principios, el juez no puede, dado su valor intrínseco, dejar de aplicarlos a ambos y decide, por medio de la ponderación, hacer que prevalezca uno sobre otro, en el caso concreto, sin cuestionar su validez, como sí sucede en el caso de las reglas; pero al mismo tiempo, decimos que los principios constitucionales contentivos de derechos fundamentales deben percibirse como reglas. De ese modo, estaríamos aceptando, en el fondo, que los derechos fundamentales pueden anularse o invalidarse cuando se escoja uno en lugar de otro.

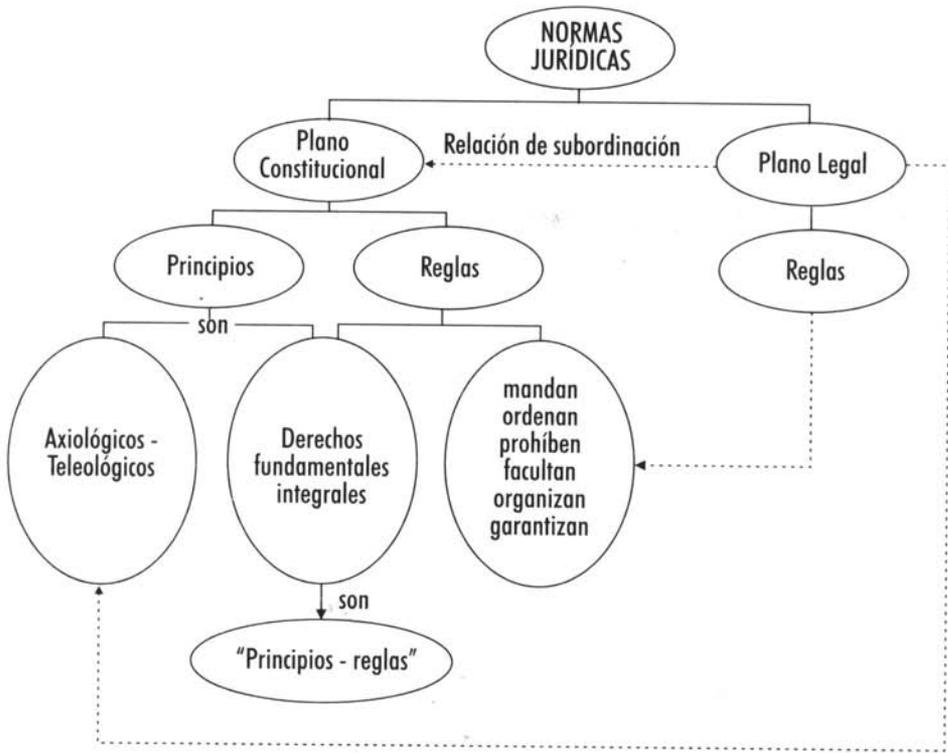
Para aclarar este contrasentido, debo sostener que la afirmación “los derechos se tienen o no se tienen”, que intento asimilar al criterio “todo o nada” que se le atribuye a las reglas jurídicas, tiene como único propósito evitar la relativización que hace la doctrina liberal con algunos derechos, en particular con los DESC. Esto ocurre cuando los convierte en principios, valores o directrices políticas o morales que terminan siendo normas de realización incierta y no vinculantes. Por ello, este esfuerzo por argumentar en la perspectiva de que todos los principios constitucionales inclusivos de derechos son mandatos definitivos y no “mandatos a medias” o mandatos diferidos o progresivos. Los principios de derechos fundamentales (que incluyen a todos los derechos) son reglas en estricto sentido y el hecho que se prefiera a uno en un caso concreto, no cuestiona la validez ni significa la anulación de los otros principios implicados, sólo que sopesando las circunstancias específicas del caso examinado por el juez, la razón razonable dicta que debe prevalecer uno sobre los otros.

En conclusión, ¿la colisión entre principios de derechos fundamentales se resuelve invalidando un principio a favor de otro, como sucede en la contradicción de las simples reglas? La respuesta es no. La ponderación entre “principios-reglas”, como pienso se deben denominar las normas constitucionales que declaran derechos fundamentales integrales, mantiene el mismo carácter de prevalencia condicionada al caso concreto que señaló Alexy, como la vía para resolver las colisiones entre principios; en otras palabras, el principio escogido tiene mayor peso específico en un momento dado porque es el que mejor tutela las garantías constitucionales y la dignidad de la persona, sin que ello implique un desconocimiento de los otros principios.

Propongo ahora un esquema para aclarar la posición expresada (esquema 5). Con él se pretende simplificar el inextricable conjunto de categorías creadas para situar los DESC.

Así, pues, de lo expuesto con anterioridad se puede concluir, en relación con el tipo de normas que son los DESC, que los derechos sociales se incluyen en las normas jurídicas del tipo “principios–reglas”, en las que se observan tres rasgos distintivos:

Esquema 5



- Son normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, por lo cual la división en tres generaciones que se adoptó en la Constitución de 1991 para consagrar a los derechos, no es conforme con el principio de la integralidad que es base del derecho internacional de los derechos humanos, ni refleja la voluntad del Constituyente, que jamás aprobó tal clasificación.
- Son normas que prescriben mandatos definitivos para el Estado y para los particulares.
- Son normas cuyas colisiones se resuelven por el método de la ponderación a través del cual se decide por el operador jurídico la preferencia de una norma sobre otra u otras, condicionadas a la valoración razonable de las circunstancias concretas del caso *sub examine*.

La noción de "principios-reglas" demuestra que todas las normas sobre derechos fundamentales, entre ellas, reitero, las que contienen a los DESC, son mandatos definitivos. Lo que distingue las normas que llamamos "principios-reglas" de las simples reglas es que el contenido de estas no incluye mandatos sobre derechos funda-

mentales. Pero, en la práctica, ambas categorías normativas, “principios-reglas” y simples reglas de derecho, funcionan exactamente de la misma manera: dan órdenes definitivas.

De ahí nuestra insistencia en decir que las normas sobre derechos son aplicables de manera concluyente. Hemos dado un primer paso para aclarar la naturaleza normativa de los DESC como mandatos definitivos. Corresponde ahora defender el postulado de que los derechos “se tienen o no se tienen”. Esto para demostrar que los DESC son plenos derechos. Tal es el propósito del siguiente acápite.

## 2.2 ¿Qué clase de derechos son los DESC?

Igual que con el análisis sobre el tipo de normas que son los DESC, la pregunta sobre el tipo de derechos que ellos representan nos remite a un terreno pantanoso, en el cual es determinante ubicar los mojones sobre los cuales hemos de precisar su naturaleza más allá de los conceptos instalados por las teorías dominantes, que aunque en ciertos casos pueden ser útiles al efecto explicativo en muchas otras ocasiones resultan francamente artificiosos y desligados de la realidad.

Ya se advirtió en el análisis de las normas jurídicas que enmarcan a los DESC que la ardua labor de clasificación emprendida por los juristas terminó sembrado la teoría sobre estos derechos de complejidades innecesarias. En el tema sobre la naturaleza de lo que son o no son los DESC en cuanto derechos, también se encuentran sinuosidades difíciles de aprehender y que colaboran poco para determinar su *ontos* jurídico.

Tiene razón Mark Tushnet en sus críticas a la teoría liberal de los derechos en el medio estadounidense, pero extensibles a otros contextos conceptuales y políticos (Tushnet 2001, 113 y siguientes). Él señala que el discurso sobre los derechos no sólo es abstracto sino que además obedece a la lógica impuesta por quienes dominan. El sociólogo agrupa las objeciones al discurso de los derechos en cuatro críticas:

- Crítica a la inestabilidad: la teorización en abstracto de los derechos trae como consecuencia su vaguedad e indeterminación; son dudosos los conceptos con pretensión de universalidad que se construyen sobre los derechos pues la existencia o no de estos depende del contexto social concreto. Así, mientras que en sociedades altamente desarrolladas y con niveles óptimos de bienestar, puede resultar superfluo una teoría sobre los derechos sociales, no ocurre igual en sociedades donde la gente vive en el umbral de la pobreza o por debajo de él. El peligro de “inestabilidad” de los derechos es que estos pueden parecer superfluos en donde definitivamente son necesarios.
- Crítica a la indeterminación técnica y funcional de los derechos: el lenguaje difuso o abierto de los derechos aporta poco a las luchas políticas. De un lado, su indeterminación técnica hace que al depender los derechos de un juego de equilibrios sociales, no se tenga certeza sobre ellos pues, por lo general, cuando los tribunales de justicia resuelven casos sobre derechos no consideran la totalidad de los intereses involucrados, sino que asignan valores positivos o negativos a las partes en antagonismo, optando por un interés determinado pero en cuya elección median las propias expectativas de los jueces que, en no pocas ocasio-

nes, se alinean con las expectativas de los poderosos. En la indeterminación funcional los derechos se ven limitados por las condiciones o estructuras del contexto social, por lo mismo, lo previsible es que los jueces no adopten medidas que impliquen altos impactos sociales, tributarios, económicos etcétera, debido a esto es recomendable que las luchas sociales no tengan a los derechos como su fin sino que se guíen hacia los cambios sociales.

- Crítica a la reificación: en el discurso de los derechos se tiende a confundir la realidad con los conceptos que se construyen sobre ella (cosificación), esto es particularmente fuerte en el campo jurídico en donde es fácil confundir la forma con el contenido y en la práctica legal lo sustancial sucumbe ante la fuerza dada a los conceptos y procedimientos. Esta yuxtaposición de los derechos sobre la experiencia de la acción política directa crea un efecto ilusorio de transformación.
- Crítica a la utilidad política del discurso de los derechos: la idea de los derechos desalienta el quehacer político entre otras razones porque cambia los medios a través de los cuales se persiguen ciertos fines sociales cuando aparecen otros que aparentan ser más idóneos. Así por ejemplo, la lucha sindical por mejoras laborales puede ser reemplazada fácilmente por el lobby legislativo o por la interposición de recursos judiciales. Adicionalmente la dimensión política pierde fuerza ante las barreras culturales que impiden el arraigo de algunos derechos, verbi-gracia, en el contexto estadounidense donde la noción preponderante de los derechos está asociada a la esfera privada de las libertades contra el Estado, no tiene mucho porvenir plantear una lucha social por la prevalencia de lo público.

Si bien los derechos humanos han sido una de las construcciones y consensos de la modernidad, no está muy claro si en este consenso caben todos los derechos o sólo algunas categorías (De Sousa 2001, 169 y siguientes). Esto es una cuestión central para saber si el discurso de los derechos es un discurso de inclusión –en el caso que se acepte que tanto los derechos individuales, como los sociales y colectivos tienen el mismo grado de importancia– o de exclusión –en el evento de que sólo se conceda *status* de derechos a los derechos individuales.

Boaventura de Sousa ha insistido en la importancia de des-esencializar los derechos enunciados por la tradición liberal. Aunque los derechos liberales son el atributo de las luchas sociales contra las formas arbitrarias de poder y en defensa de la garantía de las libertades individuales, su idealización los ha convertido en fuente de legitimación del poder estatal y en conceptos de gran abstracción. El formalismo monista que entiende como fuente exclusiva de producción jurídica al poder del Estado presenta un primer límite y es que al confinarlos al derecho estatal, se limitó “su impacto democratizador”, pues se dejó sin base a otros derechos no-estatales expresión del pluralismo jurídico que caracteriza a las sociedades complejas de la actualidad, o son expresión emergente de las luchas sociales por la diversidad en su más amplio sentido.

Boaventura de Sousa hace otra crítica al discurso moderno de los derechos, con respecto a la limitación que impone la consagración positiva de derechos. El énfasis técnico-formal que se ha dado a los derechos humanos termina sacrificando en el altar de la abstracción legal la cuestión sustancial referida a su aplicación real. En el contexto

político-institucional de la etapa capitalista de la globalización neoliberal, la contradicción entre reconocimiento y efectividad de los derechos humanos se ha vuelto prácticamente irreconciliable, por lo cual es necesario re-descubrir la dimensión utópica y emancipadora de los derechos.

Teniendo en cuenta estas precauciones sobre el discurso de los derechos, pasaremos a revisar algunas categorías dominantes para explicar a los DESC, no sin antes indicar que muchas de ellas sólo pueden ser entendidas en sus contextos originales, aunque como sucede en muchos ámbitos de nuestra realidad, algunos conceptos externos han sido adaptados o impuestos mecánicamente al análisis del contexto propio, en una clara práctica de reificación jurídica.

Parte de las categorizaciones que se han encontrado de los DESC en tanto derechos ya se han mencionado previamente, por ello sólo recabaremos en algunas que consideramos relevantes para dar una idea del mapa de concepciones que los rondan. No pretendo hacer una revisión exhaustiva de la bibliografía que se encuentra sobre este tema sino ubicar simplemente tendencias teóricas generales.

### 2.2.1 DESC como derechos económicos y prestacionales

Un rasgo general que se les ha dado a los DESC es el de ser derechos de contenido económico que buscan el reconocimiento de prerrogativas o prestaciones materiales (bienes y servicios) a individuos y grupos sociales<sup>19</sup>, para librarlos de las limitaciones o desventajas originadas en las dinámicas productivas y de la estructura de clases. Por lo mismo hay quienes han visto en estos derechos las garantías básicas en lo que atañe a la posesión, producción, administración y distribución de bienes<sup>20</sup>.

Una tesis que ha hecho carrera en esta concepción de los DESC es que éstos son “derechos de crédito” de los individuos frente a la sociedad y frente al Estado. Como derechos de crédito facultan a toda ciudadana o ciudadano, en situación de limitación socio-económica (en desempleo, enfermedad, en situación calamitosa, etcétera) a exigir una acción positiva o una prestación de servicios a su favor por parte del Estado, o incluso de los particulares, que en otras circunstancias como cuando actúan de empleadores, son los responsables en primera instancia de respetar los derechos relativos a las condiciones de trabajo, *inter alia* al salario mínimo, a la jornada legal, a las libertades sindicales, a la seguridad industrial y a los pagos correspondientes al sistema de seguridad social.

En palabras de Gregorio Peces-Barba,

Los derechos económicos, sociales y culturales establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de

<sup>19</sup> Se ha hablado así de ser derechos de los trabajadores (Pérez 1993, 192), o derechos cuya titularidad corresponde a colectivos afectados por la exclusión socio-económica (Burdeau 1972, 18). Un análisis amplio al respecto puede observarse en De Castro (1993, 25 y siguientes) También en González (2002, 164 y siguientes) y Prieto (1990, 136).

<sup>20</sup> De Castro (1993, 26) ubica en esta perspectiva a Todoli (1987, 32) y a Burdeau (1972, 370).

otros particulares. Se les suele considerar como derechos de crédito, a otorgar a los titulares un título para exigir esa prestación de quien resulte obligado. La justificación de la intervención se basa en la convicción de que resuelve una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quien se encuentre en esa situación (199, 60).

