

## LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DE SU ESTRUCTURA

### *Enforcement of Social Rights from its Structure*

Carlos Salvador RODRÍGUEZ CAMARENA<sup>1</sup>

#### Sumario:

I. Introducción. II. La exigibilidad de los derechos sociales a partir de su fundamento y concepción. III. La estructura de los derechos sociales. IV. A manera de conclusión. V. Fuentes de información.

**Resumen.** Este documento explora brevemente el fundamento y concepción de los derechos sociales y la manera en que están estructurados, ya que, a pesar de que la gran mayoría de las constituciones del mundo incluyen estos derechos, del esfuerzo de los tribunales por hacerlos cumplir y de la gran cantidad de estudios sobre ellos, estamos aún lejos de hacerlos plenamente efectivos. De ahí que el entendimiento de la manera en que estos derechos son concebidos y la determinación de su estructura, sean clave para mejorar su justiciabilidad.

**Palabras clave:** derechos sociales; justiciabilidad; exigibilidad; estructura.

**Abstract.** This paper briefly explores the foundations and conception of social rights and how they are structured. In spite of its inclusion in most of the world's constitutions, of the courts' efforts to enforce them and that they have been deeply studied, social rights are still far from fully being effective. Hence, the understanding of the way these rights are conceived and structured is key to improve their enforcement.

**Key words:** social rights; justiciability; enforcement; structure.

#### I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la gran mayoría de las constituciones del mundo incluyen a los derechos sociales, de que los tribunales, poco a poco, los están haciendo cumplir de maneras cada vez más agresivas y creativas y de la ingente cantidad de estudios que se han producido sobre el tema, persiste el problema de cómo hacerlos plenamente justiciables.

Cuando hablamos sobre la justiciabilidad de los derechos, hablamos de la posibilidad de hacer efectivo el acceso al disfrute mas o menos generalizado y equitativo, por parte de los miembros de una comunidad, a los bienes que existan en ésta. En los sistemas de gobierno con división de poderes, cada rama de gobierno tiene asignada una tarea propia. Los cuerpos legislativos tendrían por cometido proporcionar un marco jurídico idóneo que posibilite el acceso equitativo a esos bienes disponibles para la comunidad, en tanto que el del Poder

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Ejecutivo es doble: por un lado abstenerse a efectuar ciertas conductas; y por otro, realizar las conductas específicas necesarias para la consecución y efectividad de ciertos derechos. La tarea del Poder Judicial, *grosso modo*, sería la de forzar el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los derechos establecidos a favor de la comunidad, pero también, si se ve involucrado a ello, a cuestionar la legislación o las políticas públicas.

Aquí es donde comenzamos a hablar de exigibilidad: se vuelve exigible lo que no se ha cumplido, existiendo la obligación de hacerlo. Y se puede, entonces, exigir al Legislativo la adecuación de las leyes que permitan hacer efectivo un derecho; al Ejecutivo el pleno cumplimiento de sus obligaciones; al Judicial la correcta resolución de conflictos. A nuestro parecer, en la literatura jurídica se hacen sinónimos, indebidamente, la exigibilidad y la justiciabilidad. La justiciabilidad tiene que ver con el reconocimiento que una sociedad haga de un derecho y con su cumplimiento voluntario; la exigibilidad se relaciona con la posibilidad de hacer compulsivo el cumplimiento o la reparación de un derecho que se ha violentado. Buena parte de la doctrina entiende justiciabilidad con el significado, muy estrecho, de hacer valer un derecho ante los tribunales.

En materia de derechos humanos, a partir de clasificaciones más que “sospechosas”,<sup>2</sup> existen diversas tesis que pretenden ver diferencias insoslayables entre los derechos civiles y políticos (DCP) por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por el otro. Una de las tesis más difundidas versa sobre el “defecto de nacimiento” de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto pretendidos derechos que ven en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Razonan que la distinción radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los segundos implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que, en la mayoría de los casos, deberían solventarse con recursos del erario público.<sup>3</sup> Las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etcétera. Por el contrario, la estructura de los DESC se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen. Otras formas de diferenciación vinculan un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. A los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado; a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan solo obligaciones de conducta.

Estas distinciones, más allá de la posibilidad de ser sostenidas, resultan poco relevantes para diferenciar los derechos civiles y políticos (DCP) de los económicos, sociales y culturales (DESC), porque se basan en una visión totalmente sesgada del rol y funcionamiento

---

<sup>2</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Cantón J., Octavio y Corcuera C., Santiago (coords.). México, 2004, pp. 3-14.

<sup>3</sup> Una de las obras arquetípicas sobre este tema lo encontramos en el capítulo 9, del volumen 2 de HAYEK, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, de la seguridad y de la defensa.<sup>4</sup>

Las estructuras de ambos, DCP y DESC, están conformadas como complejos de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. El hecho de que haya una coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, no implica que la caracterización de los derechos civiles y políticos sea “natural” a la actividad estatal y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias que existen entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”. No obstante, 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 patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural.

Es así que los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado. Por lo anterior, revisaremos el concepto de derechos sociales y exploraremos su estructura.

## II. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DE SU FUNDAMENTO Y CONCEPCIÓN

Para entender el concepto y alcance de los DESC se requiere tener en mente cuál es su fundamento filosófico-político e ideológico, cuál su concepto y cómo se estructuran.

Tanto la doctrina como los cuerpos legislativos han asumido, de manera más o menos generalizada, que todos los derechos fundamentales son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional.<sup>5</sup> A su vez, los derechos humanos son ante todo conceptos morales, configurados en el ámbito de la filosofía política como posiciones que protegen las propiedades básicas del sujeto que le permiten interactuar con dignidad y libertad en una sociedad bien organizada.<sup>6</sup>

En este sentido Rawls afirma que toda sociedad bien organizada debe proteger dos facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo: la capacidad de ser razonable y la capacidad de ser racional.<sup>7</sup> El primero da a las personas la aptitud de tener un sentido de la justicia. Los seres humanos tenemos la disposición a tomar parte de manera consciente en la cooperación social. La segunda facultad implica la posibilidad de que cada ser humano acoja una concepción del bien, lo que posibilita la capacidad de “perseguir

<sup>4</sup> Posición que defiende Robert Nozick en *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1990.

