



Sin título
Néctor Mejía

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

* Artículo desarrollado en calidad de auxiliar de investigación del proyecto El Estado Social de Derecho como fundamento para negar o reconocer la prestación de los derechos sociales en Colombia. Análisis de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana 1992-2003, inscrito en el CODI - Universidad de Antioquia y cuya investigadora principal es la Doctora María Cristina Gómez Isaza.
Fecha de recepción: Mayo 16 de 2005
Fecha de aprobación: Julio 29 de 2005

FUNDAMENTALIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA PROPUESTA ARGUMENTATIVA (Segunda Parte)

Luisa Fernanda Cano Blandón*

RESUMEN

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

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

FUNDAMENTALITY AND EXIGIBILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ARGUMENTATIVE PROPOSAL

SUMMARY

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

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

* Profesora semilla del Grupo de Investigación "Derecho y Sociedad", adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

FUNDAMENTALIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA PROPUESTA ARGUMENTATIVA

Segunda parte

En la primera parte de este artículo se propuso una variación en el discurso de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales, a partir de la argumentación de la naturaleza fundamental de tales derechos. Lo que se sostuvo es que teniendo en cuenta que la posibilidad de reclamar protección de un derecho no hace parte necesariamente de su naturaleza fundamental sino que es una *consecuencia* de tal calidad, la existencia de los derechos sociales como derechos fundamentales no depende ni puede condicionarse a la existencia de posibilidades de hacerlos exigibles. En ese sentido, se presentaron los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la fundamentalidad de los derechos sociales, tratando de ordenar razones para considerar dichos derechos como fundamentales como camino pertinente hacia la discusión de su protección jurídica.

En esta segunda parte, se abordan algunas vías de exigibilidad de los derechos sociales a partir de propuestas doctrinarias que buscan probar que, al igual que los civiles y políticos, los sociales conceden a su titular el derecho de requerir al obligado por el cumplimiento de su contenido.

En primer término, es sabido que la teoría de los Derechos Humanos, tomó como propio un concepto tradicional del derecho privado: la expresión "derecho subjetivo", buscando recalcar el fuerte grado de vinculación con la vigencia de tales derechos para el sujeto obligado, de manera que, el texto que contiene el derecho en mención hace las veces de "título" que permite reclamar su cumplimiento. De ahí que se intente evidenciar que los derechos sociales, al igual que el resto de derechos fundamentales, pueden inscribirse en la categoría de derechos subjetivos. En segundo término, se presentan los mecanismos de protección de los derechos sociales directos e indirectos, propuestos por Abramovich y Curtis (2002) y algunos comentarios concluyentes.

4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

A los derechos sociales se les ha considerado derechos de crédito, al otorgar al individuo un título para exigir la prestación de quien resulte obligado. Desde esta

perspectiva, la exigencia judicial de la prestación que se debe, parte de la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos. En adelante, veremos los argumentos que acogen el tratamiento de los derechos sociales como derechos subjetivos así como las críticas y debilidades de esta perspectiva.

Según el profesor Rodolfo Arango (2002), las normas constitucionales, particularmente las de derechos fundamentales, consagran derechos subjetivos, en virtud de la fuerza normativa o vinculante de la Constitución; por tanto, una interpretación extensiva del concepto de derechos subjetivos debe preferirse a una interpretación restrictiva, debido al rol de los derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos modernos. Por ello, se hace urgente la construcción de un concepto evolucionado de derechos subjetivos que define, el citado autor, como aquel que reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos positivos o negativos, y a la vez incorporan en su definición los criterios para determinar su violación.

El concepto de derecho subjetivo es descrito por Alexy (1993) y está formado por tres niveles: posiciones normativas, razones para derechos y exigibilidad jurídica. Así, un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular, amenaza o daño que de concretarse otorga al sujeto afectado la oportunidad de reclamar coactivamente su observancia. Se trata entonces de una facultad jurídica reconocida por una norma a un sujeto para exigir de otro una determinada acción u omisión, con miras al aseguramiento de un interés propio.¹ De los niveles mencionados por Alexy, el profesor Arango deriva los elementos característicos de todo derecho subjetivo: a) una norma jurídica, b) un deber jurídico de otra persona deducible de una norma y, c) una facultad jurídica reconocida al sujeto del derecho para la persecución de intereses propios.

En el mismo sentido, sobre el concepto de derecho subjetivo expresa el profesor Chinchilla (1999), "...tener un derecho subjetivo significa que para alguien existe una facultad, derivada de una norma jurídica, para exigir de otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aún mediante el ejercicio de una acción judicial (garantía subjetiva de acción)"²

Hay varios asuntos inquietantes aquí, por ejemplo, ¿puede estimarse sin reservas que los derechos fundamentales son derechos subjetivos?, y de otro lado, ¿pueden considerarse los derechos sociales como derechos subjetivos? La respuesta a es-

¹ ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. EN: Revista Pensamiento Jurídico No 8. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1997, p. 65.

² CHINCHILLA HERRERA, Tulio. ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?, Bogotá: Temis, 1999, p. 16.

³ Ibid.

tas preguntas cobra relevancia debido a que la pretensión de asegurar los derechos sociales como derechos subjetivos, radica en que la exigibilidad jurídica o "garantía subjetiva de acción" es una vocación de todo derecho subjetivo.