Se ha entendido entonces por algún sector de la doctrina que los titulares de los derechos sociales son esencialmente grupos sociales sin propiedad o que la tienen de forma restringida, en este sentido serían derechos de las clases obreras o de colectividades humanas en situación de exclusión socioeconómica o de vulnerabilidad. Esta posición ha sido criticada, primero, por no tener en cuenta que la satisfacción de los DESC debe ser garantizada a toda persona, independientemente de su condición social<sup>21</sup> y, dos, porque desconoce que hay derechos sociales que jurídicamente se comportan de manera similar a los derechos clásicos de libertad lo que supone su universalidad y debilita la tesis de la especificidad de los derechos sociales para ciertos titulares. Lo mismo pueden encontrarse derechos de libertad que fungen como derechos de crédito pues reclaman de prestaciones positivas de parte del Estado, por ejemplo, el programa de defensoría pública mediante el cual el Estado garantiza el derecho de defensa y del debido proceso a las personas implicadas en asuntos penales. En suma, se cuestiona a esta concepción por ignorar el carácter de universalidad de los DESC y por reducir estos

<sup>21</sup> Se sostiene sobre la titularidad de los derechos que al ser incorporados en las modernas constituciones se convirtieron en derechos de todas las ciudadanas y ciudadanos. Dos problemas lógicos surgen de esta universalidad: el primero es que si bien es indiscutible que existen derechos sociales con este carácter general como el derecho a la salud, al acceso a los bienes culturales, a la libertad de asociación o el disfrute de un medio ambiente sano, otros sólo son realizables en realidad para quienes carecen efectivamente de la prestación de que tratan, como la vivienda, el trabajo y a la seguridad social. El segundo contrasentido que se ha encontrado es que si la titularidad de los derechos se extiende a todos los ciudadanos(as) por la simple razón de poseer tal condición, las desigualdades sociales se mantendrían inmodificables cuando estos derechos históricamente surgieron fue para removerlas o reducirlas. Véase González (2002, 164).

En otra perspectiva es claro que el universalismo de los DESC no puede defenderse al punto de pretender hacer tabula rasa tanto de sus definiciones como en sus contenidos. Estos derechos tienen comprensiones étnicas, culturales e identitarias específicas que deben tenerse en cuenta al momento de reclamarlos y de hacerlos efectivos. No es lo mismo el derecho a la educación en general para una persona de la sociedad mayoritaria occidental que el derecho a la etnoeducación que reclaman las comunidades ancestrales, o el derecho a gozar de buena salud que en los pueblos indígenas y afrocolombianos se encuentra estrechamente relacionado con el disfrute del territorio colectivo, pues allí no sólo se encuentra el ecumen vital que provee los recursos naturales y botánicos necesarios para la subsistencia, sino que allí se reproducen las cosmovisiones y prácticas tradicionales como su propia medicina.

El Comité del Pidesc ha entendido esta necesidad de adecuación cultural de los contenidos de los DESC, así por ejemplo, en relación con el derecho a la vivienda en la Observación General No. 4 Párrafo 8 literal g) al especificar cuáles son los aspectos implícitos que concretan el contenido de este derecho, señala: "Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

derechos a una función asistencialista y economicista, cuando también ellos son derechos de libertad y, en otros casos, son derechos sin los cuales las libertades clásicas se vuelven superfluas.

Otro juicio sobre los derechos prestacionales advierte que el concepto es muy amplio y requiere ser perfilado para hacer claridad sobre el sujeto, el objeto, la naturaleza de la relación y la conexión con las obligaciones públicas. Alexy ha propuesto un modelo para justificar la existencia de "derechos a prestaciones" en sentido estricto<sup>22</sup> de acuerdo con el cual los derechos fundamentales en la constitución tienden a diferentes fines pero complementarios: unos son derechos a acciones negativas o de defensa frente al Estado y otros son derechos a acciones positivas (que coinciden sólo parcialmente con los derechos a prestaciones). Explica el tratadista alemán que todo derecho impone deberes *prima facie* al Estado, para ilustrar esto afirma que las libertades jurídicas que permiten hacer u omitir algo carecerían de todo valor si el Estado mismo no garantiza la libertad fáctica, o sea, el conjunto de condiciones materiales básicas que permiten elegir autónomamente a los titulares de los derechos fundamentales de carácter negativo. Interpreta Alexy que el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de libertad fáctica tiene un mayor peso que los principios formales y materiales con los que puedan estar en oposición en un asunto determinado, este es el caso de los derechos mínimos definitivos (mínimos vitales) que constitucionalmente garantizan la dignidad elemental de las personas y por ello poseen un carácter subjetivo y justiciable (Alexy 1997, 500).

En forma similar, Cossio Díaz (1989, 175 y siguientes) ha procurado definir los límites de los derechos prestacionales constitucionales en el marco del Estado Social. Para determinar la génesis de estos derechos asegura que en los derechos fundamentales caben diferentes objetos que se materializan en variadas conductas de los poderes públicos. Así distingue entre derechos fundamentales de libertad y de igualdad que determinan para el Estado a su vez obligaciones de abstención o de prestación, respectivamente. Enfatiza Cossio que lo importante para precisar la prestación es relacionarla, en cada derecho fundamental, con el valor perseguido por el derecho, con lo cual se logra saber qué se pretende con ella y qué posición ocupa en la configuración del derecho fundamental; en términos amplios, reconoce el autor, que las prestaciones al igual que las abstenciones hacen posible el desarrollo de la libertad, de ahí que aquellas tengan que ver finalmente con la obtención de mínimos vitales sin los cuales el ejercicio de la libertad es ilusorio.

Se ha ido incubando últimamente entre algunas organizaciones de derechos humanos una interesante polémica sobre la cuestión de concebir a los DESC exclusivamente como derechos de prestación. El trabajo de exigibilidad de los derechos sociales

<sup>22</sup> Alexy (1997, 482 y siguientes) habla de "derechos a acciones positivas del Estado". Entre ellos sitúa los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto.

tradicionalmente se ha realizado desde una perspectiva que enfatiza en la idea de satisfacer las necesidades de las personas y grupos humanos, responsabilidad que compete al Estado. En esta concepción los titulares de los derechos sociales se identifican como sujetos que han sido privados o se encuentran carentes de los bienes y recursos que satisfacen sus necesidades; por lo tanto el objetivo de la lucha por los DESC se concentra en alcanzar los bienes que aseguran el bienestar socio-económico y que deben ser proporcionados por el Estado.

Esta perspectiva se mueve en consecuencia desde un punto de vista filosófico y político en el campo del "tener", por lo cual es criticada porque puede conducir con facilidad a soluciones inaceptables si se les evalúa desde un enfoque de derechos humanos. Cuando en la lucha por los derechos sociales se privilegia el acceso a bienes y a recursos como condición del bienestar, es fácil terminar avalando acciones filantrópicas que opacan la concepción del sujeto de derechos, pues con estas acciones de tipo caritativo se ve en el pobre o en los excluidos del bienestar a los objetos del asistencialismo y no a sujetos titulares de derechos que reclaman condiciones de dignidad para ser dueños de su propio destino.

Desde otro punto de vista, lo que ofrecen los derechos humanos a los movimientos sociales es la posibilidad de enriquecer la acción colectiva al afirmar la condición de ser sujetos de derechos, y en este horizonte, resaltar la calidad de ciudadanos con poder de decisión y de reclamo de niveles superiores en la calidad de sus condiciones de existencia. La perspectiva de trabajo con los derechos sociales debe moverse por tanto en el campo del "ser", esto es dentro de una lógica que posibilite el empoderamiento de los sujetos de derecho para reclamar los que les pertenece en su condición de ciudadanos.

Lo que se concluye entonces es que los movimientos sociales ganen la perspectiva de derechos y no se movilicen simplemente por satisfacer necesidades. No se trata de menospreciar los intentos por superar el estado de necesidad que afecta a las grandes mayorías, más bien se trata de enriquecer la movilización social con una visión política más compleja de los derechos que permita superar las salidas gremialistas, corporativistas y asistencialistas en que se sustentan los programas estatales en la actualidad, rescatando el carácter vinculante y emancipatorio de los derechos humanos<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> No se debe perder de vista, sin embargo, la crítica a la concepción tradicional de los derechos humanos que viene haciendo el profesor Joaquín Herrera, abordada en el primer capítulo. Según él, la praxis de los derechos humanos parte del supuesto equivocado de que los derechos son conquistas obtenidas, con lo que se ha debilitado la idea que los seres humanos necesitamos del acceso a bienes básicos para la existencia. Ese supuesto ha hecho surgir una actitud vergonzante sobre las necesidades, que se transmite de cierta forma a la concepción de la dignidad. Por ello el discurso sobre la dignidad humana tiende a ser abstracto y sin referencias a la materialidad de la existencia humana. Es imprescindible por lo mismo rescatar los valores mundanos o terrenales de los derechos humanos y de la dignidad, asociándolos sin prejuicios al acceso a bienes y recursos indispensables para la existencia material (Herrera 2005).

### 2.2.2 DESC como derechos programáticos

Bajo esta concepción conservadora sobre los DESC subyace la manida idea liberal de una ruptura histórica, cronológica y sistemática entre los derechos individuales y los derechos sociales, con base en la cual se ha intentado justificar que los únicos derechos humanos son los que enuncian a las libertades individuales por tener carácter universal y absoluto. Los derechos sociales no se consideran verdaderos derechos pues son simples disposiciones jurídicas que conceden prestaciones positivas a cargo del Estado que por estar marcadas por el rasgo de progresividad, terminan siendo preceptos sin ninguna fuerza en la práctica.

A propósito de la insustancialidad jurídica que los liberales le abrogan a los derechos sociales al no ser derechos de aplicación inmediata y general, el constitucionalista Carl Schmitt (1934, 196) escribió: "no pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado (...). Tales derechos suponen una organización estatal a la que se incorpore el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza"<sup>24</sup>. Siguiendo este orden de pensamiento, muchos autores coinciden en que los DESC como derechos programáticos se incorporan al derecho positivo a través de normas de organización o normas programa cuyos destinatarios no son los ciudadanos(as) sino los poderes públicos o los particulares a quienes se les encomienda la prestación de diversos servicios públicos, mediante los cuales el Estado cumple su misión promocional en el plano social (Peces-Barba 1981, 62).

En el constitucionalismo de posguerra en Europa han sido arduos los debates para precisar el lugar que deben ocupar las normas programáticas en la constitución, así como para determinar su valor jurídico<sup>25</sup>. En la doctrina alemana, por ejemplo, la obra de Forsthoff ha sido influyente con la tesis de que la constitución como norma jurídica a-temporal que tiene como fin delinear políticamente al Estado de derecho, no admitiría en su seno normas en materia económica y social por ser estos aspectos claramente contingentes, circunstanciales y transitorios lo que hace que desentonen con el *telos* de permanencia de la Carta.

En la doctrina italiana al lado de las opiniones que desestiman la inclusión de los anunciados de los derechos sociales en la constitución, se han previsto otras alternativas como la de concentrar todas las declaraciones programáticas en el preámbulo de la Carta, por tener éste un signo esencialmente político, separable del cuerpo normativo propiamente jurídico del cual sí emanan verdaderos derechos subjetivos.

Contrario a esta posición, autores como Chiareli, Crisafulli y Baldassarre se han dedicado a destacar la eficacia preceptiva de los derechos sociales, basados en los siguientes argumentos: si los DESC han sido incorporados en la constitución poseen la fuerza de derechos plenos pues el acto constituyente es esencialmente un acto de voluntad normativa, así que pretender relativizar estos derechos anteponiéndoles su rasgo programático (de acuerdo con el cual se pueden o no llevar a la práctica) es desconocer

<sup>24</sup> Citado en Uprimny (1982, 68).

<sup>25</sup> Sobre estas discusiones, puede consultarse a González (2002, 149 a 160).

la voluntad fundacional de las normas constitucionales. La fuerza normativa de la constitución hace que los derechos sociales sean verdaderas normas jurídicas que reflejan los factores económicos, sociales y culturales de la que es expresión directa la Carta y sin los cuales sería difícil su comprensión histórica.

Baldassarre va más allá en la defensa de la condición jurídica de los DESC. Crítica la teoría de Crisafulli sobre que los derechos sociales positivizados en normas programáticas son intereses constitucionalmente protegidos, advierte que con esta conceptualización se termina reduciendo dichos derechos a posiciones instrumentales a una función pública, pasando por alto que son en sí derechos subjetivos de los ciudadanos y ciudadanas, transformables en obligaciones jurídicas para el Estado (González 2002, 153). Lo interesante de estos razonamientos teóricos de los italianos es que muestran caminos para superar la visión tradicional sobre las normas programáticas como simples declaraciones ético-políticas, para ubicarlas en su materialidad jurídica constitucional.

### 2.2.3 DESC como derechos subjetivos

En términos sencillos, un derecho subjetivo es un conjunto de facultades o prerrogativas concedidas a una persona, que le permiten exigir de terceros, determinadas prestaciones de dar, hacer o no hacer, anteponiendo para ello si fuera necesario el poder coactivo del Estado. Por ser esta categoría una de las bases fundantes del derecho actual, revisemos rápidamente su evolución para luego mostrar cómo se ha aplicado al análisis de los derechos sociales.

La asunción del concepto de derecho subjetivo se encuentra en los albores de la modernidad cuando cambió radicalmente la idea del "derecho". Michel Villey (1962, 229) demostró en sus investigaciones que este concepto fue desconocido por la tradición aristotélica, por los juristas romanos y medievales. El Digesto se limitó a sugerir el significado esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la justicia). Esta noción del *ius* dista mucho del vigente concepto de derecho que posee, en primer lugar, un significado objetivo, relacionado con la ley, o bien posee un sentido subjetivo relacionado con los poderes que se le confieren a las personas para actuar en procura de la satisfacción de sus necesidades; en la actualidad no existe una comprensión directa que asimile al derecho con lo "justo".

El origen de la idea del derecho subjetivo como la conocemos hoy debe buscarse en el siglo XVI, cuando Guillermo de Occam, en su obra *Opus nonaginta dierum*, al referirse a los bienes de la orden franciscana, propugnó por derechos de los súbditos frente al poder absolutista del papado<sup>26</sup>, con lo que sustituyó la *res justa* por la *potestas* (Saldaña 1996, 46). A partir de este giro se fecundó la noción del derecho como libertad o como poder de actuación del individuo, que fue la base de la construcción moderna de la persona como sujeto con derechos naturales (escuela iusnaturalista racionalista) y de los postulados del contractualismo liberal en los que se inspiró la estructuración del Estado moderno.

<sup>26</sup> Véase Sabine (1992, 229).