<sup>5</sup> Una excelente y bien fundada explicación la encontramos en ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 8, 2000, especialmente en las pp. 31 y ss. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf>.

<sup>6</sup> Una discusión seria sobre esta posición la ofrece Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, GUASTAVINO, Marta (trad.), Barcelona, Ariel, 1999.

<sup>7</sup> RAWLS, John, *Liberalismo político*, Madero Baez, Sergio René (tr.), México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 282-299.

racionalmente sus finalidades en la vida”:<sup>8</sup> es un talento para imaginar lo bueno. Estas dos facultades, para Rawls, fundamentarían filosófica y políticamente los derechos democráticos y las libertades. Las posiciones adscritas a los derechos democráticos protegerían la primera facultad moral, en tanto que las libertades protegerían la segunda. Por consiguiente, la constitución de toda sociedad bien organizada debería institucionalizar los derechos democráticos y las libertades para proteger las dos facultades morales del individuo.

Jürgen Habermas propone una concepción similar cuando sostiene que toda constitución que establezca un Estado democrático debe institucionalizar los derechos democráticos y las libertades, con el objeto de proteger las propiedades implícitas en la capacidad de discernimiento del individuo, propiedades que definirían el perfil de la persona presupuesta por el principio de discurso.<sup>9</sup>

El filósofo alemán Ernst Tugendhat, dentro del esquema de un Estado social de derecho, fundamenta filosóficamente los derechos sociales como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades. Al responder la pregunta sobre qué derechos fundamentales debe tener una persona, afirma que sólo pueden ser fundamentales los que devengan del concepto de necesidad.<sup>10</sup> Los derechos humanos establecen reglas de cooperación social que establecen condiciones para desarrollar vínculos entre los individuos y entre éstos y el Estado, con un contenido que varía en cada época, de acuerdo con los valores e intereses predominantes o de conformidad con las reivindicaciones que se imponen como resultado de las luchas sociales. En la tradición eurocentrista los derechos humanos son caracterizados como deberes estatales de abstención; sólo manifiestan la ideología liberal de raigambre contractualista que presupone que la sociedad está integrada por individuos dotados de un elevado grado de poder; de adultos, aptos para el trabajo, capaces de satisfacer por sí mismos sus necesidades y de emprender proyectos útiles para sus intereses. Estos individuos exitosos y autónomos, en sentido kantiano, sólo necesitan protegerse de los ataques externos, lo que permite fundamentar un sistema de derechos compuesto exclusivamente por obligaciones de abstención, buscando proteger al sujeto de toda intervención exterior. Esta idealización liberal de la sociedad, por supuesto, no se compadece con la circunstancia real de que grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos. El liberalismo presupone más individuos capaces de ser ciudadanos libres de los que existen en la práctica. Precisamente por eso, Tugendhat sugiere un sistema de derechos humanos arraigado en el concepto de necesidades inherentes al hombre, que no es por entero incompatible con el liberalismo.<sup>11</sup>

Las necesidades básicas de la población dan origen a ciertas reglas de cooperación que forman parte del contenido de los derechos humanos. Mediante estas reglas se desarrolla el principio de solidaridad, se conforman los derechos fundamentales sociales y se prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación: primero, sobre el propio afectado y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho.<sup>12</sup> Y segundo, cuando estos deberes positivos no pueden ser satisfechos en

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>10</sup> TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, primera reedición, Barcelona, Gedisa Editorial, 2010, pp. 335 y ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 316-341.

<sup>12</sup> La idea de solidaridad ha sido ampliamente explorada, pero se entiende como un deber colectivo de ayuda mutua. Por ejemplo constitucionalistas como PECES BARBA, ha sostenido que la solidaridad es un “valor que está a la raíz de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales y también de nuevos derechos, como los referidos al medio ambiente”, en *Curso de derechos fundamentales, Teoría general*, Madrid, Uni-

esa primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional que satisfará el derecho social.<sup>13</sup>

También es posible, siguiendo a Robert Alexy, construir un fundamento independiente para los derechos sociales a partir del concepto de persona. Esta fundamentación independiente considera los derechos sociales como fines en sí mismos, y no meros presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o de los derechos políticos. Este tipo de fundamentación instrumental es el que prevalece en la filosofía política y en la dogmática constitucional.

Para Alexy, por ejemplo, primero “el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad... [en el que] la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”;<sup>14</sup> y en segundo lugar, que, bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, “la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales”.<sup>15</sup> Alexy destaca que si el Estado satisface las necesidades previstas en los derechos sociales entonces proporciona un medio formidable para el ejercicio de la libertad jurídica. Aduce que en razón de este nexo instrumental se debe considerar que la libertad jurídica se amplía e incluye a los derechos sociales en su ámbito garantizado, por lo que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad.<sup>16</sup> De la misma manera, Habermas ha reivindicado la fundamentación de los derechos sociales como medios no sólo para el ejercicio de las libertades, sino también como medios para el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos individuales y políticos.<sup>17</sup>

Tugendhat objeta estas concepciones instrumentales y plantea que los derechos sociales deben ser considerados como fines en sí mismos. La idea de que la libertad representa el único fin del sujeto digno de protección en el Estado constitucional es una derivación del mito del estado de naturaleza, en el cual se considera al hombre como un ser dotado de libertad absoluta. Por supuesto que la gran deficiencia de este mito radica en la idealización de un hombre que no existe, un “Robinson Crusoe” capaz de subsistir aislado en un mundo sin contacto con los demás porque soslaya que ningún individuo puede sobrevivir jamás si no hubiera nacido dentro de una comunidad. En el mundo real, todos los individuos pasamos por lo menos por una etapa (la niñez) en la cual somos incapaces de valer por nosotros mismos, circunstancia que se repite en la vejez e infortunadamente para muchos es una constante durante toda su existencia. Los deberes de solidaridad correlativos a los derechos sociales, que favorecen a quienes no pueden velar por sí mismos, no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad, sino proveer lo necesario para la subsistencia del

---

versidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 208, 209 y 213. El principio de solidaridad no puede considerarse como un fundamento autónomo de los derechos sociales, aunque este principio debe sumarse al concepto de necesidades básicas que enfatiza las posiciones subjetivas del individuo.

