

**Federico De Fazio (2019). *Teoría Principialista de los derechos sociales*. Madrid: Marcial Pons, ISBN 978-84-9123-682-5, 178 páginas.**

Por María Alejandra Gutiérrez Vargas\*

Fecha de recepción: 18/04/20

Fecha de aceptación: 25/04/20

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



Los derechos sociales han sido ampliamente investigados a lo largo de las últimas décadas, especialmente desde su incorporación al sistema internacional con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, estos estudios no han sido desarrollados con los mismos objetivos, sino que cada línea de investigación se ha propuesto resolver distintos interrogantes por medio de metodologías diversas.

Así, en su trabajo, Federico De Fazio distingue entre tres líneas principales de investigación: la filosófica, que indaga si los derechos sociales deben ser considerados derechos humanos y, en consecuencia, si su reconocimiento institucional dentro del catálogo de derechos fundamentales de una Constitución resulta moralmente obligatorio; la histórica, que pone en el centro de la cuestión las circunstancias sociales y políticas que propiciaron el reconocimiento institucional de los derechos sociales; y la sociológica, que se ocupa de evaluar las políticas públicas que pretenden asegurar el cumplimiento de los derechos sociales, como también el impacto de las decisiones judiciales.

De Fazio no pretende profundizar ninguna de estas tres líneas principales de investigación, sino que aspira al desarrollo de una que ha sido mucho menos explorada: la específicamente jurídica, es decir, aquella línea de investigación que adopta la perspectiva interna de quien acepta una determinada práctica jurídica. En este sentido, el autor plantea que la incorporación de los derechos sociales al catálogo de derechos fundamentales trae dos problemas principales desde el punto de vista de la teoría jurídica. El primero (que solo será nombrado, puesto que ya ha sido ampliamente desarrollado por otras investigaciones) es de índole institucional y se centra en la tensión existente entre los derechos constitucionales y las instituciones democrático representativas. El segundo (que será el central de este trabajo) es de índole metodológico y refiere a cuáles son aquellos derechos sociales que se encuentran ordenados por las Constituciones y que justifican la toma de decisiones judiciales en torno a ellos. En particular, la pregunta específica que pretende resolver es la siguiente: ¿existe algún procedimiento de argumentación que permita adscribir, como parte del significado de las cláusulas

---

\* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Correo de contacto: [ale.gutierrez.vargas@gmail.com](mailto:ale.gutierrez.vargas@gmail.com)

constitucionales, normas que ordenen realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento?

Como posibles respuestas a dicho interrogante han sido desarrolladas tres posiciones básicas y que el autor denomina “teoría escéptica”, “teoría del contenido esencial” y “teoría de los principios”. La teoría escéptica rechaza que a partir de cláusulas constitucionales tan indeterminadas puedan fundamentarse racionalmente normas que ordenan derechos sociales en una medida exacta de cumplimiento. La teoría del contenido esencial plantea que, como significado de las cláusulas constitucionales, pueden adscribirse racionalmente normas que ordenan cumplir con los derechos sociales solamente en su grado más básico o esencial de realización. Por último, la teoría de los principios sostiene pueden adscribirse racionalmente principios que ordenan optimizar derechos sociales como significado de las cláusulas constitucionales. De Fazio se inclina por asumir a esta última como marco teórico.

Así, se plantea claramente el hilo conductor de la investigación y su hipótesis primaria, que afirma que efectivamente existe un procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenen realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. Asimismo, se plantea una hipótesis secundaria, que indica que el procedimiento de argumentación aludido está compuesto por dos grupos de argumentos: el primer grupo se corresponde con aquellos argumentos que exigen de explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios, como por ejemplo los argumentos basados en la interpretación del texto constitucional, en el uso de casos precedentes o análogos; mientras que el segundo grupo está conformado por aquellos que sí requieren de esa explicitación y que pueden ser sistematizados dentro del examen de proporcionalidad por omisión.

La búsqueda de corroboración de las hipótesis se desarrolla en dos partes principales que a su vez se corresponden a la organización del libro. En la primera, al autor se dedica a realizar una reconstrucción analítica acerca del concepto y la estructura de las normas de derecho social, permitiendo evidenciar que la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales se encuentra justificada sólo si es válida una regla de derecho social. En la segunda parte se da cuenta del procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente que una regla de derecho social forma parte del significado de una o más cláusulas constitucionales.