Las contribuciones del iusnaturalismo racionalista en el siglo XVIII y la promulgación de las declaraciones de derechos del hombre con las que culminó el primer ciclo de las revoluciones burguesas, fueron hechos decisivos para consolidar la idea de los derechos del libertad del individuo como límites al poder del Estado, derechos que por primera vez en la historia se plasmaron en las constituciones<sup>27</sup>. A finales del siglo XIX comenzó a discutirse entorno a si estos derechos de libertad incorporados gradualmente en las constituciones (Constitución de Francia de 1791, Constitución Belga de 1831, etc.) representaban derechos subjetivos de las personas, con lo cual apareció y se extendió la doctrina de los derechos públicos subjetivos, con dos visiones contrapuestas. Unos autores acogieron la tesis de que los derechos públicos subjetivos coincidían en su estructura con los derechos subjetivos privados, distinguiéndose ambas categorías en que mientras en la primera las relaciones jurídicas le otorgaban preeminencia al individuo sobre el Estado, las relaciones jurídicas entre particulares de las que trataba la segunda categoría se regulaban por vía de la coordinación de voluntades entre individuos, sin la intervención material del Estado. Otros tratadistas descartaron la existencia del derecho público subjetivo del individuo considerándolo tan sólo como un reflejo de los principios del derecho público (Gavara 1994, 41).

Entre los autores que mantuvieron un concepto tradicionalista del derecho subjetivo apegado a las relaciones jurídicas privadas se encuentra Savigny, quien definió el derecho subjetivo como un poder que sustenta un individuo y lo puede ejercer de acuerdo a la soberanía de su voluntad. Windscheid refinó el concepto diciendo que el derecho subjetivo se configuraba únicamente a partir de reglas que concedían a un titular la capacidad de exigir de un tercero un acto u omisión en su beneficio, existiendo medios jurídicos para reclamar lo debido.

Ihering por su parte identificó el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, independiente del ejercicio de la voluntad de las personas. Este derecho se

<sup>27</sup> El profesor Joaquín Varela Suanzes ha identificado cuatro etapas de la historia constitucional. La primera etapa cubre el período de las llamadas revoluciones corta y larga en Inglaterra durante el siglo XVII y en ella se realizaron tres aportes fundamentales a la historia constitucional: el rule of law (o control de constitucionalidad), el concepto de soberanía del parlamento y el sistema parlamentario del gobierno. La segunda etapa inspirada en el ideario del iusnaturalismo racionalista se plasmó en los textos de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y en la Declaración Francesa de 1789 en los cuales las referencias significativas fueron al estado de naturaleza, al pacto social, a los derechos naturales e inalienables del hombre y a la soberanía popular. La tercera etapa del constitucionalismo comienza en 1814 y termina en 1917, en ella se consolida y difunde la idea del Estado constitucional retomando los postulados esgrimidos durante la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra: la soberanía de un parlamento bicameral, los derechos individuales como derechos positivos creados por el legislador nacional y el sistema parlamentario del gobierno. El cuarto período dado entre guerras y cuyos rasgos se mantienen hasta el presente, surge con la Revolución Rusa y la crisis del Estado liberal decimonónico, siendo sus rasgos más destacables la incorporación del tribunal constitucional para el control de las leyes, el unicameralismo, el Estado de derecho y social de derecho, la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos de participación ciudadana. Véase Varela (1998, 17 a 30). Para un análisis sobre los cambios del constitucionalismo a raíz de la crisis del socialismo real, véase Biscaretti di Rufia (1997).

conforma por dos elementos, el primero, es una parte sustancial que indica el fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia del derecho reconocido al titular, el segundo, es un elemento formal que señala unos medios de protección del derecho (acción judicial).

Fueron Ottmar Bühler y Georg Jellinek quienes aplicaron en primer término el concepto del derecho subjetivo al campo del derecho público. Para Jellinek, la esencia de los derechos se encontraba en el mundo de los bienes, pues los derechos eran en suma las representaciones de la utilidad que tienen para los intereses individuales los bienes. Todo lo que objetivamente se comprende como un bien, subjetivamente constituye un interés cuya tutela es el fin del derecho (Gavara 1994, 44). A diferencia de la postura de Ihering, Jellinek afirmó un papel imprescindible de la voluntad humana como medio para la realización de los derechos, por esto estimó que el derecho subjetivo constituía una potestad de querer que tiene el individuo, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se refiere a un bien o a un interés.

A partir de esta concepción, Jellinek encontró diferencias entre el derecho subjetivo privado y público. Identificó primeramente la existencia de tres posiciones que adopta el orden jurídico frente al ejercicio de la voluntad individual, a saber: a) en algunas circunstancias el ordenamiento jurídico puede coartar la libertad natural del individuo al imponerle, mandarle o prohibirle ciertas conductas, b) en otras ocasiones, reconoce tal libertad y la propicia al permitir una conducta, lo cual definió como una "licitud" y, c) finalmente, el orden jurídico puede añadir algo a la libertad que no posee por naturaleza, lo que significa desde un punto de vista objetivo que concede el permiso de una conducta y desde un plano subjetivo, el otorgamiento de un "poder".

Pues bien, la diferencia entre derecho subjetivo privado y público radica en que el primero está formado por un poder necesariamente asociado a una licitud, mientras que el segundo, el derecho subjetivo público, tan sólo tiene como contenido un poder:

El poder comportaría relaciones entre el individuo y el Estado, mientras que la licitud comportaría relaciones de unos individuos con otros excluyéndose al Estado de esas relaciones. La licitud es la consecuencia de una libertad natural, mientras que el poder dará lugar a los derechos públicos subjetivos frente al Estado que no se tendrían por naturaleza, sino por su creación mediante actos jurídicos del Estado (Gavara 1994, 45).

Jellinek acude a la noción de derechos públicos subjetivos como una forma de describir las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en términos de relaciones jurídicas, es decir, relaciones reconocidas y reguladas por el ordenamiento jurídico. Con esto tomó cuerpo el supuesto de que todo derecho es una relación entre sujetos jurídicos: uno que actúa como titular del derecho y otro como destinatario de obligaciones específicas como la de realizar una acción (negativa o positiva) que impone el derecho y la acción misma que es el objeto del derecho. Con esta ficción teórica este tratadista logró reducir las relaciones de poder entre sujetos tan desiguales como el Estado y los ciudadanos al plano de las relaciones jurídicas, en el cual dominan las nociones deónticas de derechos y deberes, enmarcadas en el orden constitucional.

Jellinek reconoció varios planos de las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, en cada uno de los cuales existen pretensiones jurídicas (o derechos públi-

cos subjetivos) diferentes, que se afirman progresivamente en cuatro etapas o *status*. En el primer *status subiectionis* los individuos no gozan de ningún derecho subjetivo sino a penas son destinatarios pasivos de las normas emanadas del poder político. En el *status libertatis* los ciudadanos tienen garantizado un ámbito de autonomía en sus actividades que le impone al Estado el deber de no injerencia u obligaciones negativas, exigibles para impedir cualquier interferencia en relación con la libertad en la esfera individual. En el *status civitatis* los ciudadanos pueden pedir del Estado acciones positivas en su favor, por lo cual en este estadio se reconocen los derechos públicos subjetivos en tanto derechos de ciudadanía. Y por último, se encuentra el *status activae civitatis* que alude a los derechos políticos del ciudadano para participar en la formación de la voluntad del Estado.

En esta teoría el ejercicio de los derechos se encuentra ligado a una estricta positividad pues son las normas jurídicas quienes los constituyen. Por esta razón la doctrina de los derechos públicos subjetivos se erigió como una reacción “técnica y aséptica a la noción de los derechos naturales” considerados como una categoría ideológica (Pérez 1995, 58).

En otro sentido Bühler consideró que el derecho público subjetivo surge donde hay una posición o poder jurídico del ciudadano-súbdito que lo facultaba para apoyar una pretensión frente a la administración, en razón de la ejecución de un negocio jurídico o de la existencia de una proposición jurídica dictada para la protección de un interés individual. Dicho esquemáticamente, el derecho subjetivo propiamente dicho se configuraba como un poder individual de reclamo.

Posteriormente, Kelsen apartándose de la teoría sobre la existencia de los derechos públicos subjetivos, fusionó el concepto genérico de derecho subjetivo al marco del derecho objetivo. El punto de quiebre que planteó Kelsen empezó con la crítica a las visiones precedentes por considerar el derecho subjetivo siempre a partir de un atributo jurídico del sujeto titular (un bien, un poder una facultad, un interés, etc.) separable del derecho objetivo, con lo cual se terminó en disquisiciones meta-jurídicas amarradas al análisis sustancial del derecho y no elaborando el objeto normativo de la ciencia jurídica; es decir, tales elaboraciones pusieron de manifiesto sólo lo que el derecho reconoce o protege sin examinar su derivación de la norma jurídica en sentido estricto:

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de la voluntad, querrellá o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste (Kelsen 2000, 94).

En su *Teoría General del Derecho*, Kelsen precisó: “Cuando el derecho tiene carácter subjetivo es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo presupone un deber jurídico de otra persona” (Kelsen 1990, 87)<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Citado por Saldaña (1996).

Visto así, el contenido del derecho subjetivo supone la concurrencia de varios elementos: unos sujetos de la relación jurídica que son el titular de la facultad o poder otorgado por el orden jurídico y la persona obligada a cumplir con el deber enunciado en la norma de que se trate; un segundo componente es el mismo ordenamiento jurídico positivo (derecho objetivo) que en una de sus normas debe reconocer la facultad del titular del derecho y preceptuar el deber jurídico del obligado y en tercer lugar, está el órgano jurisdiccional encargado de dirimir los conflictos por incumplimiento de lo mandado por la ley.

Este concepto de derecho subjetivo ha invadido tanto al derecho privado como al público, incluido el campo de la teoría de los derechos humanos. El empleo indiscriminado de tal concepto ha terminado asimilándolo simplemente a la palabra "derechos" y en estas circunstancias de amplitud lingüística ha perdido su valor semántico.

También la noción del derecho subjetivo ha perneado la interpretación sobre los DESC. No son pocos los analistas de los DESC que han acudido a la noción de los derechos subjetivos para explicar la naturaleza jurídica de estos derechos o con el fin de desvirtuarla. Mientras para algunos autores es un término del que no se puede prescindir a la hora de interpretar a los DESC<sup>29</sup>, otros lo consideran una categoría improcedente para describir la esencia de estos derechos, pues los subsume en una noción nuclear del derecho demoliberal, extraña a sus fuentes filosóficas y políticas<sup>30</sup>.

Según Abramovich y Courtis, es aceptable el uso del término de derecho subjetivo para explicar a los derechos sociales, teniendo en cuenta que,

Aunque (...) el contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esta noción [derecho subjetivo], y en la elaboración de garantías judiciales de tutela, asumió como imagen-modelo el derecho de propiedad, nada impide tomar conciencia de las limitaciones generadas por este contexto, y adaptar la construcción a las particularidades de otras necesidades de regulación, como por ejemplo, la dimensión colectiva de algunos conflictos o reclamos, o las peculiaridades de una condena que establece obligaciones de hacer. Y es que estas particularidades no son lo suficientemente importantes como para requerir el abandono del uso de un término cuyas connotaciones más importantes –tales como la legitimidad de la reivindicación y el poder de reclamo ante una autoridad imparcial en caso de incumplimiento– se pretende preservar (2002, 58).

Una forma de asimilar la noción de derechos subjetivos con los DESC, que aparece insistentemente en la doctrina, es la de concebir a estos derechos como "posiciones jurídicas del individuo a algo" (Alexy 1997, 210 y siguientes)<sup>31</sup>. En Alexy, las posiciones jurídico-constitucionales implican la existencia de una norma y de un deber constitucional que por tratarse de derechos fundamentales subjetivos con un alto grado de importancia, su desobediencia o desconocimiento ocasiona un daño injusti-

<sup>29</sup> Véase entre otros Ara (1990, 53 a 75). Más recientemente, Abramovich y Courtis (2002, 57 y 58), Arango (2001a, 137 a 165) y Arango (2005, 30 y siguientes).

<sup>30</sup> Consúltense Ballesteros (1989, 152–154), Cascajo (1988, 57–64). Pérez (1995, 31 y 32) y Barcesat (2004). Fernando Atria (2004) considera que la noción de derecho subjetivo sólo es aplicable a los derechos individuales.

<sup>31</sup> Véase también Arango (2005, 23).

ficado a un sujeto jurídico (Arango 1997, 67). Estas posiciones jurídicas se concretan en derechos del ciudadano frente al Estado que está obligado a realizar acciones positivas en sus beneficio, pudiendo ser éstas fácticas o normativas; las primeras son actos concretos para satisfacer los derechos, las segundas, o sea las acciones positivas de carácter normativo, impelen al Estado a dictar normas para proteger ciertas situaciones. Los derechos a prestaciones propiamente dichos –como lo es buena parte de los DESC– exigen acciones fácticas<sup>32</sup>.

Estas posiciones jurídicas son individuales en primera instancia. “No se trata de proteger al grupo en sí, sino de tutelar al individuo en su concreta posición individual en el seno de la sociedad” (González 2002, 168). Aunque parezca un contrasentido lógico hablar de derechos sociales individuales,

De todo lo visto se deduce que no puede considerarse la titularidad colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales como uno de sus rasgos distintivos, sino como una nota que puede predicarse con matices, respecto de alguno de ellos, pero que no sirve para caracterizar los derechos sociales como una categoría específica. La titularidad es esencialmente individual en muchos derechos constitucionales con contenido económico, social y cultural. El hecho de que, al incorporarlos a la Constitución, se haya pretendido que afecten al mayor número posible de personas no los cualifica como una categoría propia (González 2002, 171)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> En la perspectiva de Amartya Sen, la titularidad de los derechos consiste no sólo en tener los “derechos” sino además en tener la facultad de reclamar políticas para satisfacerlos. En otras palabras, los derechos deben estar respaldados tanto por acciones normativas como por acciones positivas del Estado. Sen ha denominado esta garantía reforzada de los derechos como los “meta-derechos” y los define como “el derecho a tener políticas  $p(x)$  que persigan genuinamente el objeto de hacer realizable el derecho a  $x$ ”. Las políticas de derechos humanos están vinculadas a “obligaciones”, por lo cual “derechos” y “obligaciones” son las dos caras de una misma moneda. Tener un “derecho” implica entonces que los responsables de cumplirlo tienen la “obligación” de adoptar políticas que desemboquen en su materialización. De manera que, si las personas pueden reclamar un derecho, pueden exigir al mismo tiempo que el Estado los cumpla con una adecuada provisión de políticas públicas, entendiendo que éstas van más allá de la legislación sobre una materia y requieren además para ser efectivas la concurrencia de dispositivos administrativos y presupuestales específicos y suficientes. Véase Sen (2002, 15).

