
ALGUNOS MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Andrea Liliana Núñez Uribe*

Mucho se ha escrito desde la Filosofía del Derecho en torno al tema de la fundamentación de los derechos humanos. La teoría liberal tradicional ha establecido dicho fundamento en las exigencias del principio de dignidad humana, como referente primigenio. Las lecturas clásicas apuntan a los principios de libertad y de igualdad —dos de sus manifestaciones básicas— como el fundamento de los derechos individuales y de los derechos sociales, respectivamente.

Dichas posturas, no obstante, se han visto matizadas y complementadas con los aportes hechos desde nuevas perspectivas (liberales algunas de ellas, y otras

* Trabajo presentado para obtener el grado de Máster Oficial en Estudios avanzados en Derechos Humanos, por parte del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, España en 2009, teniendo como directora a María José Añón Roig y como tutor Carlos Lema Añón.

adscritas a corrientes filosóficas diversas) que han venido abriéndose paso con la inclusión de derechos diferentes a los civiles y políticos en instrumentos nacionales, regionales e internacionales de protección de los derechos fundamentales.

En efecto, a partir de visiones más comprometidas con los derechos sociales, se ha intentado presentar teorías alternativas que buscan justificar su existencia como auténticos derechos, y no sólo como principios o aspiraciones deseables de alcanzar.³ De igual manera, desde hace algunos años, ciertos autores se han ocupado del tema de los fundamentos filosóficos de estos derechos en procura de contribuir, desde la teoría, a su realización práctica. Han intentado así, elaborar propuestas interesantes que intentan justificar desde diversas posturas filosóficas la existencia de los derechos sociales como derechos fundamentales.

El tema de la fundamentación de los derechos tiene una relevancia capital, pues es la base sobre la que se construye su sistema de protección y de garantías específicas, la que permite clasificarlos e, incluso, el punto de partida para jalonar procesos de reconocimiento de nuevos derechos y lograr su consagración en textos jurídicos.

En este aparte me propongo, entonces, presentar algunas de estas propuestas de fundamentación filosófica de los derechos sociales, a partir de los conceptos de necesidad y urgencia, libertad y autonomía, e igualdad.

³ De este tema me ocuparé de manera amplia en el segundo capítulo de este trabajo, en el que presentaré las lecturas renovadas que se han hecho más recientemente sobre los derechos sociales, intentando justificar su carácter fundamental y, consecuentemente, su necesidad de garantía y exigibilidad judicial.

1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL CONCEPTO DE NECESIDADES BÁSICAS

1.1 Las necesidades como buenas razones para el reconocimiento de derechos

Las teorías que propugnan las necesidades como fundamento de los derechos sociales señalan que hay una presunción general de que éstas son un argumento suficiente para que aparezca un deber correlativo de satisfacción de las mismas, de tal suerte que se configuran como "buenas razones para los derechos",⁴ o "argumentos en favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias, aquellas que nos permiten afirmar que es 'justo' reclamar algo en favor de alguien".⁵

La positivización de los derechos sociales, de esta suerte, supondría el compromiso de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades de los sujetos de dichos derechos. En palabras de De Lucas y Añón, "[...] el recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de

⁴ DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José, "Necesidades, razones, derechos", *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, núm. 7, 1990, p. 74. En palabras de los autores: "[L]as necesidades no sólo constituyen razones para la acción, sino que una vez establecida una necesidad ésta es por sí misma buena razón para que sea satisfecha. Éste es el dato clave que permite hablar de las necesidades no como razones débiles sino fuertes, porque son razones suficientes o buenas razones".