En ese sentido el profesor Chinchilla (1999) señala que los derechos subjetivos son derechos esencialmente justiciables, es decir, derechos a los que la posibilidad de reclamación judicial o justiciabilidad, constituye una de sus características consustanciales, de este modo, "para tener un derecho, en el sentido fuerte de la expresión (...) se necesita que la situación provechosa amparable en la norma asuma el formato técnico de derecho subjetivo. En consonancia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los derechos fundamentales han buscado verterlos en ese viejo odre proveniente del derecho privado" en la medida en que considerar a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, "les permite ganar el atributo de la justiciabilidad que caracteriza a estos (que su titular los pueda hacer valer judicialmente en caso de vulneración o amenaza)."³

Sin embargo, el mencionado autor considera que los derechos fundamentales no son una especie del concepto de derechos subjetivos debido a que "...los derechos fundamentales se formulan como principios que sólo embrionariamente (germinalmente) postulan deberes y obligaciones sobre los demás, pero que en sí mismos no prescriben conducta específica alguna", lo cual se debe particularmente a su textura deliberadamente abierta que implica la necesidad de su interpretación, cuestión que genera, inevitablemente, una inseguridad jurídica que, sin embargo, "no se vive como una tragedia insoportable en el derecho". De este modo, Chinchilla señala que:

En rigor, el derecho fundamental no es una especie del género derecho subjetivo, sino que el derecho fundamental va engendrando, a partir de sí mismo, a partir de la fuerza expansiva encerrada en su núcleo esencial, un conjunto de derechos subjetivos (...) que invaden el ordenamiento para ponerlo a su servicio. El derecho fundamental parece ser, más bien, una categoría especial de derechos, no equiparable, no reducible a la categoría de derechos subjetivos.

Lo que el autor sugiere entonces, es que no se debe reducir el potencial interpretativo de los derechos fundamentales a la categoría de derechos subjetivos puesto que por sí mismos puede que no estén formulados de este modo, pero generan, en su impacto en el ordenamiento, un conjunto de derechos subjetivos que buscan su garantía. En suma, los derechos fundamentales generan obligaciones y posibilidades de reclamación ante su incumplimiento para su titular y esto es lo que importa

³ Ibid. P 17.

para efectos de la argumentación de los derechos sociales como derechos subjetivos. Ahora, frente a la cuestión de qué genera qué, es decir, si el derecho subjetivo genera la correlativa obligación o viceversa; el profesor Chinchilla señala al respecto que "no es que haya un derecho cuando logramos encontrar un deber sino que, afirmada la existencia de un derecho (en sentido de *status* personal valioso) debe procederse a descubrir los deberes y obligaciones que a partir de él se generan. El derecho subjetivo pues, viene a ser una fuerza generatriz de deberes y convocatoria de garantías."⁴ Por su parte, Bobbio⁵ indica que no hay derecho sin obligación, y no hay ni derecho ni obligación sin una norma de conducta, esto porque la figura del derecho tiene por correlativo la figura de la obligación.

Volviendo entonces sobre la propuesta inicial, esto es, sobre la idea de justificar la exigibilidad de los derechos sociales, a partir de su definición como derechos subjetivos, siguiendo a Alexy (1993) el derecho subjetivo es una *posición jurídica* y la exigibilidad judicial es una propiedad de las posiciones jurídicas, de modo que la existencia de una posición jurídica es un argumento a favor de su exigibilidad judicial. En este sentido, encuentra razón de ser la idea de que la vía indicada de argumentación es establecer, por medio de "razones válidas y suficientes", la posición jurídica de prestación que contienen los derechos sociales, esto es, argumentar su carácter de derechos subjetivos. Para ello y siguiendo a Alexy, el primer paso es señalar que en los Derechos Fundamentales Sociales —como los denomina este autor— no existe un obligado difuso o indeterminado como lo quieren hacer ver sus detractores. Por el contrario, "en tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes, entre un titular de un derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado [de manera que] cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho constitucional y el Estado, el titular tiene *competencia* para imponer judicialmente el derecho (...) Esto porque los derechos a prestaciones, como así también los derechos de defensa, tienen un carácter *prima facie*, es decir, carácter de principios."⁶

El asunto problemático que identifica Alexy, para el caso alemán y del que no es ajeno el caso colombiano, es que las relaciones trivalentes que constituyen los derechos sociales no se encuentran explícitas desde la norma constitucional sino que deben configurarse interpretativamente. El profesor Alexy parte entonces de una realidad normativa al momento de tratar el tema de la exigibilidad indicando

⁴ CHINCHILLA HERRERA. *Op. Cit.*, P. 16.

⁵ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, p. 20.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 439.

que "la Ley Fundamental tiene carácter de una constitución burguesa y de Estado de Derecho, orientada hacia los derechos de defensa [de forma que] se renunció deliberadamente a la formulación de normas que confieren derechos subjetivos a prestaciones", es decir, los denominados Derechos Fundamentales Sociales, no otorgan desde la norma que los consagra, la posibilidad de que su titular haga exigible su contenido en sede judicial. Si esto es así, no podemos decir que los derechos sociales sean derechos subjetivos porque la norma lo indica —como sucede en el caso de los civiles y políticos—, sino que tal afirmación debe ser sustentada vía interpretación de la Carta.

Así lo señala expresamente Alexy (1993): "...la Ley fundamental tiene puntos de apoyo objetivamente formulados para una interpretación que postula derechos a prestaciones: obligación de todo poder público a proteger la dignidad de la persona y la cláusula del Estado Social," en otras palabras, los derechos sociales ganan su exigibilidad en la interpretación, no solamente de la norma que los contiene sino de todo el entramado constitucional del que hacen parte. Hablamos entonces de una interpretación sistemática necesaria para otorgar carácter vinculante a los derechos sociales, al menos mientras no se presente un cambio constitucional en ese sentido.

Apoyando lo dicho, el profesor Arango (1997) indica que los derechos sociales fundamentales "no tienen como título de adquisición el texto expreso de la Constitución [si no que] tienen como única fuente posible normas adscriptas de derecho fundamental, o sea, deben ser fundamentados mediante una argumentación correcta", de manera que "los derechos subjetivos de rango constitucional se ganan en la interpretación, ello obedece a la naturaleza abierta de las normas constitucionales iusfundamentales".