<sup>13</sup> BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, quinta reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 297.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 486.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 487.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 488-494.

<sup>17</sup> HABERMAS, *op. cit.*, nota al pie 8, p. 189.

individuo en condiciones dignas. Para Tugendhat, lo que en realidad importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes, cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política. Dichas necesidades fundamentan los derechos sociales (que propenden a satisfacer las necesidades materiales, vitales y físicas), los derechos de libertad (que intentan colmar las necesidades que subyacen al ejercicio de la libertad), y los derechos políticos (relativos a las necesidades de cooperación política con los demás individuos). De ahí que las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales no son sólo un medio para la realización de la libertad, sino que tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna. Los derechos fundamentales sociales revisten, en este sentido, el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes no tienen.<sup>18</sup>

Creemos que Tugendhat está en lo correcto, pero creemos que su tesis no sólo no contradice a la idea de una fundamentación instrumental de los derechos sociales, sino que la complementa. Esta complementariedad se produce porque el ámbito de los derechos sociales tiene un contenido bastante amplio, que abarca tanto las disposiciones tendientes a garantizar un mínimo existencial para el individuo, como las normas que conforman la dimensión prestacional de las libertades y de los derechos políticos.

### III. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La idea de satisfacer las necesidades básicas constituye el pilar fundamental del concepto jurídico de los derechos sociales dentro del marco del Estado social. Los derechos sociales que satisfagan las necesidades básicas del individuo tienen prioridad frente a los deberes correlativos de solidaridad de los demás individuos y del Estado. Pero esta fundamentación independiente es complementaria de la fundamentación liberal de los derechos sociales, como medios para el ejercicio efectivo de las libertades. En este segundo tipo de fundamentación instrumental, también los derechos sociales tienen una prioridad sustantiva frente a los deberes correlativos de prestación.

De esta manera parecen desvanecerse las diferencias aparentemente radicales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Unos y otros derechos: 1) tienen una prioridad sustantiva frente a los deberes correlativos; 2) se enmarcan en el Estado social, porque buscan satisfacer las necesidades básicas —los derechos civiles y políticos la necesidad individual de ejercer la libertad privada y la autonomía política, y los derechos sociales la necesidad de disponer de la procura existencial y de los medios para el ejercicio efectivo de las libertades—; 3) presuponen a un individuo situado —el tú frente al yo—; 4) se atribuyen al individuo que se convierte en su titular; y 5) se ejercen frente al Estado y los demás particulares, destinatarios del deber.<sup>19</sup>

Lo anterior no implica que no existan diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, pero, como ya hicimos notar, estas diferencias no las encontramos en ninguno de los elementos mencionados, ni, como afirman algunos, en su

---

<sup>18</sup> En este sentido, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en la revista *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, p. 27. Madrid, Universidad Carlos III-Dickinson; también Prieto Sanchís, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustantiva”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, México, UNAM, 2000, p. 23. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 301.

indeterminación normativa.<sup>20</sup> Esta indeterminación normativa afecta tanto a las libertades como a los derechos políticos, sociales, procesales y al derecho a la igualdad. Debido a esta indeterminación y aparentemente sólo en el caso de los derechos sociales, la lucha ideológica se desplaza del ámbito de la política hacia la interpretación constitucional y de las legislaturas hacia los tribunales constitucionales. Por esta razón estos tribunales asumen competencias extrañas a las concepciones clásicas que existen del poder judicial y que son ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional. Abandonan su papel ideal como legisladores negativos y pueden convertirse en verdaderos legisladores positivos.<sup>21</sup>

La diferencia específica de los derechos sociales parece estar en que su objeto lo constituye una prestación, generalmente a cargo del Estado, y en la complicación para determinar cuándo y cómo se vulneran estos derechos. Todos los derechos humanos tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. La indeterminación, en los derechos sociales, se presenta porque la norma que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos mediante qué prestación se satisface el derecho. Consecuentemente, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige: no aparece determinado cuándo y cómo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta en los derechos de libertad, debido a que en éstos la conducta debida es una mera abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta. Para Häberle los derechos prestacionales exigen un momento activo de configuración, que corresponde en primer lugar al legislador: sólo pueden realizarse con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento.<sup>22</sup> A su vez, estas leyes deben ser ejecutadas por la administración.

Derivados de esta diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad se han desarrollado diversas concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Estas concepciones dan lugar al problema de establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales pueden derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que posteriormente se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el legislador y la administración.

Las concepciones más significativas son aquéllas que: (1) consideran las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas; (2) las que conciben estas disposiciones como una fuente de normas de los fines del Estado; (3) las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos; (4) las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos; y (5) derechos *prima facie*.<sup>23</sup> Revisaremos brevemente las tres primeras y profundizaremos un poco más en las dos últimas.

<sup>20</sup> Todas las disposiciones que establecen los derechos en una constitución son indeterminadas porque no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben. Ver el Capítulo I de BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Prol. de J. L. Cascajo Castro, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

<sup>21</sup> En este sentido están varios de los ensayos de TROPER, MICHEL. *Ensayos de Teoría Constitucional*, BOLAÑOS, Bernardo (tr.), México, Fontamara, 2004, especialmente el titulado "Del buen uso de los fantasmas. Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces".