⁵ AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 285. La teoría de esta autora expresa de la siguiente manera el vínculo entre necesidades y derechos: "entre unos y otros puede darse un nexo de unión mediado por la prueba de una exigencia fuerte, en el que las necesidades apoyarían o argumentarían en favor de un tipo de pretensión que, en determinados supuestos, puede traducirse en un derecho". Desde esta postura teórica, las necesidades tendrían un carácter normativo en la medida en que constituyen razones para la acción. Rechaza, entonces, las teorías, según las cuales la existencia de una necesidad implica directamente su satisfacción y que, a su vez, tal exigencia de satisfacción, constituye un derecho, pues en tales tesis, a su juicio, se da un salto argumentativo entre ser y deber ser o, lo que es lo mismo, entre criterios descriptivos y prescriptivos. De igual manera, considera que el nexo existente entre necesidades y derechos tiene lugar en el terreno de la fundamentación de estos últimos, no en el de su conceptualización. Al respecto véanse pp. 273-287.

los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias de una vida digna".⁶

A este respecto, también resulta ilustrativa la teoría de Tugendhat, quien propone, asimismo, que los derechos fundamentales y, dentro de ellos, los derechos sociales, se arraigan en el concepto de necesidad.⁷ Para este autor, existe un vínculo importante entre el principio de la dignidad humana y "cierto nivel de satisfacción de necesidades", al igual que establece una relación particular entre éstos y la posibilidad de ejercicio de los derechos, pues para él "las condiciones en las que vive una persona son dignas precisamente cuando cumplen la condición mínima de que puede ejercer sus derechos y que en este sentido puede llevar una existencia específicamente 'humana' y 'humanamente digna',⁸ y esto sólo tiene lugar con la satisfacción de las necesidades básicas.

En una misma línea argumental podemos situar a Fabre, quien fundamenta los derechos sociales a partir de la relación que halla entre la satisfacción de necesidades, la autonomía, el bienestar y el concepto de una vida decente. La argumentación es construida en cuatro pasos, como explico a continuación: (i) los individuos tienen un interés fundamental en llevar una vida decente, para lo cual la autonomía y el bienestar son dos condiciones primordiales; (ii) los individuos poseen derechos

⁶ Véase DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José, "Necesidades, razones, derechos", art. cit., pp. 75-76.

⁷ Véase TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, trad. de L. Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 327, 335. El autor considera que las necesidades fundamentan los derechos sociales (que buscan satisfacer las necesidades materiales, vitales, físicas), los derechos de libertad (que pretenden satisfacer aquellas que subyacen al ejercicio de la libertad y la autonomía) y los derechos políticos (que tienen que ver con las necesidades de participación en la comunidad).

⁸ *Idem*, pp. 339-340.

oponibles a los demás, de suerte que estos últimos deben respetar el referido interés fundamental y sus dos condiciones primordiales; (iii) la asignación de tales derechos encuentra justificación en el valor moral implícito en la idea de que las personas puedan llevar una vida decente; (iv) si algunas de sus necesidades no pueden ser satisfechas, las personas no están en capacidad de llevar una vida decente. Así, la autora extrae de lo anterior que la satisfacción de las necesidades humanas es una cuestión de derechos, cuando una tal ausencia de satisfacción afecta la autonomía y el bienestar individuales y cuando tales necesidades no pueden ser colmadas por los propios individuos, de suerte que todo aquel que no pueda satisfacer sus necesidades por sí mismo, tiene derecho a los recursos necesarios para ello, lo que le permitirá llevar una vida *mínimamente* decente.⁹

Asimismo, para Wiggins, las necesidades constituyen razones para la asignación de derechos, siendo la moral social¹⁰ el puente que une estos dos conceptos. El concepto de necesidades en sentido absoluto sirve así como criterio para la determinación de los derechos abstractos, en tanto: "su presencia sirve para quitarle el misterio a la idea de un derecho a algo".¹¹ Desde su teoría, los derechos abstractos no deben ser entendidos como derechos que existen *a priori*, sino que antes bien,

⁹ FABRE, Cécile, *Social Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*, Clarendon Press, Oxford, 2004, pp. 18-32.