<sup>33</sup> El tema de la titularidad de los DESC es una cuestión que ha dividido la doctrina jurídica. Algunos sostienen que los titulares de los derechos sociales sólo son los individuos o los grupos necesitados; para otros, los titulares de los derechos sociales son todos los ciudadanos, pues de lo contrario se les negaría su condición de poseedores de plenos derechos.

Miguel Canessa (2004) hizo una síntesis muy interesante de esta polémica, por medio de citas de textos de connotados tratadistas de los derechos sociales. En seguida, algunos de sus aportes.

En la primera posición se destacan las ideas expresadas por el profesor Peces-Barba: “No estamos ante los viejos derechos naturales. Es más bien el objetivo a alcanzar. En estos derechos, la universalidad es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada. Por eso tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación. Sería un criterio injusto que consagrara la desigualdad real. Hay que discriminar entre desigualdades y en ese caso la igualdad supone la diferenciación. Se trata de tratar desigualmente a los desiguales, por lo que los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada son los rasgos identificadores de estos derechos” (Peces-Barba 1999, 64-65).

En la misma línea de argumentación se encuentra Prieto Sanchis: “Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en

En esta misma perspectiva, Arango escribe sobre la titularidad de los derechos sociales:

La cuestión de la titularidad de los derechos sociales fundamentales se encuentra estrechamente relacionada con la característica de la posición jurídica (M3) del sujeto de derecho. Quién cuenta como sujeto de derecho, es titular potencial de derechos sociales fundamentales. Mi tesis sostiene que *los titulares de derechos sociales fundamentales son, exclusivamente, individuos*. En otras palabras: los derechos sociales fundamentales son derechos individuales. No son ni metas políticas, ni derechos colectivos. Aunque en teoría los derechos colectivos pueden ser compatibles con el Estado democrático y constitucional de derecho, las colectividades (grupos de individuos) no son consideradas como titulares de derechos sociales fundamentales (Arango 2005, 59 y 60) (cursiva agregada).

Arango señala que las dudas que generan las críticas a la indeterminación y a la imposibilidad de los DESC se despejarán cuando se acoja un concepto evolucionado de derechos subjetivos. Es decir, un concepto sobre cuya base se definan claramente los elementos estructurantes del derecho y se establezcan además criterios para evaluar su posible violación y para asegurar la participación de los poderes públicos en función de

---

cuenta entre otras cosas las necesidades (...), y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual" (Prieto 1998, 76-77).

En relación con la segunda posición, que sostiene una titularidad de los DESC extensible a todos los seres humanos, Canessa cita a Contreras, quien sostiene: "la universalización subjetiva de los derechos sociales significa que el paraguas asistencial del Estado se amplía hasta cubrir a toda la población, pero no implica que los derechos deban despojarse del "poliformismo funcional" que les permite atender a las necesidades específicas que surgen en los distintos contextos vitales. De esta forma, razonábamos en un apartado anterior, la universalidad de los derechos sociales (globalmente considerados) se muestra compatible con un principio de "diversificación estratégica" del que resulten derechos sociales específicos para los distintos grupos profesionales, de edad, de renta, etc." (Contreras 1994, 37). Señala Miguel Canessa que para responder a aquellas críticas que cuestionan la formulación de los derechos sociales sin establecer distinciones en función a la personificación de los necesitados, Contreras afirma, apoyándose en Plant, que: "los derechos humanos se refieren a situaciones y rasgos posibles (pero no necesariamente actuales) de la existencia humana. Así, por ejemplo, la condición de trabajador asalariado o de beneficiario de asistencia sanitaria sólo es una realidad actual para un sector de la población, pero está presente como posibilidad en el horizonte vital de todos los ciudadanos (todos somos enfermos o asalariados potenciales). Se trata, simplemente, de no confundir la existencia de los derechos con su ejercicio. Así, el derecho de voto es un derecho universal (en el sentido de que nadie está excluido de él a priori) y esa universalidad no resulta empañada por el hecho de que un porcentaje importante de la población rehúse habitualmente hacer uso de él. La universalidad concierne a la titularidad del derecho, no a su ejercicio" (Contreras 1994, 38).

Concluye Miguel Canessa: "Ambas posiciones ponen el énfasis en que la titularidad de los derechos sociales está sujeto a los sectores que no pueden satisfacer sus necesidades básicas. La diferencia argumental consiste en que la primera posición lo identifica directamente con los necesitados mientras que la segunda posición, si bien admiten que son los necesitados quienes gozan de este derecho, no se puede negar que en general todos tenemos la posibilidad de ubicarnos en esa categoría; por ello no se le puede negar su universalidad".

su amparo. Por estas razones, el concepto evolucionado de derecho subjetivo al que acude este doctrinante se asocia a la idea de posiciones jurídicas de relevancia constitucional, que de no reconocerse debidamente ocasionan a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. De ahí que dichas posiciones jurídicas deben fundamentarlas correctamente el sujeto de derechos que enfrenta una situación de gran vulnerabilidad, aportando razones jurídicas válidas y suficientes que demuestren la existencia del derecho e induzcan así la protección positiva del Estado.

Esta propensión teórica de defender una titularidad individualista de los derechos sociales tiene su origen sin duda en la fusión que se ha hecho entre estos y los derechos subjetivos. Esto se refleja en consecuencias prácticas desde el punto de vista jurídico y de la racionalidad en el manejo de la economía: convertir la exigibilidad de los DESC en un asunto de reclamo individual cierra las puertas a una reclamación de los derechos sociales con efectos generales, o dicho de otra manera, a reconocer que los derechos sociales también implican "meta-derechos", entendidos como el derecho a que exista una provisión de políticas públicas y presupuestos adecuados para hacerlos efectivos. ¿Así, entonces, posiciones como la de Rodolfo Arango no terminan siendo funcionales a las tesis liberales más restrictivas de sólo darle fuerza jurídica a los derechos de "primera generación" y sólo excepcionalmente a los derechos sociales?

Desde otro punto de vista, los derechos sociales poseen una naturaleza derivada de su fuente histórica, que es, básicamente, expresión de intereses colectivos. La fuerza desplegada por las clases obreras desde el siglo XIX y por las corrientes socialistas presionó el reconocimiento de los DESC por parte de los Estados y este reconocimiento no se hizo para individuos sino para grupos sociales. Esta característica de lo social o colectivo es la que le otorga un valor jurídico intrínseco y diferenciado al conjunto de los DESC.

El abogado Eduardo Barcesat (2004) ha insistido en que la idea de la inescindibilidad e igualdad de los derechos humanos se debilita con la aplicación de categorías que introducen divisiones entre ellos y crean obstáculos epistemológicos para su entendimiento, que terminan incidiendo en la posibilidad de su realización. Esto sucede con el uso del concepto de derecho subjetivo, en el que se ha intentado subsumir a todos los derechos humanos, de modo que quedan atados a una noción liberal burguesa que impide concebir a los derechos sociales desde sus fuentes originarias.

La diferencia entre los derechos estriba en que tuvieron lugar las garantías judiciales dadas tempranamente para los derechos liberales y se incorporaron en las modernas Constituciones desde finales del siglo XVIII porque los titulares de esos derechos subjetivos individuales ya estaban en posesión afectiva de los mismos. Por ello se pudo promover la acción judicial para que cesara la turbación arbitraria que les impedía disfrutarlos. Pero en el caso de los derechos sociales, se parte de una situación diferente: la des-posesión de los derechos por parte de la mayoría de la población. Así, estos derechos son el resultado de la movilización de vastos sectores sociales que presionan el acceso a garantías para una mejor existencia. En este sentido, argumentan los liberales, los DESC no son derechos subjetivos, pues precisamente, no todas las personas los tienen de manera absoluta desde el principio, como sí sucede con las libertades.

Barcesat encuentra diferencias notables entre los conceptos de derechos subjetivos y derechos humanos, que vuelven problemática su fusión. En el plano normativo, los derechos subjetivos están revestidos de mecanismos jurídicos múltiples para su tutela. Ocurre a la inversa con los derechos humanos en general, que cuentan con limitados recursos judiciales para ser protegidos. Mientras que la preocupación en el campo de los derechos humanos es el "acceso" al derecho reconocido en la norma, lo que indica su desposesión o su goce de manera parcial, la idea de derechos subjetivos indica la plena posesión de los derechos y la facultad de usar garantías judiciales para su defensa. A estas diferencias en el aseguramiento jurídico entre los derechos subjetivos y los derechos humanos, hay que sumarle los obstáculos y "des-interpretaciones" que en sede judicial se impone cuando se reclama la realización de los derechos humanos.

Por lo dicho, es imperioso entender los derechos humanos a partir de otros referentes. Barcesat opone a la idea de derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, la formulación de tener un derecho como una "necesidad humana socialmente objetivada". Entre un "interés" y una "necesidad" se pueden reconocer grandes diferencias: mientras que el interés es una objetivación individuada, o sea, se expresa en forma particularista y se objetiva en relación con la capacidad económica, la necesidad contiene un alcance universal pues si bien es cierto requiere para ser satisfecha recursos y la estructura social, estos mecanismos sociales de "acceso" superan el poder patrimonial del individuo para situarse en el plano de la redistribución colectiva.

Javier Saldaña (1996) ha expuesto otras consideraciones sobre las dificultades a que conlleva el uso de derecho subjetivo en el campo de los derechos humanos. Entre las críticas que se pueden hacer al término de derecho subjetivo resaltan:

- Que reduce el análisis de los derechos a criterios individualistas de corte liberal, pues se antepone a los criterios regulativos de la sociedad los intereses en función del "yo", de las propias ventajas y del cálculo instrumental con lo cual se atenta contra los criterios de libertad colectiva, bien común y orden público.
- Se establece con dicha noción un pensamiento según el cual los derechos se concretizan sólo en la medida en que existe un detrimento del derecho ajeno, con ello se da por aceptado que en la sociedad debe primar el interés particular sobre cualquier visión solidaria y equitativa del mundo jurídico.
- El abuso de los derechos subjetivos podría producir adicionalmente un relativismo jurídico pues si se entiende que los derechos son poderes de reclamación de los sujetos de derecho aislados, no habría cómo llegar a consensos ni cómo fundamentar a los derechos humanos en términos de universalidad, pues cada sujeto sería la "medida de los derechos". De esta forma, incluso, podría presentarse un desplazamiento de los conceptos de derechos humanos hacia un normativismo interno en el cual cada Estado decida cuáles son los derechos humanos en su orden jurídico, perdiéndose con ello la fuerza normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

Otro grupo de doctrinantes<sup>34</sup> sostiene una posición simplemente negadora de los derechos sociales como derechos subjetivos. Los sitúa en un plano de "no-derechos". Indica que las situaciones jurídicas creadas por los DESC no permiten afirmar de ellos que sean verdaderos derechos, pues,

no sólo no son jurisdiccionalmente defendibles, sino que tienen una eficacia inmediata recordada y condicionada de tal modo por los factores externos que su mismo contenido varía de un Estado a otro en función del nivel de desarrollo económico alcanzado y del orden de prioridad que se asigne a la realización de tales derechos. Esta carencia de eficacia jurídica directa e inmediata se acusa de una manera más palmaria en aquellos derechos económicos, sociales y culturales que otorgan 'poderes de exigir' y que, en consecuencia implican obligaciones positivas para el Estado, es decir, en los derechos más representativos de este grupo. Tales 'derechos', en tanto no cuenten con la organización de los servicios necesarios para su satisfacción, no son, según este punto de vista, más que derechos virtuales o en potencia. Los titulares de tales 'derechos' carecen del suficiente respaldo o garantía jurídica para exigir su realización ante la administración y ante los jueces con la eficacia que respalda a los verdaderos derechos humanos, es decir a los que atribuyen 'poderes de hacer' (...) (De Castro 1993, 86 y 87).

De la cita puede concluirse que la idea del derecho subjetivo como bien, interés o poder jurídicamente protegido, llevada al papel de estándar para identificar a los enunciados que son o no son derechos, ha servido para negar la naturaleza jurídica a los DESC y, en consecuencia, ha sido funcional al proyecto neoliberal. Francisco Cortés Rodas escribió al respecto que,

Para el libertarismo, admitir los derechos sociales en la lista de derechos fundamentales destruye las bases sobre las que se asienta el orden político liberal, porque una imposición redistributiva de los bienes estaría violando el derecho a la propiedad y limitando la autonomía individual (2001, 82).

De acuerdo con lo anterior, es inconveniente para una teoría a favor de la fundamentalidad de los DESC, como la que estamos proponiendo, recurrir a la categoría del derecho subjetivo. Como se observa, a través de ella se refuerza la idea liberal de los derechos y esto da lugar a cuestionar tanto la naturaleza jurídica como la estructura misma de los derechos sociales.

¿Cuál es, entonces, la concepción más adecuada para defender la naturaleza de derechos de los DESC? La respuesta se encuentra en parte en la "teoría realista" de los derechos humanos desarrollada por el constitucionalista español Antonio Pérez Luño (1995, 59), que tercia en el largo debate entre iusnaturalistas e iuspositivistas acerca del origen y fundamentación de los derechos humanos. Como se sabe, para los primeros, los derechos humanos existen como realidades jurídicas con independencia de que sean o no reconocidos por el derecho positivo de los Estados o por el derecho positivo supraestatal, pues los derechos pertenecen al orden natural y al orden de los valores sociales que es anterior y superior del orden político. Para los iuspositivistas los derechos propiamente dichos sólo adquieren existencia jurídica cuando han sido consagrados y garantizados en normas positivas, ejercitables ante instancias jurisdiccionales.

<sup>34</sup> Entre ellos Bobbio (1991, 123-126), Cascojo (1988, 63) y Schmitt (1934, 148 y 188-211).

La tesis realista plantea en cambio que los derechos humanos son una realidad creada por la dinámica de las fuerzas sociales y por el contexto socio-económico, factores que dotan de sentido y contenido real a los derechos, siendo la positivización jurídica tan sólo un instrumento que permite la formalización de los derechos disputados en la dialéctica social. Así las cosas, la teoría de los derechos públicos subjetivos resulta abstracta, *a priori* e insuficiente para representar a los DESC, siendo por ello conveniente reemplazarla por una teoría de los derechos fundamentales que sea ilustrativa de cómo se configuran y expresan las fuerzas sociales en el terreno constitucional.