<sup>22</sup> Citado por BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 303.

<sup>23</sup> Esta tipología es de BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 19, p. 362 y ss.

## 1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DISPOSICIONES PROGRAMÁTICAS

La primera concepción otorga a los derechos sociales sólo la naturaleza de disposiciones programáticas, negándoles cualquier tipo de carácter vinculante frente al legislador. Correlativamente, niega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, las disposiciones de derechos sociales son sólo fuente de inspiración política para el contenido de las leyes. Su dimensión jurídica no se proyecta frente a la ley, como ocurre en el caso de las libertades; comienza a partir de la ley. Los derechos sociales no obligan sino que facultan al legislador; no le exigen un determinado grado de desarrollo o de realización, sino que lo autorizan para limitar los derechos de libertad, siempre y cuando las limitaciones se enderecen a cumplir los objetivos de justicia social. Utilizando el argumento de la indeterminación, se aduce que las disposiciones de derechos sociales prescriben que algunos fines —educación, salud, vivienda digna, trabajo para todos— deben ser procurados o conseguidos por el Estado, aunque la realización de estos fines pueda llevarse a cabo mediante una infinidad de medios posibles. La constitución rara vez especifica cuáles medios debe adoptar el legislador, ni la oportunidad con que deben ponerse en práctica, ni el grado de cumplimiento de los fines que den satisfacción a las necesidades.<sup>24</sup>

El que las disposiciones sobre derechos sociales rara vez especifiquen cuáles son los medios de protección, no justifica la negación del carácter jurídico de estas disposiciones. En todo caso la constitución ordena al legislador y a la administración adoptar algún medio de los posibles, así como lograr un nivel mínimo de satisfacción del bien jurídico constituido. El problema es, entonces, determinar cuál de los medios es el señalado y qué nivel mínimo de protección se va a lograr. El legislador debe decidir sobre las políticas económicas y sociales, y debe elegir los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos de prestación. No obstante, de la circunstancia de que el legislador tenga atribuidas estas competencias no se puede concluir que se deba desconocer el carácter normativo y vinculante a los derechos sociales. El poder legislativo no goza de un régimen de excepción o de inmunidad con respecto al principio de supremacía de la constitución, ni en el ejercicio de las atribuciones económicas y sociales, ni en relación con el carácter jurídico de las disposiciones que tipifican los derechos sociales.

La necesidad de que el legislador disponga de un amplio margen de acción no despoja a los derechos sociales de su fuerza vinculante, como lo pretende la tesis de las normas programáticas, ni la vinculación que emana de estos derechos puede expropiar absolutamente al legislador de su libertad de decisión. El problema reside en encontrar un modo prudente que articule esta tensión, que defina la vinculación del poder legislativo a los derechos sociales de forma que no se perjudique la libertad de configuración legislativa, al ser suplantada por la decisión de un Tribunal Constitucional.<sup>25</sup>

## 2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO FUENTE DE NORMAS DE LOS FINES DEL ESTADO

Esta concepción intenta hacer compatible el ámbito de apreciación legislativo con el carácter vinculante característico de las disposiciones constitucionales de derechos sociales,

---

<sup>24</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 305.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 307.

considerando que éstos tienen la estructura de normas de programación final.<sup>26</sup> A diferencia de las normas condicionales —que generalmente encontramos tipificadas en el derecho—, estas normas se caracterizan porque prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios. Las normas condicionales revisten la estructura “si X, entonces Y”, en tanto que las normas de programación final tienen la forma canónica: “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3, etcétera, como medios idóneos.”<sup>27</sup>

De esta manera, las constituciones por lo general sólo tipifican la primera parte del enunciado, es decir, que el fin A debe ser conseguido. La segunda parte es una consecuencia lógica de la primera: algún medio debe ser adoptado, sin tener la certeza acerca de cuál es el indicado. Las constituciones dejan abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y la oportunidad precisa para obtener los objetivos trazados. Esta discusión debe llevarse a cabo en el seno del poder legislativo, en cumplimiento del principio democrático que en el terreno de la política hace relevantes los factores relativos 1) a las circunstancias fácticas (económicas y políticas) de la sociedad, 2) al grado en que se pretenda alcanzar las metas constitucionales, 3) al pronóstico de cuáles pueden ser las mejores estrategias y 4) a la programación de inversiones de recursos.

El problema consiste en conciliar la vinculación del legislador al fin constitucional con la no vinculación en cuanto a los medios. Para resolverlo se recurre a la noción de contenido esencial, con el consecuente problema de cómo identificar el “contenido esencial” o “núcleo” del fin.<sup>28</sup> De acuerdo a Sommerman, todas las disposiciones de fines del Estado —incluidos los derechos sociales— contienen un “núcleo esencial” vinculante para el legislador, que constituye el límite de su libertad de configuración. Sostiene este autor que “si una ley va en contra del contenido esencial del fin, sin que la concreta regulación pueda ser justificada o sustentada en otros valores constitucionales, puede ser declarada inconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes”.<sup>29</sup> Se trata de identificar uno o varios medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial. Cuando se identifican, la adopción de estos medios es vinculante para el legislador. En la hipótesis de que exista un único medio que haga posible realizar el “contenido esencial” del fin, esa actuación estaría ordenada por la constitución.<sup>30</sup>

Esta concepción de los derechos sociales, comparada con la tesis de las normas programáticas, presenta la ventaja de hacer efectivo el carácter vinculante de dichas disposiciones, por lo menos al reconocer que se debe perseguir el fin prescrito. Como consecuencia de esta obligación, el legislador también debe adoptar alguna medida encaminada a obtener la finalidad constitucional, siendo la inactividad legislativa total, en principio, incompatible con

<sup>26</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 4ª-reimp., Barcelona, Ariel, 1995, p. 43. Citado por BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 307.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 36, citado por BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 307.