¹⁰ Para el autor esta moral social contiene, al menos, tres principios: (i) debe poner límites a los objetivos sociales agregativos, de forma que impida que los intereses vitales del individuo sean sacrificados a favor de los intereses públicos de la mayoría; (ii) debe asegurar que los derechos individuales prevalezcan sobre dichos intereses; y (iii) debe garantizar la libertad de acción y la libertad contractual, así como el mínimo social y la propiedad obtenida mediante el trabajo propio. Puntualiza: "La moralidad social [...] no sólo es un conjunto de principios abstractos. Es algo que existe solamente como percibido o encarnado (o como capaz de ser percibido o encarnado) en el marco de una sensibilidad compartida y en las instituciones y costumbres históricamente dadas que son perpetuadas por ella. Es sólo en virtud de la participación en este tipo de fenómeno que los seres humanos ordinarios son capaces de acometer metas comunes". WIGGINS, David, *Needs, Values, Truth*, 3a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 33-34.

¹¹ *Ídem*, p. 34.

son el resultado de una argumentación racional y, en consecuencia, derechos *a posteriori*.¹²

En igual sentido, autores como Añón ponen de relieve que si bien existe un nexo entre necesidades y derechos, dicho nexo no puede configurarse por una inferencia lógica. Así, "el hecho de que podamos argumentar razonablemente que las necesidades humanas básicas deben ser satisfechas no comporta que exista un derecho como tal, directamente inferido de la anterior afirmación y atribuido a los titulares de las necesidades".¹³

Desde esta perspectiva, la existencia de una necesidad es una cuestión separada de su satisfacción, por cuanto, una vez constatada su existencia, es necesario plantearse la cuestión de si aquella debe ser satisfecha o no, así como si tal deber da lugar al reconocimiento de un derecho: "[...] esto es, si las necesidades dan lugar a "buenas razones" o razones suficientes para exigir su satisfacción y, de otro lado, si la exigencia de satisfacción de necesidades humanas básicas es una razón suficiente para la persecución de objetivos o fines ulteriores, en nuestro caso, el reconocimiento de derechos [...]"¹⁴

La conclusión que se extrae de lo anterior es, por tanto, que la fundamentación de los derechos y, en consecuencia, de los derechos sociales —como subgrupo de estos— es una cuestión argumentativa, en la cual, las necesidades se erigen en razones fuertes para el reconocimiento de derechos.

¹² *Ibidem*.

¹³ DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José, "Necesidades, razones, derechos", art. cit., p. 78.

¹⁴ AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, art. cit., p. 268.

Ahora bien, dado el papel decisivo que jugarían —desde esta perspectiva— las necesidades, a la hora de otorgar derechos, es claro que se debe partir de un concepto bien delimitado de lo que es una necesidad,¹⁵ como elemento generador de un correlativo deber de satisfacción y como consecuente fundamento de un derecho. Así, debe tenerse en cuenta que no cualquier tipo de necesidad vale para tal fin. Con el propósito de clarificar esta cuestión, veremos cuáles son las características que deben tener las necesidades en el sentido aquí expuesto.

1.2 Los principales rasgos de las necesidades como fundamento para el reconocimiento de los derechos

Para empezar, es importante señalar que debe tratarse de una necesidad básica¹⁶ o en sentido absoluto.¹⁷ Los autores han empleado estos términos para dejar sentado, en primer lugar, que las necesidades generadoras de derechos deben estar muy claramente diferenciadas de otros conceptos afines como deseo, preferencia, interés o aspiración. Se habla, entonces, de que las necesidades que nos ocupan son necesidades objetivas,¹⁸ universales¹⁹ e ideológicamente neutrales. La diferencia entre

¹⁵ Peces-Barba elabora una clasificación de las necesidades, en la cual distingue entre necesidades radicales, de mantenimiento, y de mejora. A mi juicio, necesidades de cualquiera de los tres tipos que diferencia el autor podrían servir como buenas razones para el reconocimiento de derechos. Esto es así, por cuanto, como veremos, el concepto de necesidades básicas involucra no sólo aquellas necesidades de mera subsistencia, sino que implica otras que en conjunto posibilitan una vida digna y autónoma. PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, *op. cit.*, p. 222 y ss.