El primer capítulo comienza con la dilucidación del concepto de norma de derecho social, indicando que será toda aquella norma constitucional que ordena realizar un derecho social. Luego de diferenciar las formulaciones normativas de las normas desde el punto de vista semántico, el autor concluirá que una norma es el significado de una formulación normativa, por lo que la validez de una norma dependerá de la identificación de, al menos, una formulación normativa. Esta contará con rango constitucional cuando pueda ser extraída literalmente o a través de otros argumentos del texto de la Constitución. En este capítulo también se explicita que los derechos sociales son derechos subjetivos a una acción positiva fáctica, es decir, como una relación triádica en la que un sujeto titular A, tiene frente a un sujeto destinatario B, un derecho a un objeto X que en este caso se trata de una acción positiva fáctica: la entrega de un bien material o la prestación de un

servicio. Por último, señala que los derechos sociales entran dentro de la clasificación de los derechos de prestación, por lo que es posible que estos cuenten con un objeto con estructura disyuntiva. Esto quiere decir que el sujeto destinatario puede contar con un margen de discrecionalidad para elegir entre las opciones que se presentan como igualmente idóneas para su cumplimiento.

Una vez definidas las normas de derecho social, el autor aborda su distinción estructural en dos clases: las reglas y los principios. Mientras que las reglas ordenan realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, los principios ordenan optimizar un derecho social, esto es, realizarlo en el mayor grado posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes. El segundo capítulo, entonces, se ocupa de justificar cada uno de los presupuestos sobre los que se asienta esta afirmación.

En primer lugar, tras sortear hábilmente numerosas objeciones, y tomando uno de los criterios demarcatorios de *"The Model of Rules"* de Dworkin, concluye que la distinción entre reglas y principios es una distinción fuerte y no meramente de grado, en virtud de que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la dimensión del peso. Así, contrariamente a lo que ocurre en los conflictos que se suscitan entre reglas (que se resuelven en la dimensión de la validez), los conflictos entre principios sólo pueden ser resueltos en la dimensión del peso, es decir, a través de la determinación de una relación de precedencia condicionada a la que se puede llegar tras realizar un juicio de proporcionalidad.

En segundo lugar, y siguiendo en esto a Alexy, sostiene que conceptualmente puede explicarse la distinción entre las dos clases de normas en función del tipo de mandato que prescriben. Así, los principios exhiben una dimensión del peso justamente porque son mandatos de optimización, mientras que las reglas carecen de esta dimensión porque son mandatos de cumplimiento exacto. En este punto también aparecen objeciones, que el autor va saldando y que enriquecen sumamente el camino hacia las conclusiones.

En tercer lugar, se ocupa de demostrar que la distinción señalada puede aplicarse al caso especial de las normas de derecho social, afirmando que no es posible reconstruir modelos dogmáticos puros, es decir, exclusivamente conformados o bien por reglas o bien por principios de derecho social. Motivo por el cual sólo cabe la posibilidad de considerar un modelo combinado que suponga que las normas de derecho social pueden exhibir tanto la estructura de reglas como la de principios. A este postulado también se le oponen diversas objeciones, que, sin embargo, no alcanzarían a refutarlo.

Con esta explicación finaliza la primera parte del libro, y se da pie a la segunda, que, ya ubicado en el ámbito de la metodología jurídica, tiene como objetivo principal explicitar cuál es el procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente que una regla de derecho social forma parte del significado de una o varias cláusulas constitucionales. Para esto, se toma como punto de partida un criterio pragmático de racionalidad proveniente de la teoría del discurso: una regla de derecho social es válida cuando a su favor pueden darse argumentos que, en su debido contexto, deberían ser aceptados por cualquier participante de un discurso jurídico. Aquí entra en el centro de la cuestión la hipótesis secundaria, que como se dijo, postula que hay dos clases de argumentos que pueden utilizarse para fundamentar la validez de reglas de derecho social:

aquellos que exigen de explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios y aquellos que sí lo requieren.

Así, en el tercer capítulo de la obra, se analizarán los argumentos incluidos en el primer grupo: los interpretativos y los basados en casos precedentes o análogos. En cada uno de los apartados, el autor se ocupará de pormenorizar el modo en que opera cada uno de estos argumentos, señalando las objeciones que se les oponen, ofreciendo contraargumentos y ejemplos prácticos provenientes de distintos sistemas jurídicos que permiten sustentar la afirmación de que, en ciertos casos, es posible fundamentar la validez de reglas de derecho social sin la necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada entre principios.

Así se llega, entonces, al punto álgido de la obra en el cuarto y último capítulo. Allí se propone realizar una reconstrucción racional acerca del uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación de derechos sociales. Según De Fazio, esto sucede cuando solamente es válido un principio de derecho social.

El autor no deja de lado que el uso del examen de proporcionalidad trae consigo controversias y, lejos de pasarlas por alto, las desarrolla. Así, desarrolla la disputa en torno a cuál es la estructura que adopta el examen de proporcionalidad ante casos que involucren derechos de prestación en general y sociales en particular. Adopta la posición que indica que el examen de proporcionalidad cuenta con una idéntica estructura tanto en su variante por omisión como por exceso, por lo que los subexámenes del examen de proporcionalidad deben ser aplicados una sola vez sobre la omisión efectivamente adoptada. Para tomar esta posición, indica que esto es lo que presupone la argumentación judicial: se realiza un control a una relación de precedencia condicionada entre principios ya determinada en el pasado y por ello solo basta con examinar de manera exclusiva la medida que fue efectivamente adoptada.