Una vez admitida la generación de obligaciones a partir de identificar los derechos sociales como derechos subjetivos, la pregunta que surge es ¿Qué obligación surge y para quién? Al respecto, Alexy (1993) considera que en el caso de los Derechos Fundamentales Sociales, el derecho subjetivo aparece cuando el Estado incumple sus deberes constitucionales, es decir, existe un deber para el legislador de realizar los fines del Estado Social, si lo omite, podría surgir de aquí un derecho subjetivo. Este derecho que surge, se refiere a reclamar lo necesario para que los impedidos subsistan por sí mismos, es decir, el Estado debe asegurar las condiciones mínimas para una existencia humana digna. Esto es lo que conocemos como un derecho fundamental al mínimo vital, del cual se deriva, por lo menos, un derecho social fundamental *tácito* logrado vía interpretación. En este sentido el profesor Arango (1997) señala que "una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de

urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona."⁷

Pero además del incumplimiento, Alexy explica que los derechos sociales pueden ser garantizados si se cumplen las siguientes dos condiciones: 1) Cuando lo exige de manera urgente el principio de la libertad fáctica y 2) Cuando los principios de la división de poderes, de la democracia y de la libertad jurídica de otros individuos se encuentran afectados en medida reducida. Lograr que ambas circunstancias se cumplan no resulta fácil por lo general, porque el otorgamiento de un derecho social implica una decisión de tipo prestacional en detrimento de la seguridad jurídica y de la separación de poderes.⁸

Ahora bien, es necesario distinguir entre condiciones para proteger los derechos, y condiciones para determinar la violación de los derechos. Como vimos, según Alexy, para protegerlos se requiere el incumplimiento, la exigencia de protección del principio de libertad fáctica y la reducida vulneración a los principios democráticos. Por su parte, siguiendo al mismo autor, el reconocimiento de la violación de derechos positivos depende de dos condiciones objetivas: 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definida.

El daño individual inminente, según el profesor Arango,⁹ es la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo. Al respecto señala que lo requerido para la realización del derecho corresponde con lo que hay que hacer para evitar su violación: "en una situación de urgencia es normalmente obvio lo que se debe hacer. La clave para saber cuándo una omisión es condición suficiente de un daño individual es la *urgency* de la situación. Para determinarla debemos imaginarnos lo que podría suceder si la necesidad básica de la persona no

La fundamentación de los derechos sociales fundamentales que propone Arango, se ofrece en un caso concreto: se trata del derecho al mínimo vital necesario para una existencia digna, frente a él, "la Corte Constitucional ha deducido esta posición jurídica mediante una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 11, 13 y 86 de la Constitución. Se trata aquí de un verdadero derecho positivo-general de rango constitucional —derecho social fundamental al mínimo vital— en cabeza de los sujetos jurídicos que se encuentran en el supuesto de hecho descrito", dicha interpretación se encuentra condensada en la sentencia SU 111-97 en la que a partir de un atentado grave contra la dignidad humana de un sector vulnerable de la población debido a que el Estado deja de prestar el apoyo material mínimo, pese a poder hacerlo, se lesionan, bajo esta omisión, los derechos fundamentales del afectado. ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. *Op. Cit.*

GARCIA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 458.

ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. *Op. Cit.*

es satisfecha pese a la inminencia de sufrir un daño”, de este modo, la urgencia de una situación en la que las necesidades básicas no están aseguradas, es un estado objetivo de cosas que puede ser comprobado mostrando lo que sucedería en caso de que la necesidad básica en cuestión no se atendiera inmediatamente, es decir, en caso de no reconocer la posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes para ello.

Por su parte, el no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente por el subsidiariamente obligado (en este caso el Estado) es injustificado si el principal obligado (por ejemplo la familia) incumple con su obligación y si esta situación amenaza causar un daño inminente, de manera que la urgencia de la situación activa el principio de la subsidiaridad.

El concepto de “urgencia” resulta bastante interesante, sin embargo, encontramos un aspecto discutible en este argumento. Según lo dicho, la garantía de los derechos sociales se da siempre y cuando exista un daño individual inminente o una situación de urgencia que amenace la vigencia del derecho. Se entiende, entonces, que los derechos sociales no son fundamentales por sí mismos sino en virtud de ciertas condiciones. No obstante, y siendo coherentes con lo expresado a lo largo del escrito, creemos que la posibilidad de reclamar la protección del derecho social no surge de la amenaza o daño, sino de su naturaleza fundamental. Afirmar que sólo los derechos sociales son fundamentales cuando hay una amenaza o situación de urgencia, es como afirmar que la fundamentalidad permanece “dormida” mientras ocurre el suceso amenazante o vulnerante, el cual, “dispara” o “despierta” la fundamentalidad. Cuestión diferente es que en la práctica, sólo se necesite acudir a la protección del derecho mediante los mecanismos dispuestos para hacerlo exigible, cuando la persona se encuentra en una situación de las descritas, esto es, cuando un derecho suyo ha sido vulnerado o está amenazado de serlo. Si la persona goza de buena salud y no requiere ningún tipo de medicamento esencial, es claro que su derecho fundamental a la salud se encuentra vigente y no demanda hacer uso de la protección que merece su derecho; pero si esa persona requiere una intervención quirúrgica vital para su salud, y no dispone de medios ni recursos para ser atendido, tenemos que su derecho fundamental a la salud se encuentra amenazado y, por tanto, merece protección. Lo que queremos decir es que la fundamentalidad es un atributo que acompaña en todo tiempo y circunstancia a los derechos sociales y, tal cualidad, permite que en caso de ser necesario, el titular del derecho lo haga exigible.