¹⁶ Véase AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, *op. cit.*, p. 287. La autora las denomina necesidades fundamentales, categóricas o básicas. Empleo el último de estos términos, por cuanto es el más utilizado por los autores que se han ocupado del tema de las necesidades.

¹⁷ Véase WIGGINS, David, *Needs, Values, Truth*, *op. cit.*, p. 14. En la teoría de este autor inglés, las necesidades en sentido absoluto constituyen razones para la asignación de derechos abstractos, y dentro de esta categoría, incluye derechos sociales como la educación, la asistencia médica, etcétera.

¹⁸ Como se verá, las necesidades válidas como buenas razones para los derechos no están mediadas por la voluntad de la persona, sino que están dadas por la realidad de su entorno. Éstas no dependen de factores subjetivos. *Ídem*, p. 6.

¹⁹ Más adelante nos ocuparemos del tema de la universalidad de las necesidades en sentido absoluto, ya que consideramos de relevancia el debate surgido en torno al mismo.

estos primeros conceptos, como el deseo o la preferencia y la necesidad, vendría dado porque aquellos son estados mentales que dependen del ánimo o de la voluntad del sujeto de quien se predicen, mientras que la necesidad no depende en manera alguna de las decisiones, reflexiones o estados de ánimo de éste, sino que se trata de una cualidad objetiva de su relación con el entorno.²⁰

Nino sostiene lo siguiente, en punto a esta característica de objetividad: "[...] el necesitar algo no es intencional, no depende del estado mental del agente, sino de la realidad. Si bien, hay un sentido instrumental de necesidad que depende de los deseos del agente, hay un sentido absoluto en el que el fin al que la necesidad está condicionada está fijado como parte del concepto. Este fin es el de evitar un daño [...]".²¹ Según lo anterior, entonces, el resultado de la preferencia (o el deseo) y el de la necesidad difieren sustancialmente. En el primero de los casos, se trata de obtener un beneficio, mientras que lo que se persigue al pretender satisfacer una necesidad es evitar un daño.²²

La última de las características apuntadas nos conduce a otro de los rasgos principales de las necesidades básicas. Me refiero al carácter insoslayable que acompaña al concepto que ahora nos ocupa. Esto se traduce en que la ausencia de satisfacción de las necesidades constituye un estado de privación de aquello que es básico e imprescindible, lo cual provoca un sufrimiento, o daño grave para la persona.²³ En términos de Wiggins, una persona necesita x absolutamente si y

²⁰ Véase CONTRERAS, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 53.

²¹ NINO, Carlos, "Autonomía y necesidades básicas", *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, núm. 7, 1990, p. 21.

²² DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José, "Necesidades, razones, derechos", art. cit., p. 61.

²³ Véase AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, citado, p. 266.

nada más si va a sufrir daño en caso de no tener x.²⁴ El daño, de acuerdo con esta postura, se convierte en un elemento clave del concepto de necesidad básica que intentamos reconstruir en la búsqueda de una fundamentación adecuada de los derechos sociales.

Esta situación de daño no es pasajera ni fácilmente superable. Por el contrario, configura un progresivo detrimento en la calidad de vida de quien la padece, y se perpetuará en tanto no se vean realizadas aquellas necesidades básicas insatisfechas. Es en este punto cuando se justifica la intervención estatal, pues la situación antes descrita no puede ser superada por quien la soporta, como quiera que se encuentra en la imposibilidad fáctica de satisfacer sus propias necesidades.