#### **2.2.4 DESC como derechos de igualdad y de bienestar**

Son variadas las tesis que consideran los DESC como derechos de igualdad. En algunas se considera que estos derechos han incorporado un componente semejante a la idea clásica de los derechos de libertad, de modo que se desfundamentalizan al surgir garantías económicas y sociales que tienen por fin corregir las asimetrías y desequilibrios provocados por el ejercicio ilimitado de la autonomía individual (Peces-Barba 1981, 56 y siguientes). Hay otras tesis que defienden un carácter netamente redistributivo de los derechos sociales, al identificar que su misión en el marco de los derechos humanos es cumplir con las exigencias del principio de igualdad (Gosepath 2001, 17–57). Y las hay también que plantean una comprensión de los derechos sociales bien como mínimos de protección básica o contenidos mínimos de carácter social<sup>35</sup>, o bien en cuanto medios para superar las discriminaciones sociales por la vía de acciones positivas o afirmativas del Estado<sup>36</sup>.

Quienes contemplan a los DESC como derechos de igualdad se apoyan decididamente en un argumento histórico aludiendo a que su génesis sólo puede entenderse como una prueba evidente del quiebre del principio de la libertad ocasionado por las luchas obreras, ante la insatisfacción de las necesidades sociales que el Estado liberal no pudo resolver. Los DESC vienen a encarnar un principio de organización social distinto y superador del modelo clásico de los derechos civiles y políticos, basados sólo en la limitación del poder estatal; los derechos sociales aparecieron con el propósito de implicar a la sociedad y al Estado en una acción positiva de satisfacción de necesidades, o al menos, de búsqueda de medios inherentes a una existencia humana digna. Por esto se dice que con los DESC se sustituye el principio de neutralidad de la organización estatal por la exigencia de una intervención compensadora que asegure mínimos de igualdad material en la sociedad (De Castro 1993, 72).

Una postura teórica interesante sobre este tópico que tratamos es la del profesor Gregorio Peces-Barba. Él insiste en una reformulación de la doctrina de los derechos fundamentales, basada en la idea de una continuidad en los propósitos entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Considera que

<sup>35</sup> Danilo Turk ubica en el primer caso la perspectiva de Vladimir Kartashkin y en el segundo caso, los trabajos de Philip Alston. Véase Turk (1993).

<sup>36</sup> Véanse Fernández (2003, 89 y siguientes) y Uribe (1997, 73).

todos los derechos fundamentales son derechos de libertad pues pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando las condiciones para el ejercicio de la libertad. Sostiene que el aporte de los derechos sociales impulsados por el socialismo democrático desde el siglo XIX, fue incorporar un componente igualitario en los derechos fundamentales que matiza la idea de que éstos sólo tienen que ver con los derechos de libertad.

El componente igualitario aportado por los DESC amplió el conjunto de derechos que potencian la libertad humana. Al mismo tiempo condujo a una desfundamentalización de aquellas libertades que tienen un imposible componente igualitario (De Castro 1993, 72-74), como por ejemplo, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de comercio e industria, tenidos originalmente como ámbitos absolutos pero que debieron flexibilizarse, aceptando límites como el de la función social de la propiedad.

Otro de los énfasis que se le ha dado a los DESC como derechos de igualdad resalta su función distributiva en cuanto "interfieren en el proceso de asignación eficiente de bienes y servicios, modificando, directa o indirectamente, la estructura de recompensas de la economía capitalista" (Preuss 1991, 79-81)<sup>37</sup>.

Stefan Gosepath (2001, 17 – 57) ha defendido este criterio distributivo de análisis de los derechos sociales partiendo de la consideración de un principio moral de igual respeto a las personas, que es fundamento a su vez de los derechos humanos. En aplicación de este principio, ha identificado tres estrategias de fundamentación de los derechos sociales como respeto a la libertad, a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas o como distribución igualitaria (justicia social), manteniendo la opinión que ésta última es la que ofrece mejores argumentos para explicar a los DESC.

En cuanto al igual respeto centrado en la libertad, tesis propia de la concepción liberal, dice Gosepath, se asigna una prioridad a las libertades subjetivas compatibles con un esquema de libertades semejantes para todos sobre una distribución igual de los bienes primarios que garantizan bienestar social. En esta concepción que busca primero el aseguramiento imparcial del más amplio espacio de acción posible para las libertades, existe una reducción inaceptable de la moral del respeto igual a la protección de la autonomía individual. Este reduccionismo permite criticar a esta perspectiva pues la libertad no es un valor absoluto pues resiste límites, entre las libertades existen unas más esenciales que otras y adicionalmente no puede reconocerse la autonomía de las personas separada de un criterio de igualdad material; las libertades jurídicas o formales son ilusorias si no se aseguran con la libertad real, o sea, con el substrato de bienes materiales necesarios para el funcionamiento de la vida y que deben ser garantizados como derechos y no como decisiones a cargo del proceso político.

De modo que la libertad no es el más alto valor en la sociedad sino que a su lado debe contemplarse a la justicia distributiva que crea igualdad y lleva a la autonomía real, mediante la cual se logra el sentimiento de autovaloración de las personas.

<sup>37</sup> Citado por De Castro (1993, 73).

*Vis-a-vis* con el criterio de las necesidades básicas se percibe que los derechos sociales garantizan determinados bienes y son pretensiones de algo que los seres humanos requieren para la vida. Pero igual que con la perspectiva anterior que resultó estrecha para explicar a los DESC, estos derechos tampoco pueden ser fundamentados sólo con la intuición moral de prevenir el sufrimiento humano, pues tal premisa esencialista deja en abstracto a estos derechos que se confirieren a un ideal de ser humano necesitado, sin tomar en cuenta su contexto histórico, social y cultural. Además si se quisiera fundamentar a los derechos sólo a partir de la noción de necesidades básicas empíricas, seguramente quedarían por fuera los derechos de libertad. Otra debilidad que se le encuentra a este enfoque es que la satisfacción de los derechos sociales queda condicionada a la economía y esto acrecienta su nivel de indeterminación. Por último, este enfoque resulta insuficiente para lograr la justicia distributiva pues no permite saber qué ni cuánto de las necesidades insatisfechas debe ser asegurado.

Por las críticas precedentes considera Gosepath que sólo a través del criterio de distribución igualitaria se encuentran razones suficientes para justificar a los DESC. Lo primero que dice el autor es que este criterio deriva de un principio moral de justicia social como respeto igual a todas las personas, lo cual exige justificar de forma imparcial las distribuciones desiguales que se hagan en la sociedad. De esta manera los bienes primarios (recursos materiales, las libertades civiles, las oportunidades de participación social y política y las cargas sociales) existentes en una comunidad, deben ser justamente distribuidos en el escenario público, donde se puede aprobar o improbar los criterios con base en los cuales se asignan.

Afirma Gosepath que siendo las pretensiones de justicia distributiva origen de derechos morales como el de igual respeto a las personas, tales derechos tienen una validez universal. En consecuencia la pretensión de tener una "porción justa" en la distribución de los bienes sociales primarios es estructurante del principio general de los derechos humanos, y esto permite inferir que los DESC se encuentran en el mismo plano de igualdad de los demás derechos:

los derechos humanos sociales, como un principio de los derechos humanos, 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. Los derechos humanos sociales estipulan la particular pretensión a una distribución justa de determinados bienes primarios sociales, que de ninguna manera deben ser sacrificados para el aseguramiento de otros derechos e intereses de inferior valor. El estatus de los derechos humanos sociales, obtenido a partir del principio de la distribución igual –aunque haya excepciones a la distribución igual por incentivos etcétera–, está situado seguramente en un nivel mucho más alto del que hasta ahora se le ha asegurado. Según esta concepción, el resultado final debe ser una universal distribución igual al más alto nivel legítimo, es decir, bajo la consideración de las desigualdades legítimas (...) (2001, 53-54).

En otro plano, en cuanto a derechos de bienestar básicos, los DESC se han catalogado como derechos que aseguran niveles mínimos de protección social o que se basan en la idea de discriminación positiva, a través de la cual se busca un acceso prioritario a garantías sociales de aquellos grupos de población en desventaja.

Para Vladimir Kartashkin (Turk 1993, 22) el derecho internacional de los derechos humanos y en particular el sector normativo de los DESC, han establecido un nivel de protección y bienestar social que debe ser realizado por los Estados en favor de la ciudadanía, inmediatamente y con independencia de sus sistemas de organización económica o de las circunstancias de desarrollo en el que se encuentren. Para Kartashkin esta obligación de asegurar unos estándares básicos de bienestar social en lo inmediato, debe concebirse diferente a la obligación estatal según la cual la realización progresiva de los DESC depende del crecimiento económico obtenido, de las políticas nacionales de desarrollo o de la legislatura.

Philip Alston (1991, 23) ha identificado como obligación inmediata para el Estado el cumplimiento del contenido mínimo de los derechos, que es identificable en cada uno de ellos pues si el contenido normativo básico es de imposible determinación, también lo será la reclamación del derecho. El contenido mínimo es la base en la que se fundamenta el goce cierto de los derechos pues sirve para orientar el diseño de políticas públicas de bienestar social<sup>38</sup>.

### 2.2.5 DESC como derechos morales

Una de las polémicas sobre las que más han escrito los ius-filósofos contemporáneos tiene que ver con las relaciones entre derecho y moral. En este trabajo se bosquejan algunas ideas sobre esta disputa, con el interés de situar ciertas tesis esgrimidas para justificar que los DESC son derechos morales.

Los derechos morales son aquellos derechos que tienen su origen no en las normas jurídicas sino en justificaciones asociadas con nociones como la dignidad humana, la naturaleza humana, el orden de la justicia natural y otras equivalentes, que llevan a pensar en un orden anterior y superior al derecho positivo creado por el Estado.

Dworkin<sup>39</sup> ha planteado un concepto de derechos fundamentales ligado a los derechos morales del individuo que le otorgan inmunidades especiales que resisten el poder de las mayorías políticas vertido en la ley. Por ello insiste en que los derechos fundamentales (individuales) deben funcionar como "cartas de triunfo políticas en manos de los individuos" frente a la regla de las mayorías que rige a la democracia moderna; especialmente respecto de las pretensiones de reducirlos o suprimirlos con base en consideraciones que apelan al interés colectivo, a las razones de Estado, a las razones de la economía o del mercado.

Las corrientes neo-iusnaturalistas, entre ellas la que representa Dworkin, han llegado a la conclusión que los actuales sistemas jurídicos de corte positivista han mostrado sus límites al afrontar la resolución de los casos difíciles, que plantean pro-

<sup>38</sup> Para mayor amplitud de este tema de los Desc como derechos de igualdad, remitimos al lector al primer excurso de este capítulo.

<sup>39</sup> Otros importantes tratadistas que han acogido la concepción de derechos morales para explicar la naturaleza de los derechos humanos son Francisco Laporta, Eusebio Fernández, Carlos Santiago Nino y Mauricio Beuchot.

blemas insalvables para el formalismo. Los casos difíciles<sup>40</sup> que llegan a los tribunales constitucionales originados en cuestiones relacionadas con la colisión entre normas de derechos fundamentales, en la interpretación de los preceptos jurídicos, en vacíos normativos o en asuntos de indeterminación del lenguaje legal, terminan resolviéndose con base en justificaciones extrajurídicas bien de tipo moral, sociológico o político. Estos sistemas al relajar o romper los vínculos entre derecho y moral han debido cuestionarse su propia objetividad lo que ha conllevado, entre otras cosas, a un reposicionamiento de concepciones realistas del derecho que reaccionan contra el positivismo legalista al convertir al juez en un simple técnico aplicador de normas, y abogan en cambio por mayores márgenes de discrecionalidad para argumentar las decisiones jurídicas.

El secreto de un buen sistema jurídico radica en la conciliación del elemento metafísico-ético con el histórico-social (Bajardi, Muñoz y Hernández 1992). Por esto la "jurisprudencia realista" ha retornado a la idea del derecho como saber práctico, recobrando su potencial de mediador en las relaciones sociales y aún en las relaciones entre el Estado y la sociedad. La base de las decisiones judiciales en esta perspectiva realista no se encuentra en las grandes construcciones teoréticas sino en la llamada experiencia jurídica nutrida por la costumbre, el acervo cultural y las prácticas sociales, ámbitos en los cuales que se piensa se encuentran las mejores soluciones para aplicar el derecho y alcanzar sus fines.

Los sistemas jurídicos tienden cada vez más a evolucionar hacia concepciones sustancialistas y no formales del derecho, lo que se demuestra en la recurrente utilización de los principios generales para tomar las decisiones jurídicas. La justificación de los razonamientos jurídicos con base en los principios de justicia, igualdad, dignidad humana, etc., son prueba de la ruptura con el positivismo ortodoxo.

En este contexto toma fuerza la idea de los derechos morales. Estos derechos según sus defensores tienen una existencia independiente de cualquier acto de promulgación normativo-político y no son susceptibles de modificación por parte de la voluntad humana. Más bien se dice que son reconocidos por el orden constitucional que expresa una síntesis del proceso histórico y cultural de la comunidad política, al cual fundamentan. De ahí que distanciándose de la línea argumentativa de Herbert Hart, Dworkin considere que el derecho no puede ser concebido sólo como una combinación de distintos tipos de reglas, sino que en su integralidad incluye también principios (derechos con fuerza moral) que deben cumplirse aún al precio del interés general.

Las ideas anteriores cuestionan de fondo el discurso positivista. Kelsen atribuyó la validez del sistema jurídico a su derivación lógica de la norma fundamental (Consti-

<sup>40</sup> Prieto Sanchis rebate este concepto por considerar que plantea una distinción artificiosa entre casos fáciles y casos difíciles: "(...) sospecho que ninguna fórmula de reconocimiento constitucional será tan precisa y categórica que excluya toda duda hermenéutica, que excluya que los operadores jurídicos recreen su propia concepción, y ninguna tampoco tan abierta que admita sin más cualquier manipulación arbitraria" (1990, 104-105).

tución), caracterizada por una total neutralidad axiológica que se difundía en toda la jerarquía normativa. El Estado dentro de este modelo no puede ser más que un orden jurídico-positivo que da unidad a la sociedad, por lo mismo no es admisible ni válida la coexistencia del orden jurídico estatal con otro orden regulador de las conductas humanas.

En defensa del positivismo jurídico, Bobbio (2005, 28) refutará la idea del derecho natural con seis argumentos:

- El derecho natural adolece de un atributo propio del derecho positivo como es el de la eficiencia, por ello no posee su estatus.
- El derecho natural no alcanza el fin atribuido a los sistemas jurídicos positivos, pues no garantiza ni la paz ni la seguridad.
- El derecho positivo ha invadido poco a poco todos los dominios que se le atribuían al derecho natural.
- La noción de "naturaleza" es equívoca, pues se ha llegado a considerar como naturales derechos diametralmente opuestos.
- Aun si los juristas afines hubieren llegado a un acuerdo unánime sobre lo que es 'natural', todavía falta, lógicamente, alcanzar la unanimidad en torno a lo que es justo o injusto.
- Si se parte de que estos juristas llegaron a un consenso sobre una idea de lo justo, eso implicaría que la validez de tal acuerdo llegaría hasta el presente y no hay evidencia de ello.