En suma, retomando la cuestión de la prestación que puede exigir el titular de un derecho social, pudiera desde cierta perspectiva entenderse que su titular se hace acreedor al derecho a que se dé tratamiento normativo y político a la cuestión que

lo afecta, es decir, se trataría de lo que Sen (1996) denomina meta-derechos.¹⁰ No obstante, entendemos que, lo que se pretende, es que el titular pueda exigir judicialmente el contenido del derecho, es decir, que se repare el derecho vulnerado imponiendo la ejecución de la obligación que se debe, reparación que, para el caso de los derechos sociales, es posible, aunque sea tardía, cosa que no es viable frente a las violaciones a los derechos individuales, por lo que —siguiendo a Ferrajoli— es evidente la mayor efectividad de la garantía jurisdiccional de los derechos sociales, en palabras del autor, “la violación de un derecho de libertad, o peor aún, de la integridad personal, o del derecho a la vida puede ser sancionada, pero ciertamente no anulada. Por el contrario, la violación por incumplimiento de un derecho social, bien puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este aspecto, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad.”¹¹

4.1. Los mecanismos directos e indirectos: la teoría de Abramovich y Courtis

Víctor Abramovich y Christian Courtis (2002), han aportado valiosos elementos a la discusión sobre la exigibilidad de los derechos sociales señalando en su texto algunas estrategias prácticas para hacerlos exigibles. El objeto de análisis central de los autores es el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), cuya aplicación en el ámbito colombiano merecería una reflexión profunda, pues como dicen los autores, el PIDESC, generalmente, es considerado por los Estados que lo ratificaron —como el nuestro en la Ley 74 de 1968— un documento de carácter político antes que un catálogo de obligaciones jurídicas para el Estado.

¹⁰ Siguiendo a Sen, los metaderechos cumplen tres funciones: 1. De transformación categorial: acerca el discurso de los objetivos políticos y el discurso de los derechos; 2. De control político: ofrece una propuesta para exigir la política necesaria para hacer posible la realización de los derechos positivos; 3. De responsabilidad política: conecta la responsabilidad política del legislador y su control público (...) frente a la toma de medidas necesarias para la realización de los derechos positivos. De este modo, un *metaderecho* a algo *x* puede ser definido como el derecho a tener *políticas* *p* (*x*) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a *x*. No es un derecho a *x* sino a *p* (*x*). Esto sería un metaderecho a *x*, que no es lo mismo que tener derecho a *x*. La importancia de que sea un metaderecho la explica Sen diciendo que al no ser derecho a *x*, no admite la demanda de este derecho. Se concentra no en la realización de este derecho, que actualmente puede ser inalcanzable, sino en la búsqueda de políticas que ayuden a lograr *x* en el futuro. SEN, Amartya. Traducción a cargo de la profesora Adriana Sanín. Bienestar económico y dos aproximaciones a los derechos. En *Asuntos actuales de la decisión pública*. Cheltenham. UK. Brookfield. US. Edward Elgar. 1996, p 16.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002, p 11.

Los autores de los derechos para la vigencia obligacion principal fundados derechos sociales imp diferencias mayor abster nes positivas algunas obli describir los ces, “es falso insusceptible

En ese sentido los mecanismos distinguiendo guaje propio los Derechos

Estos mecanismos dencia, en virtud la lesión del d protección de del derecho a existe violaci pecífica de tut derecho que r chos sociales

De modo que social —de la para proteger guientes vías:

Los autores parten de la idea de que no existe diferencia alguna entre la estructura de los derechos civiles y políticos y la estructura de los derechos sociales, ya que para la vigencia de unos y otros se requiere el cumplimiento de un conjunto de obligaciones, tanto de acción como de abstención, con lo cual, se desvirtúa el principal fundamento teórico de la tesis de la inexigibilidad judicial intrínseca de los derechos sociales, según la cual, a diferencia de los civiles y políticos, sólo los sociales imponen al Estado obligaciones positivas. Sostienen, entonces, que las diferencias entre los derechos no son de estructura sino de grado, unos exigen mayor abstención por parte del Estado, mientras que los otros exigen más acciones positivas o, a lo sumo, son "diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial las de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho"; desde esta perspectiva, entonces, "es falso que exista alguna característica inherente a los DESC que los torne insusceptibles de recibir tutela judicial."¹²

En ese sentido, Abramovich y Courtis presentan una interesante clasificación de los mecanismos que se han intentado para hacer exigibles los derechos sociales, distinguiendo entre mecanismos directos e indirectos. En el texto se utiliza un lenguaje propio del Derecho Internacional, razón por la cual se refieren, en general, a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —DESC—.

4.2. Mecanismos de exigibilidad indirectos

Estos mecanismos aluden a la tutela de los derechos sociales a partir de la jurisprudencia, en virtud de la remisión a otros principios normativos también violados por la lesión del derecho en cuestión. Tal situación se presenta cuando *Vr. gr.* de la no protección del derecho social, se sigue la vulneración del derecho a la igualdad, o del derecho a la vida o del debido proceso. Por ejemplo, los autores mencionan que existe violación del debido proceso cuando existe carencia de una forma más específica de tutela jurisdiccional de los derechos sociales dentro del ordenamiento, derecho que resultaría vulnerado en la mayoría de países que consagra los derechos sociales en la Constitución.

De modo que, cuando resulte imposible la tutela judicial directa de un derecho social —de la que nos ocuparemos enseguida— existen, sin embargo, estrategias para protegerlo indirectamente, lo cual es posible, según ellos, mediante las siguientes vías:

¹² ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.*, P. 117.

Principio de igualdad y prohibición de discriminación: Cuando un derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en alguna medida, es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, de manera que estos últimos, puedan exigir judicialmente la observancia del principio de igualdad.

Debido Proceso: El Estado debe garantizar el acceso a la justicia y proveer recursos judiciales efectivos para la tutela de los DESC, de no hacerlo, su ausencia puede ser cuestionada apelando a las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a dichos recursos de protección. Los autores, además, afirman que se requieren mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas, importante anotación, ya que estas tienen efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales, por tanto, se debería sustentar el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas. En palabras de los autores, «si de verdad tenemos un derecho, debemos tener una acción (...), la falta de una acción adecuada para tutelar un derecho social, lejos de ser considerada una prueba de la imposibilidad de exigir estos derechos judicialmente, puede ser entendida —a la luz de los mencionados instrumentos— como la vulneración del derecho a tener una acción, del derecho de acceder a un recurso efectivo para la tutela del derecho.»¹³

La protección de DESC a través de derechos civiles y políticos: Esta forma de protección opera en los casos en que las violaciones de los derechos sociales, implican la violación de los civiles y políticos, de manera que se deben emplear las vías de protección existentes para estos últimos en virtud de la *conexidad* entre los derechos, vía que ha sido recurrente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