Añón explicita estos criterios, como sigue:

Este perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada, no habiendo posibilidad alternativa de salir de ella o una situación que previsiblemente, en un futuro próximo o inmediato pueda sustituir a la anterior. El segundo criterio a tener en cuenta a partir de este tipo de necesidades haría referencia a la idea de que no pueden ser satisfechas por uno mismo y, finalmente, habría que explicitar una tercera exigencia según la cual los medios de satisfacción han de poder ser articulados a través de normas vinculantes.²⁵

De acuerdo con estos criterios, las necesidades que valen para fundamentar derechos no pueden, en ningún caso, ser equiparables a los deseos o los intereses

²⁴ WIGGINS, David, *Needs, Values, Truth*, *op. cit.*, p. 14.

²⁵ AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, *op. cit.*, p. 287. Es en este último criterio en el que aparece la idea de positivización de los derechos, como manifestación del deber de satisfacción que surge como correlato a partir de las necesidades básicas.

personales,²⁶ como había señalado. Se trata de un concepto que involucra una amenaza de daño grave en caso de no ser satisfecha y que no puede serlo por el propio individuo.

Los derechos, y en este contexto específico los derechos sociales, serían entonces medios para la satisfacción de las necesidades de los seres humanos, aquellas que no pueden serlo por el propio individuo, sino que requieren de la actuación del Estado. Es así como estos derechos son para Alexy "derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtener también de los particulares".²⁷

La satisfacción de las necesidades justifica, según lo expuesto, que existan garantías reales para los derechos sociales, que permitan que las personas tengan un nivel básico de autonomía y bienestar, como base de una vida digna.²⁸

1.3 La "relatividad" del criterio de universalidad

Retomemos los elementos básicos mencionados al inicio de este aparte del trabajo. Hablábamos de dos condiciones *sine qua non* que, para ciertos autores, deben tener las necesidades que constituyen buenas razones para los derechos: la objetividad

²⁶ Para Tugendhat, las necesidades en sentido absoluto serían equiparables a los intereses vitales u objetivos del individuo. Véase TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética, op. cit.*, p. 335.

²⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 443. El autor se refiere a los derechos sociales fundamentales a los que denomina "derechos prestacionales en sentido estricto".

²⁸ AÑÓN, María José y GARCÍA, José (coord.) *Lecciones de derechos sociales*, 2a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

y la universalidad.²⁹ Nos detendremos a continuación en este último, en consideración a que no ha escapado a cierta controversia.

El requisito de universalidad que, en principio, debe estar presente como elemento constitutivo de las necesidades básicas, implica que estas sean compartidas por todos los seres humanos y, que sin su satisfacción, resulte inviable la subsistencia misma, así como la participación en la vida social y la planificación de un plan de vida propio. Estas necesidades, por tanto, no harían referencia solamente a la simple subsistencia biológica. La educación, por ejemplo, puede ser considerada en la actualidad como una necesidad básica, en tanto que su ausencia implica para quien la soporta, un recorte significativo en la gama de opciones vitales.³⁰

La universalidad de las necesidades radicaría, así, en su vínculo con la integridad física y síquica de las personas, como "características empíricas universales de los hombres mientras estos sean lo que son".³¹ No valdrían, de esta manera, como buenas razones para los derechos aquellas que lo son sólo por constituir medios necesarios para perseguir preferencias particulares.

Este elemento, no obstante, parece ser relativizado por algunos autores. Zimmerling, por ejemplo, lo expresa en su definición de necesidad básica, pues según su conceptualización, "N es una necesidad básica para x si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las carac-

²⁹ Véase CONTRERAS, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología*, op. cit., p. 53.

³⁰ ZIMMERLING, Ruth, "Necesidades básicas y relativismo moral", *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, núm. 7, 1990, p. 44. La autora trae a colación a Raymond Plant, para quien las necesidades básicas son justamente las precondiciones de la conducta libre.