Por su parte, Carlos Santiago Nino hizo algunas aclaraciones dentro de esta polémica para validar la idea de los derechos morales. Distinguió entre los derechos morales y los derechos naturales (concepto base del clásico iusnaturalismo), apartándose de la idea de estos últimos por apoyarse en una teleología difícil de aceptar racionalmente como, por ejemplo, ser concebidos como entes pertenecientes a un orden trascendente que no podía ser desconocido por el derecho positivo a riesgo de sacrificar su validez y eficacia. Consideró que los derechos morales se inspiran y son los componentes estructurales de un discurso ético racional aceptado como consenso en las sociedades contemporáneas, que por poseer una vocación de positivización se han convertido en parámetros para enjuiciar o alterar el significado de los sistemas jurídicos.

Para Nino, el derecho está subordinado a la moral puesto que el discurso del derecho es una especie del discurso moral. La moral es la mayor fuente de legitimidad de un orden jurídico. Así que siendo los derechos humanos el mejor producto de la tradición del derecho moral, un orden constitucional que pretenda ser legítimo no puede abstraerse de consagrarlos. Las personas como sujetos morales tienen derechos y los órdenes jurídicos existen para realizarlos<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Esta posición ius-naturalista ha sido seriamente refutada con argumentos basados en el relativismo inherente a los discursos morales, que sería un obstáculo en las democracias contemporáneas para llegar a consensos constitucionales y al mismo tiempo un problema para tomar decisiones por los órganos judiciales. Por lo mismo, señalan las críticas, los sistemas jurídicos no pueden

El derecho cumple el papel de revestir a la moral de con su fuerza coercitiva inherente: "Esto sugiere la hipótesis de que es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea, de un gobierno establecido" (Nino 1989, 368).

Tanto Nino como Dworkin son consistentes en su posición liberal de identificar los derechos morales sólo con los derechos individuales y de mantener el *status* negativo de estos derechos, por lo cual se preocupan de conservarlos apartados de las cambiantes decisiones mayoritarias inspiradas en ideales utópicos o en influencias autoritarias. ¿Entonces, si el argumento de los derechos morales se ha utilizado preferentemente para justificar los derechos liberales, cómo se ha recibido para justificar los DESC?

Apelo nuevamente para este cometido a la argumentación presentada por Gosepath a favor de los DESC. Para este autor, la mejor forma de fundamentar a los derechos sociales es acudiendo al principio moral de igual respeto a las personas con base en el cual se puede sostener la idea de una distribución igualitaria de los bienes primarios en la sociedad, que es la condición necesaria para lograr la legítima aspiración a una justicia social (Gosepath 2001, 45).

La autonomía de la persona moral no se puede reducir sólo al aseguramiento de los derechos individuales. La moral del respeto igualitario plantea que si no se crean las condiciones reales para el desenvolvimiento social de las personas con base en el respeto de sus intereses, necesidades y pretensiones y de sus iguales derechos y libertades frente a los demás, el sujeto no tendrá su autonomía real:

La prioridad de la moral se debe a la naturaleza de su objeto, el cual consiste en la protección y aseguramiento de las condiciones básicas de la racionalidad humana establecidas en la forma de los derechos humanos fundamentales o derechos morales. El reconocimiento de estos derechos representa la garantía de una noción mínima de justicia, sin la cual es imposible la construcción de un orden social justo. De este modo, un Estado moralmente bueno, desde la perspectiva de la justicia social, sería aquel en el cual el individuo logra la *auto-realización* en el marco de sus relaciones éticas constitutivas y valores éticos fundamentales; la *auto-determinación* en el nivel jurídico al obtener de los otros, en su comunidad de pertenencia, respeto a sus derechos y libertades individuales; el *reconocimiento* como ciudadano con plenos derechos y libertades políticas; y el respeto a su dignidad como miembro de la comunidad moral, al ser reconocido como persona con iguales derechos y libertades fundamentales. El modelo de la *política de igualdad* supone, además que un orden social no es justo mientras no estén garantizadas las condiciones sociales y económicas que hacen viables la realización de una *vida humana digna* (Cortés 2001, 93-94) (cursivas agregadas).

En esta cita se pueden identificar los elementos que permiten justificar los DESC desde un punto de vista moral a los DESC. Esta argumentación se vuelve relevante si se toma en cuenta que en las tres últimas décadas ha emergido una nueva "clase social"

---

permanecer acordes a los postulados que dicte un ámbito moral, sino que deben funcionar como sistemas normativos con capacidad de tomar acciones y esto sólo se obtiene con el concurso del derecho. La justificación moral sirve para clarificar conceptualmente las intuiciones más básicas de la democracia pero plantea problemas serios para su funcionamiento.

privada de todo goce de los derechos básicos: "los excluidos"<sup>42</sup>. Esta población que no participa de la condición de la ciudadanía plantea un serio problema de derechos humanos y cuestiona los valores básicos con fundamento en los cuales se han construido las sociedades democráticas, entre ellos una de las bases morales de la nuestra civilidad como es el reconocimiento de la dignidad de las personas. Esto impulsa a pensar que en la cuestión de realización de los derechos sociales "anida un problema de imperativo moral"<sup>43</sup>.

El concepto de "excluido" se ha construido analíticamente sobre una idea relacional y de integración social. Los excluidos son aquellos sectores poblacionales que por las dinámicas de la economía neo-capitalista, del mercado laboral o de la esfera política no encuentran un lugar dentro de las relaciones formales del sistema social y han quedado por fuera como población inútil, sobrante o innecesaria cuya integración social se da por descontada y para la cual sólo caben, en el mejor de los casos, planes de ayuda contingentes, focalizados y asistencialistas.

Este rasgo de lo innecesario es el que mejor califica a la actual situación de la exclusión. El esclavo de la antigüedad y del período colonial, el siervo del feudalismo o la clase obrera aunque representaban desposesión y opresión en la estructura de las relaciones productivas y sociales, eran clases sociales imprescindibles para el sistema. Pero en el caso de los excluidos estos ya no alcanzan a ser ni siquiera un ejército de reserva en turno de espera para la explotación económica; por sus características de miseria, de marginalidad y de falta de capacitación, los excluidos no pueden acceder

<sup>42</sup> Es preocupante el panorama de exclusión socioeconómica en América Latina y en Colombia. Según el informe anual de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) sobre la evolución de la economía y sus impactos sociales, en 2005, la región, luego de tres años de crecimiento económico relativo, muestra un bajo impacto en el mejoramiento del bienestar de las poblaciones. Cuatro de cada 10 latinoamericanos siguen siendo pobres y, de mantenerse el ritmo actual, continuarán sumidos en la pobreza en las próximas décadas. Aunque el incremento alcanzado durante 2005 (4,3 por ciento) supone un alza del PIB per cápita cercana a 3% y una reducción de uno por ciento del índice de desempleo (siendo de 9,3% en la región), el crecimiento actual sólo ha permitido detener la tendencia al aumento de la pobreza que imperaba desde 1990. Por otro lado, el crecimiento de América Latina (4% en promedio entre 2003 y 2005) es menor que el del conjunto de los países en desarrollo, cuyo promedio anual fue de 5,7%.

Con el crecimiento regional alcanzado, sólo unos 13 millones de latinoamericanos superaron el nivel de pobreza, flagelo que afecta a 213 millones de personas, que representan 40,6 por ciento de la población total y son un porcentaje "demasiado elevado", a juicio de la Cepal. De ese total, unos 88 millones (16,8 por ciento de la población) viven en condiciones de indigencia, ya que no alcanzan a cubrir sus necesidades básicas. Este panorama indica además un retraso respecto al cumplimiento de las Metas del Milenio y ante ello, muchos gobiernos insinúan una manipulación de las cifras de medición de la pobreza, para aproximarlas a dichos compromisos.

En Colombia, los últimos informes de la Contraloría General de la República han advertido que el 77% de la población sigue empobreciéndose. La insuficiencia del ingreso de los pobres con respecto al valor de la canasta de consumo básico creció de 59,8% a 61,1% entre 2001 y 2004. La insuficiencia del ingreso de los indigentes con respecto al valor de la canasta alimentaria creció igualmente de 43,4% a 44,1% en igual período. Las tarifas de los servicios públicos domiciliarios aumentaron durante 2005 en 18%, por el desmonte de los subsidios y la actualización de precios.

<sup>43</sup> Véase Chinchilla (1999, 45).

sencillamente a las relaciones del mercado formal ni como consumidores ni tampoco como fuerza de trabajo disponible.

Clodovis Boff escribió:

Los excluidos son los 'apartados', los puestos aparte, algo así como hasta hace poco los negros de África del Sur, o como los parias en el sistema de castas de la India. Los parias, como se sabe, no pertenecen a aquel sistema: son fuera-de-casta (*outcast*). Crecen igualmente entre nosotros y por el mundo de fuera, los nuevos "parias sociales", los literalmente 'desclasados'. Estos forman el *surplus people*, la población sobrante, gente excedente, de sobra. Se habla en efecto de las 'masas sobrantes' y existen, naturalmente, los que sobran más (los miserables) y los que sobran menos (los de lo informal) (1997, 57).

En conclusión, los excluidos no son ciudadanos. Afirmaba recientemente el sociólogo liberal Ralf Dahrendorf en un artículo de prensa que la desigualdad que reduzca drásticamente las posibilidades de participación de las personas en la comunidad política, en el mercado o en la sociedad civil es incompatible con la libertad. En una condición de pleno ejercicio de la ciudadanía se requiere que las personas tengan asegurados sus derechos básicos y las capacidades para hacerlos cumplir, es decir, esto incluye el goce de una situación económica básica que supone a la vez la garantía de tener ingresos. La pregunta por cuántos ingresos y cuál es el contenido de esa situación económica básica es una cuestión que depende de las decisiones de política fiscal que se dan al interior de cada país.

Lo que deja claro Darhendorf (2006) es que si bien es legítimo que una sociedad libre pueda imponer límites a la desigualdad, también lo es que no pueda negar su existencia, pues ella se constituye en una especie de fuerza motriz de los países flexibles e innovadores: "La exclusión social y el poder personalizado mediante la riqueza son siempre inaceptables pero, si queremos libertad, las desigualdades económicas y sociales son un precio legítimo y necesario que debemos pagar". El interrogante entonces que nos planteamos desde un punto de vital moral es cuándo se vuelve reprochable la desigualdad.

La idea de una fundamentación moral de los derechos económicos, sociales y culturales que se ligue de manera sustancial con concepciones integrales del ser humano y de la democracia es plausible. Pese a las críticas liberales y comunitaristas que se han hecho a las propuestas de fundamentación moral de los derechos, unas basadas en que sólo existen derechos de carácter positivo y otras apoyadas en la idea de que la multiculturalidad de las sociedades actuales es incompatible con que el Estado asuma una determinada perspectiva ética (o de "vida buena") porque con ello menosprecia o anula otros sentidos del "bien-estar"<sup>44</sup>, pensamos que es factible defender la idea de los DESC como imperativos morales del Estado frente a los cuales no se puede actuar con neutralidad, esto sin desconocer que la aplicación de estos derechos exige respetar el principio de adaptabilidad cultural que ha sido acogido por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en algunas de sus observaciones generales.

<sup>44</sup> Por ejemplo, Taylor (1992, 90-91).

Aceptado lo anterior, el Estado debe impulsar decididamente el progreso de los derechos sociales para beneficio de todos los individuos y colectividades, respetando a través de diferentes medios técnicos, como el de las políticas públicas, las diversas perspectivas éticas y modos culturales de desarrollo presentes en la sociedad.

### **2.2.6 DESC como derechos polivalentes**

Una postura ecléctica que poco ayuda a dilucidar qué clase de derechos son los DESC, es la que sostiene que en los derechos sociales se combinan elementos y características provenientes de las diferentes tesis que hemos revisado. Para algunos doctrinantes, los DESC son categorías complejas o polivalentes que no pueden explicarse acudiendo a una sola acepción o característica simple y por ello se necesita crear explicaciones sincréticas que den cuenta de la diversidad que contienen estos derechos: unos se comportan como derechos de libertad clásicos, otros encierran un contenido típicamente económico, otros requieren progresividad para su realización, otros se refieren a grupos o colectivos sociales determinados como los trabajadores, mientras que otros sólo pueden ejercitarse de manera individual.

Esta diversidad en el contenido y en la estructura de los derechos lleva al fracaso a cualquier caracterización basada en un solo rasgo, pues si se aplican de manera aislada y unilateral los rasgos descritos, siempre se corre el riesgo de no involucrar en la explicación a subgrupos de estos derechos (De Castro 1993, 29-30). Beatriz González (2002, 160-161) ha indicado al respecto que por la diversidad de naturalezas jurídicas que encierran los DESC se puede concluir que es técnicamente imposible una construcción dogmática unitaria desde el punto de vista de su estructura jurídica, es decir, como derechos en sentido estricto; lo que sí sería procedente es que desde la perspectiva de su contenido se diferencien entre sí los derechos económicos, los derechos sociales y los culturales<sup>45</sup>.

## **EXCURSO 1.**

### **DERECHOS DE IGUALDAD Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA**

Otra tendencia igualitarista contempla los DESC como derechos de discriminación positiva. Los autores y autoras que han acudido a esta alternativa lo han hecho para rebatir el argumento de la progresividad en que se excusan los gobiernos para diferir el cumplimiento de sus responsabilidades con estos derechos. Se resalta en esta vertiente teórica el papel que cumplen los DESC en la concreción de formas de igualdad sustancial de grupos sociales excluidos o desaventajados y se señala que esta igualdad material, conseguida para compensar las desigualdades reales en la sociedad, es continuidad de la igualdad formal proclamada por las constituciones y por los textos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>45</sup> Remitimos al lector al segundo excurso de este capítulo.

Las políticas de acción afirmativa, que son un medio al alcance de los Estados para el impulso de los DESC, han ganado consistencia gracias al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha defendido que la igualdad sustancial es una razón suficiente que permite justificar la introducción de diferencias de trato entre las ciudadanas y ciudadanos y entre los grupos sociales afectados por una desigualdad social: "Es lo que se ha designado como diferenciación para la igualdad. Desde este punto de vista, el fin de una sociedad más igualitaria, considera más justa, exigiría medidas que traten desigualmente a quienes son desiguales, con el objeto de reducir esas desigualdades (...)" (Fernández 2003, 89).

Las políticas de acción afirmativa o de discriminación positiva<sup>46</sup> son un tema de primer orden en el debate constitucional en muchos países. Más relevancia ha tomado este tema por el debate acaecido en la última década entre liberales, socialistas y comunitaristas sobre el reconocimiento, la validez y la aplicación de los derechos multiculturales o de ciudadanía diferenciada<sup>47</sup>. Este debate ha planteado variadas tensiones que giran alrededor de la legitimidad que tienen las medidas de acción positiva adoptadas por los Estados para procurar la igualdad, la inclusión y el reconocimiento de actores colectivos y grupos sociales que pretenden promover sus intereses y derechos, saldando deudas históricas causadas por la discriminación, los patrones culturales dominantes o las inequidades del mercado.