<sup>28</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 356, citado por BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 402. Escribe este autor: “por el núcleo del fin se entiende el mínimo vinculante también para el legislador, mientras que por la parte accidental del fin se entiende el ámbito que está a disposición del legislador que efectúa la concreción”.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>30</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 309.

la constitución. Por otro lado, esta perspectiva presenta también inconvenientes, siendo el mayor la no fácil determinación del concepto de “núcleo esencial del fin”.

### 3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO MANDATOS OBJETIVOS

Esta teoría, defendida por Ernst-Wolfgang Böckenförde, ofrece una solución diversa al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos que resultan obligatorios para el legislador y para la administración a partir de los fines prescritos por las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales, que se manifiestan normativamente en mandatos jurídicos objetivos.<sup>31</sup> Como resultado de su estructura jurídica indeterminada, necesitan siempre concretarse mediante políticas legislativas. Por lo anterior, no es posible para los tribunales deducir de ellos pretensiones jurídicas concretas a favor de los particulares. Además, como la constitución no determina con claridad el objeto de la obligación legislativa, tampoco se puede otorgar a ningún sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico: la indeterminación del objeto implica la exclusión del sujeto activo de la posición jurídica en que se estructura el derecho social.

De esta manera, las normas que reglamentan los derechos sociales originan posiciones jurídicas que tienen sólo dos elementos: un sujeto pasivo (el legislador y la administración) y un objeto. Sin embargo, para Böckenförde las normas de derechos sociales no son proposiciones programáticas, sino que ostentan una fuerza vinculante que se proyecta en tres sentidos.<sup>32</sup> 1) En cuanto al fin que establecen. De los enunciados de derechos prestacionales se deriva el deber jurídico de realizar un fin fijado por la disposición que se sustrae a la libertad legislativa de escoger las finalidades de sus políticas; es un fin prescrito. 2) Es posible fundamentar un mandato jurídico objetivo, obligatorio sobre la consecución del fin, que prohíbe “la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado”. 3) Las disposiciones de derechos sociales contienen también un mandato que prohíbe la supresión definitiva de las medidas legislativas, una vez que han sido adoptadas, o “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera [del fin]”.<sup>33</sup>

Los sentidos 2) y 3) son elementos extraños al concepto “normal”. Böckenförde señala que estos sentidos (la desatención evidente y la reducción que implique llegar a dicho nivel) también disponen de una vertiente jurídicosubjetiva que dan lugar a “pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional”.<sup>34</sup> Estas pretensiones no consisten en un poder jurídico de un sujeto activo, que tenga por objeto una prestación, sino que “tales pretensiones están relacionadas con las pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad: no se dirigen, al igual que éstas, en todo caso a un determinado hacer positivo, sino a la defensa frente a las violaciones de los límites y vincula-

---

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución”, pp. 78 y ss; en PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1990.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 80 y ss.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 81.

ciones trazados al campo de juego político de los órganos estatales por parte de los mandatos constitucionales”.<sup>35</sup> Son defensas propias de los derechos de libertad.

Esta teoría de derechos sociales como mandatos jurídicos objetivos ofrece por lo menos un criterio que permite identificar los medios que resultan obligatorios para el legislador. El criterio está compuesto por los siguientes elementos: 1) la prohibición de inactividad absoluta, que incluye la prohibición de no adoptar ningún medio idóneo para conseguir el fin previsto en la disposición constitucional; 2) el concepto de “desatención evidente y grosera del fin o del programa”, que alude a la posible adscripción de una norma que prohíba adoptar medios tan inicuos o irrisorios que generen “una desatención evidente y grosera del fin”; 3) la prohibición de suprimir las medidas legislativas que tiendan a realizar el fin constitucionalmente prescrito, una vez adoptadas, y la prohibición de hacer operar sobre ellas “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera [del fin]”. Este elemento alude a la conocida prohibición de retroceso social.

Las contribuciones de Böckenförde son muy buenas, pero adolecen de varios inconvenientes. El más importante es sobre la idea de mandato jurídico objetivo, que carece de una consistencia estructural aceptable, porque esta noción es la síntesis de dos categorías jurídicas que se sitúan en polos opuestos: las normas programáticas y las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos subjetivos (compuestos de un titular, un destinatario y un objeto).<sup>36</sup> La relación entre el legislador o la administración y el objeto no puede ser considerada como una relación jurídica en el sentido estricto de la expresión, dado que su incumplimiento está desprovisto de coacción, y porque nadie estaría legitimado para hacerla efectiva. El deber legislativo es, entonces, un deber meramente moral o político, pero no un deber exigible ni controlable ante los tribunales, como es propio de los deberes jurídicos.

#### 4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DEFINITIVOS

Una cuarta teoría explica el carácter normativo de los derechos sociales aduciendo que las disposiciones constitucionales que los establecen dan lugar a posiciones jurídicas definitivas.<sup>37</sup> Esta teoría está fuertemente influenciada por los trabajos de profesor Robert Alexy.<sup>38</sup>

Las posiciones jurídicas son relaciones tridimensionales en las que un sujeto activo (el titular) ostenta el derecho subjetivo a que el sujeto pasivo (el legislador y la administración) despliegue una determinada conducta que constituye el objeto de su deber. La afirmación

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 314. BERNAL explica: “Los mandatos jurídicos objetivos toman algunos elementos de las posiciones jurídicas, como por ejemplo el carácter jurídico que atribuyen al nexo que une a un destinatario (el legislador y la administración) con un objeto (la actuación en fomento del fin). A su vez, de las normas programáticas toman la inexistencia de un sujeto activo dotado de una pretensión jurisdiccionalmente exigible”.

<sup>37</sup> Esta teoría la sustenta Gertrude LÜBBE-WOLFF, actualmente magistrada en la Corte Constitucional Federal alemana y profesora de Derecho Público de la Universidad de Bielefeld. La referencia es a su obra *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988. Esta autora defiende un modelo “preformativo” (*Präformationsmodell*) como estructura de los derechos sociales. La idea principal reside en que los derechos sociales no tienen un ámbito de protección inicial, susceptible de intervenciones, sino un único ámbito de garantía, que no admite ninguna intervención del poder del Estado (pp. 27 y ss.). Ref., BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 316.