³¹ *Ídem*, p. 51.

terísticas personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente —es decir, que no requiere justificación ulterior— y, con ello, la persecución de todo plan de vida".³²

Como se ve, la autora introduce un matiz relativo al contexto sociocultural del individuo, así como a sus características personales. Parece entonces relativizar el elemento de universalidad supuestamente definitorio del concepto de necesidades básicas, según su propia teoría. La autora mantiene que la universalidad debe poder predicarse de las necesidades en sí, no de las características de los medios indeterminados necesarios para satisfacerlas. Sin embargo, al incluir en la definición de necesidad básica las circunstancias del entorno del individuo y sus características personales, introduce elementos que no parecen confirmar el requisito de universalidad de las necesidades mismas, por ella planteado.

Añón, por su parte, tampoco considera el criterio de la universalidad como un elemento definitorio de las necesidades básicas. Para la autora, estas no pueden ser entendidas como universales, en tanto uno de los rasgos esenciales del concepto, —el cual es, el daño o el sufrimiento—, tampoco puede serlo. En efecto, en su teoría "las necesidades y la idea de sufrimiento o daño se toman en consideración a partir de circunstancias que inciden sobre lo general y lo particular, es decir, atendiendo también a aspectos diferenciales que en un contexto dado son relevantes".³³

Adicional a lo anterior, existiría otra razón para relativizar la universalidad de las necesidades, cual es su carácter histórico en lo que tiene que ver con la con-

³² *Ibidem.*

³³ AÑÓN, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 267.

ciencia de su existencia, así como en relación con las exigencias de satisfacción de las mismas. Esto, por tanto, hace impensable contar con un catálogo cerrado de necesidades, ni siquiera teniendo en consideración sólo aquellas denominadas básicas. Dicha historicidad cumple, además, un papel muy importante en la fundamentación de derechos diversos a los clásicos derechos liberales individuales, propiciando debates relativos justamente a los derechos sociales que ahora nos ocupan.³⁴

A partir de lo anterior podríamos decir que, si bien hay ciertas necesidades humanas básicas predicables de todos los seres humanos dada su condición de tales, como el alimento, las condiciones sanitarias básicas, el techo, etc., hay una serie de circunstancias específicas del entorno particular en el que cada individuo se desenvuelve, así como características personales que impiden hablar de un catálogo cerrado de necesidades básicas predicables de todos los seres humanos, sin importar sus condiciones vitales particulares.

Aún mayor es la indeterminación si nos referimos a los medios requeridos con miras a su satisfacción, pues en este punto se presentarán diferencias todavía más profundas, según el contexto y las propias características de cada individuo. Zimmerling rebate las objeciones que podrían plantearse desde el relativismo moral³⁵ al carácter universal de las necesidades básicas, a partir del pasaje que transcribiremos, el cual ilustra de manera muy precisa lo que intentamos plantear:

³⁴ Véase DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José, "Necesidades, razones, derechos", *op. cit.*, p. 79.

³⁵ Tales objeciones consisten en señalar que la referencia a la integridad física y síquica de las personas no contribuye en nada a la universalidad de las necesidades básicas, teniendo en cuenta las grandes diferencias entre las personas, incluso en relación con aquello que requieren para preservar su integridad, lo cual conlleva la imposibilidad de determinar de manera definitiva cuáles son las necesidades básicas universales. ZIMMERLING, Ruth, "Necesidades básicas y relativismo moral", *art. cit.*, p. 48.

[L]a universalidad de las necesidades básicas reside en sus aspectos 'genéricos' y no en las características de lo que se requiere para satisfacerlas. Hay que distinguir entre un tipo determinado de necesidad, y los medios indeterminados necesarios o suficientes para satisfacerla. Por ejemplo, no hay duda de que para mantener la integridad física y síquica, cada ser humano tiene la necesidad básica de alimentarse. En cambio, la cualidad y la cantidad de los alimentos necesarios o suficientes depende de las circunstancias particulares de cada individuo. La *necesidad básica universal* es tener acceso a alimentos. Sigue siendo una necesidad universal aun si [...] la 'forma de provisión' requerida para satisfacer esta necesidad puede ser para un individuo, medio litro de leche por día, y para otro, dos kilos de bife de lomo, o el equivalente en valor nutritivo.³⁶