¹³ ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.* P 185. En este punto vale la pena hacer alusión a la propuesta planteada por el profesor brasileño Jayme Benvenuto Lima al indicar que “uno de los primeros pasos en lo que se refiere a la justiciabilidad es la creación de leyes favorables para el goce de los derechos humanos económicos, sociales y culturales” pero además, es importante vislumbrar mecanismos procesales destinados a garantizar específicamente este tipo de derechos. “de manera preliminar se propone la creación de un remedio jurídico denominado **Acción de Cumplimiento del Compromiso Social**. Este remedio sería destinado a garantizar la ejecución, por los poderes públicos, de los compromisos sociales asumidos en programas o directrices del gobierno o del Estado (...) responsabilizaría, civil y criminalmente al administrador público que incumpliese (o cumpliera apenas en parte) injustificadamente las propuestas asumidas en los planos y directrices del gobierno o de Estado”, de manera que el programa de gobierno se convierte en una obligación, cuya ejecución debe ser garantizada por vía judicial, sumado esto a la creación de un amplio sistema de monitoreo que vigile el alcance de las metas establecidas. Ponencia presentada durante el Primer Congreso Latinoamericano de Justicia y Sociedad, en el Panel Justicia y DESC, ILSA, Bogotá, octubre 22-25 de 2003.

Finalmente, Abramovich y Curtis se refieren a la información como mecanismo de exigibilidad indirecta de los derechos sociales, puesto que constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en general y, en especial, de aquellas desarrolladas en el área económica y social, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de los DESC lo que, sin duda, repercute en la vigencia de los mencionados derechos.

4.3. Mecanismos de exigibilidad directos

Esta vía de exigibilidad, está basada en el derecho social mismo y es seguida, de manera cada vez más frecuente, por la práctica jurisprudencial. En ella, el objeto de la actuación judicial, tiene como sustento la invocación directa de un DESC. Abramovich y Curtis señalan al respecto que "cuando la conducta exigible del Estado en materia de DESC resulta claramente determinable, no existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo" en ese sentido, las acciones judiciales incoadas, deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho.¹⁴

Entendemos entonces, que la vía de exigibilidad directa es aquella en la cual el titular del derecho social, en caso de que éste sea amenazado o vulnerado, puede invocar la protección del derecho mismo, es decir, parte de la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales, pues no de otra forma podría reclamarse su protección inmediata, esto en concordancia con la afirmación que sostuvimos líneas atrás según la cual la posibilidad de hacer exigibles judicialmente los derechos sociales es una consecuencia —más no una condición— de su fundamentalidad.

Sin embargo, a pesar de que la conducta exigible al Estado sea claramente determinable, Abramovich y Curtis consideran que existe un *obstáculo de naturaleza procesal* para demandar directamente el contenido de los derechos sociales, cuestión que ocurre en los países que no cuentan con acciones específicas para la protección de derechos sociales que serán, sin duda, la mayoría de Estados Democráticos Constitucionales. No obstante esta preocupación, los autores insisten, a lo largo de su exposición, en que la falta de mecanismos propios de protección no indica la imposibilidad de hacer exigibles los derechos sociales, por el contrario, tal

¹⁴ Ibid. P 132.

hecho motiva su creación. A nuestro modo de ver, más que diseñar mecanismos adicionales para la protección de los derechos sociales, se requiere ampliar la noción de fundamentalidad de los derechos y admitir que este tipo de derechos merecen y pueden considerarse como tales.¹⁵

En suma, o nos resignamos a que las pretensiones sociales no tienen cabida en una teoría de los derechos y están llamadas a engrosar el capítulo del regateo político —cuando no de la retórica jurídica— o entendemos que vale la pena un esfuerzo de reformulación de los derechos a fin de acoger algunas de esas importantes exigencias sociales.¹⁶

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este último apartado, haremos alusión al modelo de Derechos Sociales Fundamentales sugerido por Robert Alexy, debido a que su propuesta sintetiza argumentos esgrimidos en este trabajo en defensa de la fundamentalidad de los derechos

¹⁵ Como se mencionó antes, el aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado de las respectivas garantías, esto es, de los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la Constitución. Dichas garantías no se agotan en el plano interno del Estado, sino que trascienden al plano internacional o supranacional a través de distintas instituciones y mecanismos. Tal es el caso de la solicitud de protección ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que la Corte cuestionó al Estado de Guatemala por el abandono de una población vulnerable: los niños de la calle. La situación inicial fue que un grupo de agentes policiales dio muerte indiscriminada a un número no conocido de niños indigentes, pero la Corte fue más allá y se pronunció así: "El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también, la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico (...) el derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente como lo fue en el pasado, creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida (...) en el presente caso, hay una circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia. El deber del Estado de tomar medidas positivas se *acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. (...) La Corte ha señalado (...) que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención Americana es manifestación de esta interpretación evolutiva (...) una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad. (...) El proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana (...) el proyecto de vida se encuentra indisolublemente ligado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino." Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Resoluciones y Sentencias No 63, San José de Costa Rica, 2000, P. 105-109. Caso Villagrán Morales vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

¹⁶ PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990, p. 45.

sociale
tos qu
fundar

5.1.

Siguien
actuali
ta.¹⁷ Lo
que los
importa
dar libe
cuestió
duo pos
lado, se
encuent
democr
princip
a otros

En segu
positiva
una pos
(1) la ex
la divis
puestari
cialmen
una me
posición
para ote
sentido

Y en ter
las posic
to que a
protecc
mentan
tección
el cual h

¹⁷ ALE

sociales y, seguidamente, nos referimos al necesario replanteamiento de conceptos que han impedido la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales y a la importancia de un cambio de perspectiva en su tratamiento.