Saldados estos debates, se avanza al análisis de la estructura del examen de proporcionalidad por omisión. En primer lugar, se indica que sus precondiciones requieren que exista una limitación a un principio de derecho social, y que esa limitación sea una consecuencia de una omisión de una o varias acciones positivas fácticas imputables al destinatario del derecho.

Seguidamente, se explica que el subexamen de idoneidad impone que cualquier omisión que resulte lesiva respecto de un principio de derecho social deberá perseguir un fin legítimo y ser técnicamente adecuada para fomentarlo. Concluye que de su administración pueden obtenerse tres resultados posibles: que la omisión contribuya en algún grado y sentido con el fomento de un fin legítimo, caso en el que se la considerará idónea y deberá proseguirse con los siguientes subexámenes. También puede darse el caso contrario, ocasión en la que se deberá considerar a la omisión como técnicamente inadecuada y, por tanto, desproporcionada en sentido amplio. Por último, el tercer resultado posible es que persistan dudas, por lo que se deberá continuar con el examen.

Luego se analiza el subexamen de necesidad, indicando que este exige verificar si no existe una alternativa a la omisión que permita fomentar, al menos en el mismo grado, al fin legítimo y que a la vez resulte menos lesiva con respecto al principio de derecho social. Al igual que sucede con el subexamen de idoneidad, el autor indica que pueden obtenerse tres resultados: que no exista una medida alternativa a la omisión que sea igualmente idónea para fomentar el fin legítimo, o

que exista pero no promueva en un mayor grado de realización del principio de derecho social, con lo cual deberá considerarse que la omisión es necesaria y continuar con el análisis. En el caso contrario, es decir cuando sí exista esta medida alternativa, la omisión deberá considerarse innecesaria, demostrando que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento subóptimo en relación a sus posibilidades fácticas. Asimismo, también cabe la posibilidad de que existan dudas al respecto y deba continuarse con el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto.

Así se prosigue con el último paso del examen, que es el subexamen de proporcionalidad. De acuerdo con este subexamen toda limitación a un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe guardar una relación de compensación con las razones que hablan a favor del fin que pretende legitimar su restricción. El autor explica que la estructura interna de este argumento suele ser resumida con aquello que Alexy ha denominado “ley de la ponderación” y que indica que cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro. Esta justificación debe ser alcanzada evaluando a los principios en pugna tomando en cuenta tanto las circunstancias de la colisión como su consecuencia jurídica. Aquí también se desarrollan el concepto de pesos relativos en abstractos y de grado de limitación y grado de realización, indicando cuál es el modo de identificarlos y cómo deben aplicarse a los fines del subexamen. También en este punto pueden obtenerse tres tipos de resultados: si la intensidad de la afectación del principio de derecho social es igual o menor que la importancia de la satisfacción del fin legítimo, entonces la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser considerada como proporcionada en sentido amplio y con ello no cabe la posibilidad de adscribir la validez de una regla de derecho social como parte del significado de una o más cláusulas constitucionales. En el caso contrario, en cambio, queda justificado que el principio de derecho social involucrado ha sido suboptimizado en lo que refiere a sus posibilidades jurídicas o normativas en general. Por último, puede suceder que persistan dudas. En estos casos, la omisión debe considerarse permitida, en razón del principio formal que prescribe respetar las decisiones tomadas por el Poder Legislativo.

Finalmente, el autor continúa con el desarrollo de las objeciones que suelen oponerse a la racionalidad de la ponderación, ofreciendo contraargumentos que las responden. Se culmina de este modo, con el análisis estructural del examen de proporcionalidad, habiendo pormenorizado cada uno de sus pasos y corroborando ambas hipótesis planteadas al principio: no solo es correcto afirmar que existe un procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenen realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento, sino que también pueden identificarse dos grupos de argumentos en este procedimiento, aquellos que precisan explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios y aquellos que no.

La obra de De Fazio resulta sumamente novedosa ya que centra el análisis de los derechos sociales desde la perspectiva de la argumentación jurídica, consolidando así una nueva línea de investigación que sienta las bases y da lugar a ser profundizada. Sumado a ello, la claridad de las explicaciones vertidas en cada

uno de los puntos de análisis no deja lugar a dudas acerca de lo planteado, que resulta de utilidad no solo para el ámbito académico, sino que también para aquellos operadores judiciales que tienen la tarea de adjudicar o aplicar derechos sociales.