Podemos concluir pues, en punto a la universalidad de las necesidades básicas que sirven para fundamentar exigencias de satisfacción a través de derechos, que deben estar revestidas de cierto carácter generalizable, por ser predicables de todos los seres humanos. Sin embargo, tal condición de necesidad básica está mediada por factores socioculturales y personales que hacen imposible establecer, de manera definitiva, un catálogo que dé cuenta de cuáles son aquellas cuya ausencia de satisfacción genera estados de daño o sufrimiento para todas las personas, pues ello puede variar de un contexto a otro e, incluso, de un individuo a otro.³⁷

³⁶ *Idem*, pp. 48-49.

³⁷ Otra es la postura de Manfred Max-Neef, quien sostiene que las suposiciones relativas al carácter infinito y variable de las necesidades humanas, de conformidad con factores históricos y culturales están construidas sobre un error conceptual, cual es la confusión entre necesidades y satisfactores de las mismas. Así, el autor realiza una tipología de las necesidades humanas, a partir de categorías que denomina existenciales y otras a las que llama axiológicas. Dentro de la primera categoría ubica las necesidades de ser, tener, hacer y estar; y a la segunda de las categorías, adscribe aquellas de subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad. Para él, por ejemplo, alimentación y abrigo no deben considerarse como necesidades, sino que en realidad se trata de satisfactores de la necesidad fundamental de subsistencia, como la educación, el estudio y la investigación lo serían de la necesidad de entendimiento, o los sistemas curativos, la prevención y los esquemas de salud lo son de la necesidad de protección. De esta manera, un satisfactor puede contribuir simultáneamente a la satisfacción de diversas necesidades, como una necesidad puede requerir de diversos satisfactores para ser satisfecha. De tal esquema conceptual el autor extrae dos postulados principales. El primero de ellos apunta que "[l]as necesidades humanas fundamentales son finitas, pocas y clasificables"; y el segundo dispone que "[l]as necesidades humanas fundamentales (como las contenidas en el sistema propuesto) son las mismas en todas las culturas y en todos los períodos históricos. Lo que cambia a través del tiempo y de las culturas, es la manera o los medios utilizados para la satisfacción de las necesidades". MAX-NEEF, Manfred A., *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, 2a. ed., Icaria, Barcelona, 2008, pp. 40-43.

1.4 Un intento de sistematización de las características de las necesidades como fundamentos de los derechos

La presentación de los principales elementos aportados desde las teorías de las necesidades como fundamentos de los derechos nos permitirá elaborar la siguiente sistematización de los rasgos que las definen:

(i) Se trata de necesidades básicas o absolutas (ii) objetivas y (iii) universales,³⁸ (iv) cuya satisfacción es imprescindible para que una persona pueda llevar una vida en condiciones dignas, (v) so pena de verse conducida a un estado de sufrimiento o daño grave (vi) que se mantendrá en el tiempo hasta tanto tal necesidad resulte satisfecha, (vii) sin que haya otras alternativas para superar la situación; (viii) y de la cual, la persona no puede salir por sí misma, por encontrarse en imposibilidad fáctica para ello.

Las propuestas de fundamentación de los derechos sociales a partir de las necesidades se han visto últimamente enriquecidas al haberse añadido el concepto de urgencia a tal fundamentación filosófica. Lo que ha llevado al planteamiento de esta teoría es la hipótesis según la cual, más que el concepto de necesidades en sentido absoluto, es el concepto de daño individual inminente el llamado a cumplir una función central en la fundamentación de los derechos sociales, dado que la probabilidad del daño puede comprobarse empíricamente, mientras que la realidad de las necesidades no.³⁹ En el siguiente aparte expondré los principales argumentos de esta teoría.

³⁸ Teniendo en cuenta las precisiones realizadas en torno a este concepto.