5.1. El modelo de Derechos Sociales Fundamentales propuesto por Robert Alexy

Siguiendo a Alexy (1993), un modelo de Derechos Fundamentales Sociales, en la actualidad, debe tomar en cuenta los argumentos en pro y en contra de la propuesta.¹⁷ Lo primero que considera este autor, desde una perspectiva procedimental, es que los Derechos Fundamentales Sociales, para el derecho constitucional, son tan importantes que la decisión de su otorgamiento o no otorgamiento, no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los Derechos Fundamentales Sociales que el individuo posee definitivamente, es una cuestión de ponderación entre principios. Por un lado, se encuentra, sobre todo, el principio de "libertad fáctica", por el otro se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, así como principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica pero también a otros Derechos Fundamentales Sociales y a bienes colectivos.

En segundo lugar, en cuanto a las razones para considerar los derechos a acciones positivas como derechos fundamentales, indica —como se mencionó antes— que una posición de prestación jurídica debe ser garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos —especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros— son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía *iusfundamental* de la posición de prestación jurídica. Estas son las tres condiciones que esgrime Alexy para otorgar rango fundamental a las prestaciones fácticas o derechos sociales en sentido estricto, como este autor los denomina.

Y en tercer lugar, Alexy expresa que la necesidad de proteger iusfundamentalmente las posiciones sociales se hace indispensable en tiempos de crisis económica puesto que a pesar de que exista poco que distribuir, debe asegurarse alguna medida de protección, por más mínima que ella sea. Es por ello que en los países que experimentan constantes y permanentes situaciones deficitarias, se aboga por una protección mínima de los derechos sociales, mediante nociones como el mínimo vital, el cual ha sido considerado, por algunos, como una pretensión "miserabilista", pero

¹⁷ ALEXY, *Op. Cit.*, P 494 y s.s.

que en últimas, es lo menos que se puede esperar de un Estado Social en tiempo de crisis.

Alexy muestra, entonces, que la fundamentalidad de los derechos sociales no puede condicionarse a su justiciabilidad, ni a la existencia de mecanismos propios para su protección, sino que, su fundamentalidad radica en la exigencia de libertad fáctica y en la mínima lesión de otros postulados constitucionales. A esto habría que añadir las otras razones que expusimos, esto es, las exigencias de la dignidad humana a partir de la necesaria consideración del individuo en su situación concreta, con necesidades reales por suplir y el replanteamiento del principio de igualdad, teniendo en cuenta las diferencias naturales en la sociedad, que deben equilibrarse mediante el otorgamiento de prestaciones básicas.

A nuestro modo de ver, los derechos sociales son exigencias de libertad, dignidad e igualdad de los individuos, que tienen rango fundamental y que, en caso de dejarse en situación de desprotección, por acción o por omisión, deben ser dirigidas a una autoridad imparcial que resuelva sobre la imposición coactiva de su contenido.

5.2. El replanteamiento de nociones y principios a la luz de los derechos sociales

La variación en la argumentación de la fundamentalidad de los derechos sociales requiere, además de las condiciones particulares mencionadas hasta ahora, un contexto de interpretación favorable a dicha argumentación que empiece por reformular la función misma de los derechos fundamentales dentro de las sociedades democráticas. Al respecto, Gregorio Peces Barba indica que "la función principal de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente, del derecho como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad"¹⁸, los derechos fundamentales contribuyen, por tanto, a que cada persona pueda realizar plenamente estos signos de su condición humana.

Cada momento histórico, cada generación, tiene distintos intereses y necesidades, la condición humana no es inmutable, de ahí que en una primera aproximación a los derechos fundamentales, hablamos de los derechos del hombre abstracto, que son conocidos como los derechos clásicos, como derechos del hombre y del ciudadano, atribuibles al *homo iuridicus*. Estos derechos, constituían la única categoría de derechos existente, hasta que, en el siglo XIX y sobre todo en XX, se empezó a

¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Derechos sociales y positivismo jurídico, Madrid: Dyckinson, 1999, p. 132-133.

considerar los derechos del hombre concreto, del hombre situado. Estos comprenden los derechos de las personas identificando sus condiciones físicas, culturales y sociales, esto es, se atribuyen a personas que se encuentran, por diferentes razones, en situación de inferioridad respecto al destinatario genérico *hombre o ciudadano*, y necesitan una protección especial para alcanzar el nivel general, teniendo en cuenta que "las razones de esta diferencia pueden ser culturales, de edad, de condición física o de situación en la sociedad, en estos casos, está justificado un trato especial que especifique las diferencias y organice una regulación *ad hoc* para esos casos."¹⁹

Vemos entonces la necesidad del replanteamiento de principios y valores: la dignidad, la libertad y la igualdad que demanda el ser humano considerado en concreto, difieren de las nociones expresadas tiempo atrás, se alejan de ser definiciones formales e implican el involucramiento del Estado en su garantía. En este sentido, Norberto Bobbio señala que los derechos sociales "expresan la maduración de nuevas exigencias, digamos incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de la igualdad no solamente formal, que se podrían llamar libertad *a través o por medio* del Estado."²⁰

Valiéndonos de una tautología, diremos: si la razón del Estado es el individuo, el Estado debe atender a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad del individuo; de no ser así, el Estado pierde al individuo y el individuo al Estado y, con ello, su legitimidad y su razón de ser. Entender que los derechos que necesita el sujeto de hoy no son únicamente derechos de libertad, sino también derechos de igualdad, que le ofrezcan oportunidades de mejorar su calidad de vida, de vivir dignamente; entender que el individuo de hoy no necesita la abstención del Estado, necesita su actuación, requiere la funcionalidad del aparato estatal al servicio de su condición humana; entender que los derechos sociales no son un peligroso discurso de izquierda contra el poder de turno, sino una exigencia urgente, real y actual de todo sujeto, nos acerca a pasos lentos, a la realización de los cometidos sociales constitucionales.