Inicialmente, las acciones afirmativas o discriminaciones positivas pueden definirse como el conjunto de medidas y orientaciones adoptadas por un gobierno con el propósito de proteger minorías y grupos que han sido discriminados en el pasado, con la pretensión de hacer realidad el principio de igualdad real. Se las ha calificado también como medidas de impulso y promoción de la igualdad basadas en desigualdades de hecho, esto porque crean planes y programas que benefician sólo a poblaciones o grupos humanos determinados, excluyendo a los demás que se supone ya gozan de los derechos. El carácter de las políticas de acción positiva es precisamente colectivo. Inicialmente no pretenden la igualdad entre todos los individuos, sino la nivelación de grupos discriminados frente a la situación que disfrutaban otras colectividades que han tenido un acceso más amplio al disfrute de los derechos.

Es necesario distinguir entre medidas positivas y políticas de afirmación positiva o de diferenciación legal para la igualdad (Kemelmajer 1998, 87). Las primeras son medidas puntuales de diferenciación para producir algún efecto de igualdad, aplicables en determinadas circunstancias en las cuales se impide el acceso de las personas al goce de algún bien o derecho, como por ejemplo, cuando se construyen rampas en las vías públicas para permitir la libre circulación de personas minusválidas. Las políticas de discriminación o afirmación positiva tienen un sentido más amplio y unos efectos duraderos sobre el funcionamiento de las instituciones sociales y políticas, pues gene-

<sup>46</sup> Estas políticas se conocen con diferentes denominaciones: discriminación inversa, discriminación favorable, discriminación adversa, benigna o lícita.

<sup>47</sup> Es amplia la bibliografía sobre el tema. Una síntesis del debate puede encontrarse en la primera parte de Kymlicka (2003).

ralmente tienen origen legal o están en la constitución<sup>48</sup>, y a través de ellas se procura remover algún tipo de desigualdad fáctica que afecta a la sociedad, como por ejemplo, cuando se adopta la aplicación de un sistema de cuotas femeninas para los cargos públicos, o se proveen becas de estudios para grupos sociales marginados o para las minorías étnicas, o cuando se aplican cargas fiscales diferenciales según los niveles de ingresos de los contribuyentes, etcétera.

Estas políticas requieren la aplicación de conceptos de justicia sustancial e igualdad material que trasciendan las simples enunciaciones formales de los derechos. Esto implica, en el marco del Estado social de derecho, la existencia de un Estado promotor del bienestar y equilibrador permanente de los grupos sociales en situación de desventaja. Por lo mismo, no cabe aquí una posición de neutralidad o indiferencia de las autoridades sino un papel activo para garantizar el goce de los derechos por parte de la ciudadanía. En estas consideraciones es la que se encuentra una clara relación entre derechos sociales y las políticas de acción afirmativa.

La validez y razonabilidad de las políticas de acción positiva dependen de los siguientes aspectos (Kemelmajer 1998, 100):

- Que respondan a una situación social que obstaculiza la igualdad de oportunidades a un grupo humano, manteniéndolo en una condición de desequilibrio y/o marginación.
- Que existan serias pruebas y motivación sobre los hechos que justifican la adopción de medidas compensatorias.
- Que la medida puesta en marcha para superar tal desigualdad fáctica de que se trate, tenga en cuenta el principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los efectos sociales gravosos para otros actores sociales.
- Que tales medidas tengan un carácter transitorio y reversible, lo que significa que sólo son válidas durante el tiempo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad pretendida, pues mantenerlas aún después de superar el hecho que causaba desigualdad, es reintroducir un nuevo desequilibrio social.
- Que se encuentren legitimadas por el orden legal, aunque esto no excluye la licitud de las prácticas privadas que las aplican.
- Que se dirijan a transformar las causas de la discriminación o desigualdad y no sólo incidan sobre sus efectos, es decir, son válidas si son un instrumento para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de los derechos.

---

<sup>48</sup> En la Constitución Política de 1991 abundan los artículos en los que pueden encontrarse mandatos de acción positiva para las autoridades. Por ejemplo: artículos 2, 5, 7, 16, 25, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 60, 65, 66, 67, 70, 72, 75, 78, 79, 86, 88, 246, 310, 350, 356, 365, 366, 369, entre otros. Estos mandatos se encuentran en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos: Convención Internacional de los Derechos del Niño, Convención Internacional de Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional

Por su parte, la Corte Constitucional ha entendido que las discriminaciones positivas son un problema jurídico que intenta resolver la cuestión de la razonabilidad y de la proporcionalidad que tienen los tratos diferenciales dictados por el legislador en relación con el derecho a la igualdad y con los demás derechos, principios y valores consagrados en la Constitución.

En varias sentencias (T-422/92, T-230/94, C-022/96), la Corte ha indicado que en el marco del Estado social de derecho el criterio diferenciador usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional, quien evalúa las desigualdades incorporadas en el ordenamiento a la luz del llamado "test de razonabilidad" (Bernal 2003).

La expedición de normas que incluyen tratos diferenciadores entre los ciudadanos puede suscitar conflictos en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad. Para la Corte esas normas compensatorias deben ser tratadas como principios, lo que indica que en su aplicación a un caso concreto, cuando éstas entran en colisión con el contenido del artículo 13, debe ponderarse, desde un punto de vista de lo razonable y de lo proporcional, cuál prevalece.

La noción clásica de Aristóteles según la cual "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual", no resulta útil para resolver qué decisiones acerca de los tratos desiguales son aceptables o no dentro del ordenamiento jurídico. En consecuencia la fórmula contenida en el artículo 13 de la Constitución tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad sobre la base de qué criterio?

La Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que "una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido"<sup>49</sup>.

El establecimiento de la legitimidad de una medida de diferenciación se hace a través del test de razonabilidad que procede respondiendo consecutivamente a los interrogantes planteados. Los dos primeros pueden ser resueltos a través del estudio de los hechos materia de la controversia. El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración y argumentación por parte del juez constitucional.

A criterio de la Corte, el fin de la ponderación entre los principios en colisión consiste en establecer el núcleo del principio de igualdad en términos de la razón suficiente que justifique la existencia de un trato desigual; esta ponderación se realiza a través del procedimiento denominado test de razonabilidad, que va más allá de una simple confrontación lógica, tendiendo a balancear de manera razonable los valores constitucionales enfrentados.

---

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 169 de la OIT y en la mayoría de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

<sup>49</sup> Consideraciones de la Corte, sentencia C-022/96.

La metodología comienza determinando la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que éste recae (presupuestos 1 y 2), teniendo en cuenta que el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que pueda llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual.

El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. En este paso se revisan las siguientes cuestiones:

- La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Éste es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido. La pregunta central aquí es cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual, cuestión que pone en el centro de la interpretación jurídica la carga de la argumentación.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad*. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de utilizar esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es: 1. adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; 2. necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y 3. proporcionado, esto es, que el trato desigual

no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un peso mayor que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte señaló en la sentencia T-422 de 1992:

Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con [sic] su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

La Corte ha indicado que del artículo 13 emana un principio claro de no discriminación, cuyo contenido es identificado con el perfil negativo de la igualdad, es decir, en tanto que prohíben todo trato diferenciador injustificado. Sin embargo, se debe precisar que la referencia constitucional es más amplia que el sentido negativo anotado, pues implica también una advertencia acerca de frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se fundamenta nuestra organización estatal (Art. 1o.), y a la consecución de “un orden político, económico y social justo” (Preámbulo).

En esta perspectiva, la definición del Estado social de derecho crea la obligación para las autoridades de remediar situaciones de inferioridad basadas en estereotipos o prejuicios sociales, y los desequilibrios socioeconómicos que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan.

La prohibición constitucional de discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13, que encarga al Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, lo que hace perfectamente viable la adopción de políticas de afirmación positiva como mecanismos de compensación e igualación social (sentencia C-410-94).

## **EXCURSO 2**

### **CONTINUIDADES Y DISCONTINUIDADES ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD**

Detrás de las tipologías descritas y de la disputa sobre el tipo de normas y de derechos que son los DESC se encuentra la compleja reflexión que ha ocupado a la filosofía política y a la filosofía del derecho en las últimas décadas sobre las relaciones entre la libertad e igualdad<sup>50</sup>. Sin profundizar demasiado en este campo deseo hacer algunas

<sup>50</sup> Por citar sólo algunas obras: Bobbio (1993), McMurrin (1988), Rawls (1997); Hayek (1996) y Friedman (1983).

puntualizaciones sobre la manera como se han percibido tales relaciones, pues son precisamente las articulaciones entre estos valores las que posibilitan construir un concepto de integralidad de los derechos humanos

Son múltiples los abordajes teóricos que se han hecho de la libertad y la igualdad. Para algunas miradas libertad e igualdad son atributos básicos de las personas, entre otros, de los que se desprenden la titularidad de ciertos derechos humanos (Galvis 2004, 44 y siguientes), para otras perspectivas son valores morales, políticos y jurídicos que están a la base de la creación y legitimación de las estructuras del poder, de la democracia, de la justicia y de los derechos humanos (Bobbio 1993, 36 y siguientes). Lo cierto es que en las relaciones posibles que se establezcan y se han establecido entre estas dos dimensiones, se encuentran las justificaciones filosóficas y políticas de los sistemas de organización societal y de las concepciones sobre los derechos fundamentales. Las teorías políticas contemporáneas han combinado de diversa manera y con diferentes intensidades los conceptos de libertad e igualdad, con lo cual podría intentarse una clasificación –no sistemática– de estas teorías en la siguiente forma:

- Teorías libertaristas.
- Teorías igualitaristas.
- Teorías liberales moderadas.
- Teorías de la convergencia entre libertad e igualdad
- Teoría de la integración entre libertad e igualdad

### Teorías libertaristas

Esta perspectiva, que se corresponde con las teorías neoliberales, parte del supuesto que es posible separar la libertad y la igualdad, concibiéndolos como valores antitéticos que pueden llegar a destruirse uno al otro; por lo cual debe preferirse a la libertad como el medio que asegura en la mejor forma el desarrollo individual y, sobre esta base, el progreso social.

El concepto de libertad que domina aquí se caracteriza por su énfasis negativo, es decir, se percibe la libertad como una facultad de los individuos que impone al Estado y a los demás límites e impedimentos para que no afecten el ejercicio de la autonomía individual<sup>51</sup>. Norberto Bobbio definió este concepto de libertad negativa así: “Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo” (1991, 44).

Lo que legitima el orden social es el disfrute de las libertades individuales sin obstáculos. La forma del Estado mínimo es la que se recomienda para hacer efectivas las libertades pues su papel se concreta a funciones coactivas de seguridad y administra-

<sup>51</sup> Isaiah Berlin explicó que la libertad negativa hace referencia a “un campo sin obstáculos, un vacío en el que nada me obstruye”. Afirmó que supone “la ausencia de impedimentos a la libertad de elegir”, la “ausencia de obstáculos en aquellos caminos por los que alguien pueda decidir caminar”. Citado en Parekh (1982, 55).

ción de justicia, en aplicación del monopolio legítimo de la fuerza que se le ha otorgado, correspondiéndole sólo subsidiariamente prestar algunos servicios generales que no son asumidos por la iniciativa privada; en lo demás, el Estado está ausente y deja que la sociedad y el mercado se desenvuelvan naturalmente. Como la libertad es ausencia de coacción y control, sólo es permisible la intervención de las autoridades cuando alguien es compelido a servir a otro en forma arbitraria, cuando se necesitan remover los obstáculos que impiden la libre elección (el engaño, la violencia), cuando alguien es molestado en el disfrute de sus libertades, o cuando se incumplen las obligaciones contraídas en los contratos, por esto mismo, la organización de los poderes públicos sólo requiere normas generales que señalen sus límites (Friedman 1983, 49).

Para Friedman, la sociedad que se edifica poniendo en primer lugar la libertad, “acabará teniendo, como afortunados subproductos, mayor libertad y mayor igualdad” (1983, 209). La igualdad es el resultado de la libertad, en una sociedad que posibilite el libre ejercicio individual en la búsqueda de sus propios objetivos, no se pueden evitar que algunas personas obtengan posiciones privilegiadas, pero mientras perdure la libertad, lo que si se puede evitar es que las personas abusen de sus privilegios sometiendo a otras, o que las arbitrariedades puedan institucionalizarse, el tratamiento de iguales ante la ley, capacita a todos los miembros de la sociedad para lograr una movilidad ascendente en la escala social y esto lleva a formas de bienestar compartido.

A propósito de las relaciones entre libertad e igualdad, Hayek sostuvo:

La igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad. La libertad no solamente nada tiene ver con cualquier clase de igualdad, sino que incluso produce desigualdades en muchos aspectos. Se trata de un resultado necesario que forma parte de la justificación de la libertad individual. Si el resultado de la libertad individual no demostrase que ciertas formas de vivir tiene más éxito que otras, muchas de las razones a favor de tal libertad se desvanecerían (1996, 109).

De lo expuesto puede concluirse que en esta teoría las libertades individuales se tienen como valores absolutos y que existe una percepción muy débil de la igualdad, considerada en términos únicamente formales; se acepta incluso que en la dialéctica de la libertad es natural que se generen desigualdades sociales que tienen como paliativo a su vez la libertad de los individuos para aprovechar las oportunidades que ofrece la sociedad abierta o para ascender socialmente sobre la base de sus propios méritos.

### **Teorías igualitaristas**

En esta perspectiva se ubicarían las teorías político – filosóficas que se fundamentan en la idea de la libertad positiva, inspiradas en su mayoría en el igualitarismo. Prosiguiendo con las definiciones de Bobbio, la libertad positiva haría alusión a que: “Todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las normas constitucionales, que atribuyen este o aquel derecho” (1991, 44).

El término de “libertad positiva” (fáctica o real) usado por muchos teóricos ha sido una especie de puente tendido entre la idea de la libertad –en su sentido negativo–

y la igualdad –en su sentido material–. Con su uso se procura describir la dimensión positiva de la libertad, es decir, las condiciones objetivas que se necesitan para que las libertades civiles y políticas puedan realizarse efectivamente.

Hesse (1983, 94) ha sostenido que la libertad de los ciudadanos hoy no estriba sólo en la liberación de la intervención estatal, pues en las condiciones actuales, la configuración de la libertad y de la autonomía depende mucho más de una serie de circunstancias que escapan al control del individuo, y requieren una activa presencia del Estado en la procura existencial y en el aseguramiento de los asociados<sup>52</sup>.