<sup>38</sup> Ver ALEXEY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. esp. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 151 a 185; especialmente pp. 163 y ss.

de que las disposiciones de derechos sociales establecen posiciones jurídicas definitivas implica que dichas posiciones no son susceptibles de restricción y que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra. Estos dos elementos, el carácter no restringible y la inclusión de un sujeto activo dotado de derechos y pretensiones, hacen que la teoría de las posiciones jurídicas definitivas se diferencie de la tesis de los mandatos objetivos.

Para esta teoría los derechos sociales constitucionales se concretan en: 1) algunos deberes de abstención; 2) el derecho en contra de la extrema inactividad legislativa; 3) los derechos de igual participación en los derechos sociales derivados; 4) el derecho a la satisfacción de un mínimo existencial; y 5) el derecho al no retroceso social.

En su calidad de posiciones jurídicas de abstención, los derechos sociales funcionan como posiciones de defensa que imponen al legislador el deber de no restringir el derecho de los particulares a trabajar, a educarse, a convocar una huelga y a adoptar medidas de negociación colectiva. Otros derechos sociales (a la vivienda, a la seguridad social, a la salud, etcétera) también pueden ser observados como prohibiciones dirigidas al legislador y a la administración de menoscabar los fines que ellos establecen.

La doctrina alemana ha distinguido entre los derechos sociales originarios y derivados. Los primeros son posiciones jurídicas fundamentadas directamente en la constitución, que prescriben que un sujeto activo (el individuo) tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (el legislador) una prestación determinada (el objeto). Representan posiciones vinculantes para el legislador que se desprenden de las disposiciones de derechos sociales. El objeto de estas posiciones es un deber de legislar sobre la disposición de los medios tendientes a satisfacer los derechos sociales; y este deber es correlativo por lo menos a dos derechos subjetivos que se atribuyen al individuo: 1) el derecho a obtener del legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa; y 2) el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales, el derecho a recibir un mínimo existencial. Correlativamente, está prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial. La vulneración de estas prohibiciones tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión.<sup>39</sup>

Los derechos sociales derivados son, paralelamente, posiciones jurídicas fundamentadas en las leyes que desarrollan las disposiciones constitucionales, según las cuales un sujeto activo (el individuo) tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (la administración) una cierta prestación (el objeto) fijado por la ley. Los derechos sociales derivados no son relevantes desde la perspectiva de la vinculación del legislador, aunque el legislador está vinculado de todos modos por el principio de igualdad en la creación y en el reparto del ejercicio de estos derechos derivados. El principio de igualdad y los enunciados constitucionales de derechos sociales configuran un derecho subjetivo de igual participación en los derechos sociales derivados.<sup>40</sup>

Por último, de acuerdo con esta teoría, también debe adscribirse a las cláusulas de derechos sociales una prohibición de retroceso social, que impide al legislador hacer reversibles las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos sociales. A esta prohibición corresponde un derecho individual, exigible ante los tribunales, y que funciona de manera similar a los derechos adquiridos de la doctrina civilista. Los individuos beneficiarios de las prestaciones estatales tienen derecho a seguir disfrutando de ellas, y por tanto pueden instaurar pretensiones de inconstitucionalidad en contra de las leyes que intenten desarticular-

---

<sup>39</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 318.

<sup>40</sup> *Idem.*

las.<sup>41</sup> La única manera aceptable para desarticular estas prestaciones básicas sería mediante una sustitución por otros mecanismos alternativos o compensatorios. A final de cuentas lo que se busca es una garantía estable para el núcleo esencial de los derechos sociales.

Esta teoría intenta articular la dimensión normativa de los derechos sociales como derechos subjetivos que tienen como destinatario al legislador y a la administración. Esta teoría deja claro que, sin coartar la libertad de configuración del legislador, esa libertad debe respetar un mínimo esencial exigido por los derechos sociales, que se concreta en: 1) un mínimo de actividad legislativa; 2) la satisfacción del mínimo existencial; y 3) el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales.

Esta teoría, como las otras, también afronta varias objeciones. La primera tiene que ver con la prohibición de total inactividad legislativa, porque si se concibe esta prohibición como una norma definitiva y no sólo como una norma *prima facie*, se descarta por completo la potestad del legislador para decidir sobre la oportunidad de la acción dirigida a satisfacer las necesidades conexas a los derechos sociales, factor que determina la efectividad de las estrategias que se llevan a la práctica. Se puede dar el caso de que en un momento dado sea políticamente aconsejable la inactividad legislativa, es decir, que la pasividad esté fundamentada.<sup>42</sup>

La segunda tiene que ver con el problema del esencialismo. Para esta teoría también es difícil determinar a partir de la lectura de las disposiciones constitucionales aquello que pueda constituir el mínimo de los derechos sociales. El mínimo existencial es “indeterminado”: no hay criterios seguros para eliminar esta indeterminación. Además, valga el pleonasma, esta indeterminación es también indeterminada tanto sobre el mínimo deseable del fin (del objetivo social que se quiere alcanzar) como sobre los medios legislativos que se puedan adoptar para el efecto. La indeterminación del mínimo abarca ambos aspectos.

A las anteriores se añaden dos objeciones adicionales. Primero, aunque se tuviera pleno conocimiento sobre las posiciones jurídicas que constituyen el mínimo de los derechos sociales, pueden existir, en algunos casos, razones que impidan o desaconsejen cumplir ese mínimo. La teoría en comento olvida que el legislador no está vinculado a cada derecho, considerado de manera aislada, sino a la constitución en su conjunto, por lo que puede haber derechos, bienes y fines incompatibles, razones constitucionales que impidan que el mínimo de un derecho social sea garantizado en una situación específica.