Sin embargo, la argumentación de la fundamentalidad de los derechos sociales no es una empresa sin obstáculos. Tal vez la carga más pesada que deben arrastrar y que no ha favorecido la característica de integralidad e interdependencia de los derechos es la división de estos en generaciones. Pensar los derechos en términos de generaciones implica una clasificación de acuerdo al interés o valor que protegen, dando a entender que el bien protegido por los derechos individuales tiene una

¹⁹ Ibid. P 142.

²⁰ BOBBIO, *Op. Cit.*, P 71.

superioridad ineludible frente al bien protegido por los derechos sociales. Se cree que los derechos sociales, recogen intereses o necesidades que no afectan de modo esencial la vida, la dignidad o la libertad humanas o, al menos, no con la intensidad que es propia de las garantías individuales, en suma, la diferencia residiría en su contenido y en la esfera vital protegida por unos y otros derechos.

No obstante, consideramos que por un lado los derechos no deben ser tratados jerárquica sino integralmente y, por otro lado, los derechos sociales no protegen bienes de menos categoría a los que protegen los civiles y políticos pues, como vimos, a partir de una *ampliación de la noción de libertad* al ámbito de la libertad fáctica, es decir, de la posibilidad real de ejercer los derechos clásicos de libertad; así como de la estimación del individuo como sujeto concreto con *necesidades reales* que requiere suplir para vivir con dignidad y, finalmente, del *replanteamiento del principio de igualdad*, es posible argumentar que el bien protegido por los derechos sociales, es tan fundamental para la persona como el de los otros derechos así considerados.

Es menester dar por finalizada la época de jerarquización de los derechos y, parafraseando a Martínez de Pisón (1998), hay que encontrar una concepción unificada para interpretar la relación existente entre ellos, la base conceptual para justificar tal tarea existe y ha existido siempre: la idea fundamental de la dignidad humana, entendida como el valor básico que fundamenta los derechos; ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.

El ser humano no es una abstracción sino un ser social, convive con los demás en sociedad y actúa en el complejo mundo de la vida social y política, por tanto, los derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana deben ser examinados no en forma aislada, sino formando parte del complejo sistema de derechos que se interrelacionan y se limitan recíprocamente.

Desde esta perspectiva, el principal factor de legitimación estatal, es que se garanticen las condiciones para que los hombres puedan sentir respeto por sí mismos y perseguir la propia concepción sobre una vida plena y gratificante, pero es evidente que todo ello no depende únicamente del grado de libertad para hacer lo que se quiere, sino también de la capacidad de hecho para realizar un plan de vida autónomo, esto debido a que, insistimos, en el Estado Social de Derecho se sustituye la concepción abstracta del individuo por la concepción del individuo como persona que se ubica en un contexto de relaciones sociales.

Soste
tales,
básic
distr
que
dan fo
y de l
Según
unos y
cación
ningún
otros
nera q
parte d
Es clar
y abstr
consid
reales
individ
igualda
Finalm
dice qu
versali
cho fun
deben
los mie
En ese
la conc
deseos
sales en
21 A
22 CO
lo J
dere
idic
econ
23 PR

Sostenemos, pues, que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, por su relación directa con la libertad fáctica; por ser éstos necesidades básicas del individuo actual y por ser los instrumentos específicos para lograr la distribución igualitaria de recursos en sociedades deficitarias (Sen, 2002), de modo que constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma al Estado, siendo este un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona.

Según lo dicho, nos preguntamos ¿tiene algún sentido mantener la distinción entre unos y otros derechos? Creemos que la distinción sobra en lo relativo a la identificación de si son o no fundamentales, el uso de la clasificación no corresponde a ningún patrón, sino más bien a una división arbitraria,²¹ pues en todo caso, unos y otros encuentran su origen en el ser humano en sus distintas dimensiones, de manera que son fundamentales y, en consecuencia, susceptibles de protección por parte del Estado.

Es claro que se requiere un concepto de derechos fundamentales menos intemporal y abstracto, más permeable a las necesidades del hombre en la historia, y así, considerando los derechos en su marco histórico, vinculados a las necesidades reales y no como cualidades naturales ajenas a las condiciones de existencia del individuo, se concede un mayor dinamismo a los valores de dignidad, libertad e igualdad.

Finalmente, queremos aludir a un tema planteado por Gregorio Peces Barba. Se dice que los derechos fundamentales tienen como atributo característico su "universalidad", el cual deriva de la conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas, es decir, deben defenderse en cabeza de todas las personas, son para todos y cada uno de los miembros de la especie humana, pues nacen de su dignidad.²²

En ese sentido, Luis Prieto Sanchís,²³ indica que los derechos sociales derivan de la concreta posición social del hombre y que, por tanto, responden a intereses, deseos y necesidades, razón por la que no son concebibles como derechos universales en el sentido que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya

²¹ ABRAMOVICH y COURTIS, *Op. Cit.*, P. 47.

²² CORPORACIÓN REGIÓN, *Derechos Humanos, deberes del ciudadano*, Medellín, 1997. El artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

²³ PRIETO SANCHÍS, *Op. Cit.*

que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de la relaciones sociales.

No obstante, según Peces Barba, la situación de los derechos sociales es paradójica pues, "en su origen no eran de todos, sino únicamente de quienes tenían necesidades no satisfechas, ni podían satisfacerlos por si mismos y, en la actualidad, se han generalizado y perdido su condición inicial de derechos específicos de los necesitados".²⁴

Ocurre que, cada tipo de derechos, de las sucesivas generaciones, se articulan de diferente manera en relación con dos elementos identificadores, la universalidad y los criterios de igualdad aplicables, "la universalidad deriva de su fundamento y de su objetivo último, que pretende abarcar a todas las personas, y los criterios de igualdad son aproximaciones de raíz moral, basadas en esa finalidad señalada, con la pretensión de organizar la vida social en clave de derechos."²⁵

La primera generación de los derechos que parte de su universalidad y del principio de no discriminación (igualdad), son los derechos individuales y civiles. La segunda generación de derechos (que según Peces Barba son los políticos) en su origen no comportan ni la universalidad ni la igualdad pues, nacen como derechos del ciudadano que en aquella época eran quienes tenían buenos ingresos económicos y buen nivel de instrucción y cultura; sólo con el tiempo y con duras y difíciles luchas se han venido a identificar los conceptos de hombre y de ciudadano, por ello hoy son derechos universales que al lado de los individuales y civiles son indiscutiblemente fundamentales ya que son para todo el mundo sin ninguna discriminación. En la tercera generación de derechos (los sociales), no tiene sentido la igualdad como equiparación, sería un criterio injusto que consagrara la desigualdad real. Es por ello que se debe discriminar entre desigualdades y, en ese caso, como se dijo, la igualdad supone la diferenciación, en palabras de Peces Barba "igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada [y no de partida] son los rasgos identificadores de estos derechos", los cuales pretenden al igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no a partir de la ficción en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, "sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan convivir y competir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas."²⁶

²⁴ PECES BARBA, *Op. Cit.*, P. 2.