Para revisar el fundamento del igualitarismo, continuamos con Bobbio, es indispensable saber a qué se refiere la igualdad. Este concepto no significa nada sin determinar a los titulares de la igualdad y las cosas respecto de las cuales se hacen iguales; en relación con esto el politólogo turinés describió cuatro relaciones posibles: "a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa" (1993, 83). Adicionalmente al conocimiento de estas relaciones se necesita tener una regla de justicia con base en la cual decidir los criterios de distribución, para nuestro autor la regla de justicia aristotélica de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales es la que mejor enfoca los asuntos de igualdad y sus relaciones inherentes con la legalidad y lo justo.

Las fórmulas o criterios de igualdad más conocidos son aquellos que aluden "a cada cual según" su mérito, su capacidad, su talento, su esfuerzo, su trabajo y sus necesidades. El criterio adoptado por el igualitarismo "de cada uno con arreglo a su capacidad; a cada uno con arreglo a sus necesidades" refleja la demanda de justicia sustancial que hace esta perspectiva, distanciándose de los criterios de igualdad ante la ley o de igualdad de oportunidades que utilizan las doctrinas liberales. Lo que singulariza al igualitarismo como ideología es el acento puesto en el ser humano como ser genérico, es decir, con unas características comunes predicables de todos los individuos, a diferencia del liberalismo que resalta son los rasgos individuales que distinguen entre sí a las personas; este carácter colectivo es el que domina en la distribución de la igualdad, por ello, la relación que mejor expresa al igualitarismo es aquella de "igualdad entre todos en todo".

De acuerdo con el énfasis que pongan los igualitaristas para ubicar el origen de las desigualdades, así será el fin último de la igualdad. Si las desigualdades, así será el fin último de la igualdad. Si las desigualdades las atribuyen a razones económicas, la igualdad tendrá como corolario la eliminación de la propiedad privada, solución propia de vertiente socialista (o comunista); si el origen de las desigualdades, en cambio, reside en causas políticas, la solución se encuentra en la abolición del poder político según pregonan los anarquistas. Así que los igualitaristas socialistas persiguen la igualdad política a través de la igualdad económica y los anarquistas prefieren transitar el camino a la inversa (Bobbio 1993, 87).

Una versión renovada del igualitarismo es la de Gosepath que hemos comentado en otra parte. Recordemos que para este autor la aceptación de una moral universal

---

<sup>52</sup> Citado en González (2002, 138).

del respecto igual a todas las personas, justifica una distribución igualitaria de los bienes sociales: las libertades civiles, las posibilidades políticas de participación, las posiciones sociales y las oportunidades y, finalmente, el perfil económico. Si cada persona es merecedora de respeto igual a sus semejantes, cada persona puede ser considerada *prima facie* con el mismo derecho a los bienes primarios sociales, a menos que se aduzcan razones válidas para una distribución desigual de los mismos; la distribución igualitaria de los bienes, tiene en la justicia distributiva su punto de vista orientador (Gosepath 2001, 48-49).

El principio moral de la distribución igual es, en tanto criterio de repartición equitativa de los bienes y cargas en la sociedad, un principio generador o asignador de derechos. Los derechos humanos se presentan en este marco como las pretensiones morales, o las exigencias de justicia, a "algo" de lo que no puede privarse a nadie en su condición de ser humano. Los derechos sociales se deducen del mismo principio moral y se encuentran en este sentido en el mismo nivel de igualdad con los demás derechos clásicos.

Aunque no queda claro en la posición de Gosepath cuál es el papel que cumple el Estado en la aplicación del principio de igual distribución, debemos suponer, como se advirtió con Hesse, que se trata de un papel activo e interventor. Quizá el modelo de Estado que más se adecue a las exigencias de una justicia igualitaria sea aquel que describe Victoria Campus:

Hay problemas que no se resuelven sin una agencia central que se haga cargo de ellos, y que sepa exigir a los más favorecidos la solidaridad que espontáneamente no demuestran. El Estado de bienestar ha de partir del principio de que los derechos humanos son palabrería vacía sino tienen como primer referente a los que no gozan aún de esos derechos fundamentales. Un Estado protector no debe ser igualitario en el sentido de ofrecer lo mismo para todos. Debe promover y potenciar: la diferencia: para favorecer a los que viven peor y sufren más (...) (1994, 26).

## Teorías liberales moderadas

El modelo paradigmático de las teorías moderadas en las relaciones libertad e igual es el John Rawls con su "Teoría de la justicia". Se caracterizan estas teorías porque a pesar de mantener una prevalencia de la libertad sobre la igualdad, admiten políticas redistributivas mínimas que aminoren las desigualdades causadas en las relaciones privadas.

Con el principio de la diferencia Rawls intenta morigerar las distorsiones sociales que provoca el ejercicio de las libertades individuales apostándole, como primera medida, a una igualdad de oportunidades antes que a una distribución de bienes económicos. La justicia para Rawls es, ante todo libertad, por ello defendió con intensidad la idea de que los hipotéticos sujetos del contrato social, en la posición originaria del "velo de ignorancia", preferirían el disfrute máximo de libertades posibles iguales para todos, que el principio de la igualdad social. Se entiende, por supuesto que Rawls propuso una teoría para el contexto de las sociedades "bien ordenadas" de los países industrializados, en los cuales los niveles básicos de bienestar social han sido satisfechos por el Estado, y la ciudadanía, en tales circunstancias, se moviliza por conquistar mayores ámbitos de autonomía individual.

Lo que no puede entenderse de la perspectiva rawlsiana es la pretensión universalista de sus principios de justicia. En contextos de grave de privación socio-económica la ficción liberal de que los ciudadanos o ciudadanas preferirían la libertad a la igualdad es por decir los menos, una gran falacia; seguramente por ello y como respuesta a las críticas formuladas a su posición, Rawls moduló sus criterios de justicia reconociendo primero que la prioridad de las libertades básicas sólo es defendible en “condiciones razonablemente favorables –culturales, sociales, económicas para ello” y, segundo, que se requiere una “voluntad política” para el desarrollo de las libertades, o sea, un gobierno democrático decidido a hacer justicia (1997, 19).

En lo que no cede Rawls es en llevar el principio de la igualdad a un campo de distribución de bienes económicos y no sólo de oportunidades sociales para acceder a la educación, encontrar un trabajo, participar en igualdad de condiciones en concursos para empleos públicos, etc. La distribución igualitaria de ingresos o bienes económicos es “irracional, superflua o socialmente divisoria”. Irracional en la medida que se opone al principio de eficiencia que organiza a las instituciones sociales (el mercado); superflua porque para conseguir la igualdad basta el principio de la diferencia que garantiza las oportunidades que necesita el ciudadano para mejorar su posición en la sociedad y, “socialmente divisoria” porque todos los individuos poseen intereses diferentes que obligarían a una distribución desigual e injustificada de los bienes básicos.

Las políticas distributivas limitan las libertades individuales negativas de unos pocos para hacer posible el ejercicio de la libertad positiva de las mayorías excluidas, esto aterra a los liberales. Por lo mismo es que una parte de la teoría ha invertido copiosas energías para desacreditar a los derechos sociales y debilitar la cláusula del Estado social de derecho.

### **Teorías de la convergencia entre libertad e igualdad**

Estas teorías podrían calificarse de “social-demócratas” al pretender hacer compatibles, convergentes o complementarios los valores de la libertad y la igualdad en la estructura de las democracias contemporáneas. La tesis central que permanece en el fondo de estos análisis es que la realización de las libertades civiles y políticas es de imposible cumplimiento si previamente no se han garantizado por el Estado unas condiciones materiales básicas para una existencia digna de las personas; dicho de otra manera, no basta con la simple consagración formal dentro de las constituciones de los fundamentales para decir que un Estado es democrático, se requiere además de una comprometido papel promocional de la justicia social por parte del Estado, aplicando políticas públicas redistributivas que corrijan las desigualdades sociales.

En el marco interpretativo que proponen estas teorías los derechos sociales cumplen un papel relevante como derechos prestacionales a favor de colectivos humanos que, por sí mismos debido a la exclusión y discriminaciones que han padecido, son incapaces de dar un valor positivo a su libertad, necesitando para ello de la intervención activa de los poderes públicos.

Me detendré un momento, a modo de ejemplo, en la manera como Peces-Barba y Alexy analizan las imbricaciones entre libertad e igualdad.

Gregorio Peces-Barba en sus trabajos ha propendido por una teoría integradora de los derechos fundamentales en relación con su finalidad, que para él sólo es una: la profundización y potenciación de la libertad de los individuos y grupos sociales. Para lograr esta redefinición de los derechos fundamentales ha sostenido la siguiente interpretación:

No hay derechos de libertad y derechos de igualdad. Todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos (Peces-Barba 1981, 68).

Según el académico español, la recepción de los derechos en el derecho positivo se ha dificultado porque los positivistas no han comprendido que los derechos fundamentales son más que los derechos de defensa del individuo frente al Estado. El valor de los derechos ha sido el de agregar un componente igualitario a la concepción clásica liberal de los derechos humanos, cambiando el nivel de las responsabilidades del Estado frente a los derechos fundamentales, que cubren tanto las obligaciones negativas de no intervención en la esfera de las relaciones privadas, como obligaciones de tipo positivo que exigen de los poderes públicos un papel activo en la realización de los derechos.

Pero incluso, Peces-Barba relativiza esta idea de una separación de las obligaciones del Estado en negativas y positivas que tradicionalmente se han atribuido las primeras a los derechos individuales y las segundas a los derechos sociales. Quizá ha sido uno de los doctrinantes que ha más insistido en que esa separación de las obligaciones estatales sólo es parcialmente cierta, si se tiene en cuenta que existen derechos civiles y políticos donde los titulares están facultados para reclamar al Estado una acción positiva y esto supone, por consiguiente, un verdadero derecho de crédito contra el Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la garantía de la defensa técnica como requisito indispensable de la seguridad jurídica y del debido proceso.

Lo mismo se puede apreciar con algunos derechos económicos, sociales y culturales que sólo pretenden garantizar a sus titulares el ejercicio de ciertas libertades como a la libre asociación, a la huelga o a la sindicalización, que si bien tienen como propósito la defensa de intereses colectivos de la clase trabajadora son derechos cuya esencia es individual.

De esta manera, con la introducción de los derechos en el derecho positivo, se ha operado una complejización del concepto de los derechos fundamentales. El principio de igualdad propio de los derechos sociales amplió el campo de las libertades humanas, al desfundamentalizar aquellas libertades absolutas conquistadas por la burguesía a lo largo de las revoluciones modernas, señalándoles fines sociales.

Pasando al análisis indirecto planteado por Alexy sobre las relaciones entre igualdad y libertad, diremos que asume tal asunto cuando emprende la argumentación alrededor de los derechos fundamentales sociales. En una primera aproximación a favor de estos derechos, el autor alemán, indica que la libertad jurídica, reconocida constitucionalmente, para hacer u omitir algo sin la libertad real carece de todo sentido

o valor (Alexy 1997, 486). La libertad real o fáctica es aquella que posibilita de manera efectiva la elección de lo permitido y ella depende esencialmente de las actividades estatales pues el individuo no puede dominar por sí solo todos los aspectos que influyen en su esfera vital.

Alexy se pregunta si los derechos fundamentales sociales deben asegurar la libertad fáctica y qué lugar de importancia tiene esta libertad en la vida de los individuos. Para responder acude a las situaciones deficitarias o de menesterosidad que puedan enfrentar las personas, en las cuales se revela que la superación de las necesidades concretas es más apremiante que el disfrute de las libertades jurídicas, por lo cual, concluye, que no tener garantizado el mínimo vital vuelve anodinas a las libertades civiles y políticas. Hecha esta constatación y partiendo del concepto según el cual los derechos fundamentales expresan aquello que para los ciudadanos y ciudadanas es especialmente importante y, por lo mismo, debe ser jurídicamente asegurado, no caben dudas que los derechos sociales gozan de un apreciable grado de fundamentalidad:

A la luz de la teoría de los principios, esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica (Alexy 1997, 489).

Esto impone, pues la conclusión, de que si el objetivo de los derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, necesariamente apuntan también a libertades fácticas, pues deben asegurar también los presupuestos del uso de las libertades jurídicas y, por tanto, son normativas no sólo del “poder hacer jurídico”, sino también del “poder actuar” realmente.

### **Teorías de la unidad entre libertad e igualdad**

Estas teorías se diferencian de todas las anteriores porque no plantean las relaciones entre libertad e igualdad en términos de separación (libertaristas e igualitarias), tampoco en términos de subordinación de una sobre la otra (Rawls), ni como convergencia o como condición de una frente a la otra (Peces-Barba; Alexy), sino que explican tales relaciones como unidad, lo que quiere decir, que conciben a ambos valores o dimensiones como una integralidad pues aportan en el mismo sentido a un fin superior como es el del desarrollo armónico del individuo o a la realización de su dignidad.

Aplicando el concepto de integralidad a una teoría política de la sociedad, podrían inferirse los siguientes argumentos socio-jurídicos:

- Que el fundamento de la democracia y de las instituciones mediante las cuales se organiza el poder democrático es la persona humana y su existencia en comunidad;
- Que la persona humana es merecedora en términos morales y jurídicos del reconocimiento de su dignidad intrínseca;
- Que la dignidad del ser humano se concreta con el reconocimiento de su libertad e igualdad en términos formales y sustanciales, dentro de una concepción de inescindibilidad e inalienabilidad de sus derechos fundamentales;

- Que el ser humano como ser pluridimensional y diverso que es necesita para su personalidad de todas las capacidades que le aseguren llevar a cabo su proyecto de vida, en forma individual y colectiva, con autonomía y satisfacción.
- Que el Estado constitucional y social de derecho es el único que asegura simultáneamente la libertad e igualdad de la ciudadanía, asumiendo de forma activa la promoción y realización de los derechos fundamentales, conforme a las obligaciones y límites que le impone el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de solidaridad la democracia y la dignidad humana.

La verdad, no se encuentran muchos trabajos de dogmática jurídica que se adecuen a los propósitos de la integridad entre libertad e igualdad a diferencia de lo que ocurre con los significativos avances hechos sobre este tema en el campo de la filosofía política y en el campo de la reflexión sobre los derechos humanos, quizá como reflejo del espíritu de la integralidad de los derechos acogido por la Organización de Naciones Unidas y recogido por varios tratadistas sobre el tema.

No obstante deben resaltarse varios aportes doctrinarios en el campo de la teoría crítica de los derechos, que de cierta forma se hacen desde un concepto de la integralidad de libertad e igualdad, baste mencionar, por ahora, los escritos sobre "personeidad" de James Griffin, los análisis sobre "personalismo y derecho" realizados recientemente por Jesús de la Torre Rangel y la "teoría de las capacidades" de Amartya Sen, contribuciones presentadas en el capítulo 1.