Por último, esta teoría tampoco evita que se presenten colisiones irresolubles entre derechos fundamentales. Estas colisiones tendrían lugar cuando el legislador estuviera vinculado por dos exigencias contradictorias, que se derivaran de los mínimos pertenecientes a dos derechos fundamentales distintos. Si estas exigencias se consideraran como el objeto de dos posiciones definitivas se generaría una colisión imposible de resolver, dado que el legislador no puede cumplir dos exigencias definitivas que a la vez sean contradictorias entre sí. Para situaciones de esta naturaleza, la doctrina y la jurisprudencia alemanas afirma que los derechos sociales están sometidos a la “reserva de lo posible”, lo que implica tanto el punto de vista presupuestario o fáctico y también lo jurídicamente posible.<sup>43</sup>

Por otro lado, el derecho al no retroceso social debe considerarse también como una posición jurídica *prima facie*, de manera que ocasionalmente pueda ser restringida en razón de otros bienes constitucionales que tengan prioridad en casos concretos, para dar al legislador

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 320.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 321.

libertad de decisión sobre las estrategias que intenten satisfacer las finalidades sociales que la constitución le impone. Esta labor podría verse dificultada, si el poder legislativo estuviera compelido a regular problemas sociales de hoy con soluciones de ayer. Por esto es que debe entenderse que el derecho al no retroceso social es una posición *prima facie* que puede eventualmente admitir restricciones.<sup>44</sup>

La última objeción tiene que ver con la posibilidad de eliminar el carácter obligatorio a los derechos adscritos a los derechos sociales que se ubiquen fuera de ese núcleo mínimo. La consecuencia sería que en la zona contingente o secundaria del contenido de los derechos sociales se podrían establecer cualquier tipo de restricciones legislativas, incluso las arbitrarias.

##### 5. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS “PRIMA FACIE”

Las últimas objeciones llevaron a la doctrina alemana a considerar que las disposiciones de derechos sociales se concretan mejor como posiciones con carácter “*prima facie*”. En esta concepción, propuesta por Alexy<sup>45</sup> y Borowski,<sup>46</sup> los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones *prima facie* y admiten restricciones legislativas, justificadas en razón de limitaciones económicas o en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales.

Bajo este tenor, el criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales es el principio de proporcionalidad. Para casos específicos, el análisis de proporcionalidad de las restricciones a estos derechos indica si las posiciones en que se concretan estos derechos valen sólo *prima facie*, o si también valen de manera definitiva. Este tipo de análisis de proporcionalidad se conoce como prohibición de protección deficiente (*Untermaßverbot*). Su estructura es similar a la del principio de proporcionalidad que se aplica para el control de las intervenciones legislativas en los derechos de defensa (el principio de la prohibición del exceso o *Übermaßverbot*).

Para esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales imponen al legislador un determinado deber de legislar, pero también deberes de actuación para la administración y para el poder judicial. Estas posiciones tienen la siguiente estructura: 1) Sujeto activo: el individuo; 2) Sujeto pasivo: el legislador, la administración o el juez; 3) Objeto: una prestación consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos.

La persona tiene *prima facie* derecho a todos los medios materiales necesarios para ejercer sus libertades, sus derechos políticos y para satisfacer sus necesidades básicas. Ese máximo no es exigible cuando existan otros principios constitucionales o limitaciones materiales

---

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> ALEXY, *op. cit.*, nota al pie 13, p. 494.

<sup>46</sup> BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*. Citado por Bernal Pulido, *Op. Cit.*, nota al pie ¡Error! Marcador no definido., p. 322. También en BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, pp. 29-56. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79684>.

que lo impidan, siempre y cuando se demuestre al aplicar el principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente.

Como consecuencia, cada derecho fundamental social tiene un contenido *prima facie* que se integra por todos los medios indispensables que garanticen la necesidad básica que protege su ámbito normativo de derecho: la salud el derecho a la salud, la educación el derecho a la educación, la vivienda el derecho a la vivienda, etcétera. Adicionalmente, en cada derecho se configura un contenido definitivo, compuesto por todas las posiciones del derecho *prima facie*, con las características de ser oponibles al legislador y a la administración y que no sean restringibles, con base en los criterios que explicita la prohibición de protección deficiente. Tanto el legislador como la administración, al configurar los derechos, pueden excluir las posiciones restringibles del contenido definitivo del derecho.<sup>47</sup>

Es obvio que la siguiente pregunta sería cómo se determinan y cuáles son los criterios que explicitan esta prohibición de protección deficiente. Ya mencionamos que esta prohibición es una variación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, en la versión de interdicción del exceso, por lo que se compone de los mismos sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero en una versión distinta de los mismos. Estos tres sub-principios permiten construir un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos sociales, con el objeto de precisar si un acto estatal —una omisión absoluta o relativa— vulnera alguno de estos derechos. Por esto, es necesario aclarar las diferencias entre la prohibición de protección deficiente y la versión del principio de proporcionalidad como prohibición del exceso. Estas diferencias se refieren (1) al concepto de intervención en el derecho social y a la propia definición de los sub-principios de (2) idoneidad, (3) necesidad y (4) proporcionalidad en sentido estricto.<sup>48</sup>

(1) Las intervenciones del Estado en los derechos sociales se actualizan más en las omisiones legislativas, y no tanto en las actuaciones. El objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una omisión legislativa o administrativa que puede ser absoluta o parcial. En la omisión parcial la actuación estatal no protege el derecho social o lo protege deficientemente al no satisfacer, en la mayor medida posible, la necesidad básica implícita en el derecho. En este sentido, cualquier omisión, absoluta o relativa, que constituya una intervención en un derecho social es inconstitucional, a no ser que dicha omisión se justifique por las exigencias de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

(2) Una omisión estatal absoluta o relativa será inconstitucional, en función del sub-principio de idoneidad, si no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. Es decir, la legitimidad de la no satisfacción se justifica por la necesidad de atender a otros fines constitucionalmente legítimos, que impongan la omisión estatal o la satisfacción sólo parcial del derecho. Así, toda omisión arbitraria es susceptible de ser declarada inconstitucional.