²⁵ *Ibid.* P. 62.

²⁶ *Ibid.* P. 64.

Así las cosas, en los derechos sociales, la igualdad como diferenciación es un medio para alcanzar, como meta, la igualdad como equiparación; pero se ha considerado meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia.

En suma, la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales exige un ensayo de fundamentación diferente, una nueva visión del atributo de universalidad y de igualdad de los derechos, así como una ampliación del principio de libertad. Es evidente que siempre existirán argumentos para objetar su fundamentalidad y dicha oposición encuentra su mérito en que permite renovar el discurso, discutir posibilidades, argumentar y contra argumentar, al fin y al cabo, en esto consiste la disciplina jurídica. No obstante, urge despojar los derechos sociales de los sesgos que los mantienen marginados del espacio jurídico y, admitir que son derechos fundamentales y que, de su vigencia, depende la legitimidad del Estado Social. Así las cosas, o entendemos que los derechos sociales son derechos fundamentales, fin esencial de cualquier actuación pública y, por tanto, derechos que merecen la protección de su contenido o, nos resignamos a vivir bajo un Estado Social ilegítimo, que no reconoce una de sus instituciones fundantes, que le hace el quite habilidosamente y con fina retórica a la cuestión social, que desvía la atención de la población hacia problemas de "mayor urgencia", que le resta importancia a las reivindicaciones sociales o peor aún, que considera a quienes abogan por su realización como enemigos de la patria o como detractores del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, 245 p.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 p.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 12. Bogotá, Universidad de los Andes, Junio 2001, p 185-212.
- _____. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. En *Revista Pensamiento Jurídico*, No 8. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1997.
- _____. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. En *El otro Derecho*, No 28. Bogotá, ILSA, Julio 2002, 18 p.
- _____. Protección nacional e internacional de los Derechos Humanos Sociales. En *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, 259 p.

- BALDASARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, 2001, 213 p.
- BARRETO, Antonio. Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela. En *Derecho Constitucional y Perspectivas Críticas*. Bogotá, Observatorio Universidad de los Andes, 1997, p 85-122.
- BENVENUTO LIMA, Jayme. *El carácter expansivo de los derechos humanos en la afirmación de su indivisibilidad y exigibilidad*. Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad. ILSA, Bogotá, Octubre 22-24 de 2003.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, 256 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 276 p.
- BOREA ODRÍA, Alberto. La evolución de las garantías constitucionales y el Estado de Derecho en América Latina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Colombia, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995, p 259-280.
- BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, 2003, 228 p.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?*. Bogota, Temis, 1999, 163 p.
- CORTES RODAS, Francisco, El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales. En *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, p 61-99.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Los derechos humanos en la posmodernidad. En *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, p 169-184.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América. Argentina*. Hispamérica Ediciones, 1985, 284 p.
- DIAZ GAMBOA, Luis Bernardo. *Constitucionalismo social: hacia un nuevo Estado Social Democrático de Derecho*. Bogotá, Instituto María Cano, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 1989, 508 p.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Trotta, 1996, 165 p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Colombia, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995. p. 45-112.
- GARCIA PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977, 186 p.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas: la eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, 682 p.

- GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, p 17-57.
- GRAY, John. *Liberalismo*. Madrid, Alianza, 1994, 185 p.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989, 511 p.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La Justiciabilidad de los DESC, un desafío impostergable*. San José de Costa Rica, IIDH, 1999. 568 p.
- JESSOP, Bob. *Crisis del estado de Bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, 214 p.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. Bogotá, Legis, 2001, 220 p.
- LÓPEZ, Liliana. Derechos económicos y sociales, derechos diferenciados y ciudadanía. En *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, p 103-133.
- LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid, Alianza 1993, 170 p.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José. Los derechos sociales: retórica y realidad. En *Revista Mexicana de ciencias políticas y sociales*. México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM-, Vol. 42 No 170, 1998, p 51-78.
- MESTRE DE TOBÓN, Olga. Los derechos económicos y sociales como derechos fundamentales. En *Revista Estudios de derecho*. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, diciembre de 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid, Dyckinson, 1999, 161 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, 562 p.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990. 267 p.
- RAVENTOS, Joan. *Reflexión sobre la Reforma del Estado del Bienestar: el Estado de Bienestar como compromiso cívico*. Cedecs, 2002, p 45-73.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona, Ariel, 1995, 793 p.
- SANCHEZ FERRIZ, Remedio. *Introducción al Estado Constitucional*. Barcelona, Ariel, 1993. 315 p.
- SEN, Amartya K. "Asuntos actuales de la decisión pública". (Current Issues in Public Choice) En *Bienestar económico y dos aproximaciones a los derechos. (Welfare economics and two approaches to rights)*, Cheltenham. UK. Brookfield. US. Edward Elgar. 1996, p. 21-39. Traducción profesora Adriana Sanin.
- SHUE, Henry. *Basic Rights. Subsistence, affluence, and U.S. foreign policy*. Princeton University Press, 1980, pp13- 34. Traducción profesora Adriana Sanin.

- TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*. Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, 511 p.
- VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, 150 p.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1992, 173 p.