(3) Además de esta exigencia de idoneidad, en segundo lugar, toda omisión estatal absoluta o relativa debe cumplir las exigencias del sub-principio de necesidad. Para este sub-principio, una omisión estatal absoluta o relativa será inconstitucional si mediante otra omisión u otra medida legal alternativa se alcance el fin constitucionalmente legítimo del legislador

<sup>47</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 323.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 324.

o de la administración, por lo menos con la misma intensidad, y a la vez permita un mayor cumplimiento del derecho social. Esta es una aplicación del llamado óptimo de Pareto.

(4) Un último examen debe hacerse a la luz del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, de la prohibición de protección deficiente. Una omisión legislativa absoluta o relativa resulta inconstitucional si el beneficio para el fin legislativo es inferior al grado en que no se realiza el derecho social; es decir, aunque exista un fin que justifique la omisión, ésta será inconstitucional si los beneficios que implica para dicho fin no compensan los sacrificios que la no satisfacción del derecho social lleva consigo. Si el fin legislativo sólo se beneficia de una manera leve con una medida de omisión parcial que implica una no satisfacción grave de un derecho social, deberá declararse la inconstitucionalidad de dicha medida.

La aplicación de estos sub-principios no elimina los márgenes de acción del legislador y de la administración.<sup>49</sup> El Legislativo y el Ejecutivo tienen un margen de acción estructural discrecional si la constitución no define sus competencias; así pueden decidir cuáles son los medios políticamente más convenientes para la satisfacción de los derechos sociales, entre todos aquellos que cumplan con las exigencias de la prohibición de protección deficiente. El respeto de este margen de acción, emanado del principio democrático, imposibilita la intromisión indebida del juez constitucional en competencias legislativas y administrativas. “Su observancia garantiza que el carácter jurídico de los derechos sociales no se convierta en un artificio para que el juez desconozca las reglas del juego democrático y del principio de división de poderes”.<sup>50</sup>

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La justiciabilidad y exigibilidad están íntimamente ligadas. Lo justiciable entraña la posibilidad de hacer efectivo lo exigible. Lo exigible es lo no cumplido, en este caso, por el Estado. A la exigibilidad generalmente, de manera muy estrecha, se relaciona con la posibilidad de hacer compulsivo el cumplimiento o la reparación, ante los tribunales, de un derecho que se ha violentado. Sobre esas premisas se ha llegado a la conclusión errónea de que muchos de los derechos sociales no son justiciables porque no son exigibles, porque carecen de “mecanismos” (que pueden crearse, no hay ninguna razón que lo impida) para hacerlos valer debido a la manera en que son conceptuados y a la estructura que arbitrariamente se le asigna.

Partiendo de que los derechos humanos son ante todo conceptos morales, posiciones que protegen las propiedades básicas de un sujeto para permitir su interacción con dignidad y libertad en una sociedad bien organizada, los derechos sociales son derechos subjetivos que protegen posiciones subjetivas individuales, que parten siempre de una posición del individuo: la voluntad; el interés; una combinación entre estos dos fenómenos; las facultades morales de la persona; o la capacidad de discernimiento. El derecho subjetivo le debe permitir interactuar *dentro* de la comunidad y *frente* a ésta, de ahí que uno de sus mejores fundamentos sea el concepto de necesidad.

A partir de este fundamento, de tipo instrumental, los derechos sociales tienen una prioridad sustantiva frente a los correlativos deberes de prestación, lo que desvanece las diferen-

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert, “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed. en español. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 511-562.

<sup>50</sup> BERNAL PULIDO, *op. cit.*, nota al pie 12, p. 326.

cias aparentemente insalvables entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Esto no implica que tengan la misma estructura: muchos derechos sociales tienen como objeto una prestación, lo que requiere de estructuras diferentes a las de los derechos de libertad, que hacen necesarias principalmente conductas de abstención. Derivados de esta diferencia estructural, como hemos visto, se han desarrollado diversas concepciones que han dado lugar al problema de establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales pueden derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que posteriormente se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el legislador y la administración. De estas concepciones, la que mejor responde, teóricamente, a cualquier tipo de objeciones, es la que considera que las disposiciones de derechos sociales se concretan mejor como posiciones con carácter “*prima facie*”, en la que los enunciados de los derechos sociales pueden ser limitadas ya mediante restricciones legislativas, o en razón de limitaciones económicas, de exigencias que se desprenden de otros derechos, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales.

#### V. FUENTES DE INFORMACIÓN

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos, 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

\_\_\_\_\_, “Epilogo a la Teoría de los Derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos BERNAL PULIDO, 2ª ed. en español. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2008.

\_\_\_\_\_, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*. Revista del Institución Bartolomé de las Casas, núm. 8, 2000, especialmente en las pp. 31 y ss. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf>.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Prol. de CASCAJO CASTRO, J. L. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

\_\_\_\_\_, *El Derecho de los derechos*, quinta reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución”, en PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Ed. Debate, 1990.

BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, pp. 29-56. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79684>.

- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Cantón J., Octavio y Corcuera C., Santiago (Coords.). México, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, GUASTAVINO, Marta (trad.), Barcelona, Ariel, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- HAYEK, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
- LUHMANN, Niklas, *Recht und Automation in der öffentlichem Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1990.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Barcelona, Ariel, 1995.
- PECES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en la revista *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, Madrid, Universidad Carlos III-Dickinson.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, México, UNAM, 2000. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*. MADERO BAEZ, Sergio René (tr.), México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, citado por BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- TROPER, MICHEL, *Ensayos de Teoría Constitucional*, BOLAÑOS, Bernardo (tr.), México, Fontamara, 2004.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, primera reedición, Barcelona, Gedisa Editorial, 2010.