³⁹ Véase ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis Editores - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 309-319.

1.5 El concepto de urgencia de la satisfacción de una necesidad básica como fundamento de los derechos sociales

Otra perspectiva filosófica desde la que los derechos sociales han sido fundamentados es la que tiene que ver con el concepto de urgencia de la satisfacción de una necesidad básica.

Para presentar su teoría, Arango toma la definición de urgencia propuesta por T.M. Scanlon, sobre la base de la distinción entre el criterio subjetivo de las preferencias y el criterio objetivo de la urgencia. Para Scanlon la urgencia es una relación objetiva entre diferentes variables: "La relación [de urgencia] nos permite comparar la importancia que para una persona en ciertas circunstancias tiene no soportar cierto sacrificio con la importancia del beneficio que le compete, para una persona bajo circunstancias diferentes".⁴⁰

Según la teoría de Arango "[u]na persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona".⁴¹ Su tesis es que la urgencia de una situación concreta es el criterio decisivo para determinar cuándo una disposición iusfundamental está objetivamente justificada.⁴²

Aquí la urgencia juega un papel fundamental pues se convierte en la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido de los derechos sociales.

⁴⁰ *Ídem*, p. 326.

⁴¹ *Ídem*, p. 346.

⁴² *Ídem*, p. 325.

Este autor sostiene que "para establecerla debemos tan sólo imaginarnos lo que sucedería a la persona si su necesidad básica no es satisfecha".⁴³ De esta manera, la combinación de los conceptos de necesidad básica y de urgencia es el fundamento completo de los derechos sociales fundamentales, y cumple, además, un importante papel en la determinación de su contenido.

El criterio de urgencia permite, adicionalmente, reconocer la violación de un derecho fundamental, pues está íntimamente relacionado con una de las dos condiciones necesarias para tal fin. Para este autor, el criterio de urgencia tiene un fuerte nexo con el primer criterio que consiste en la verificación de un daño individual inminente, el cual se completa con el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes. La urgencia entonces serviría como prueba consecuencialista para el reconocimiento de derechos subjetivos.⁴⁴

2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DE LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD Y AUTONOMÍA

La libertad es el más clásico fundamento de los derechos. Usualmente, ha sido considerado el fundamento primigenio de los derechos individuales civiles y políticos, pues desde ciertas visiones de tradición liberal, estos son los únicos derechos que

⁴³ *Ídem*, p. 312.

⁴⁴ *Ídem*, pp. 309-319.

cumplen las condiciones necesarias para ser considerados como tales.⁴⁵ No obstante, importantes filósofos del derecho, adscritos también al pensamiento liberal, han propuesto modelos de fundamentación de los derechos sociales, a partir del principio de libertad. Como veremos, estos buscan ser fundamentados como medios para garantizar el ejercicio real de los derechos y libertades.

Con el fin de presentar tales teorías, considero necesario tener claridad sobre las dimensiones que adopta el principio de libertad y su importancia en clave de los derechos sociales. Con tal fin expondré previamente, de manera breve, las nociones de este principio, para lo cual tomo en cuenta las tres clasificaciones más amplias que se han hecho de él: la libertad negativa, la libertad positiva y la libertad fáctica, material o real. Lo anterior es necesario para comprender mejor la perspectiva de la libertad desde la cuál se ha intentado fundamentar los derechos sociales.

2.1 Las dimensiones de la libertad

a. La libertad negativa

Esta noción de libertad es la comprensión más clásica que se ha hecho del término en la teoría política. Siguiendo a Berlin, la libertad negativa está constituida por "el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros".⁴⁶ Ser libre, por tanto, comporta que otros no interfieran en las acciones de la persona.

⁴⁵ Dos de los defensores más destacados de las posturas libertarias, o también llamadas neoliberales, y que atacan frontalmente la existencia de derechos sociales, son: HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, trad. de L. Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 2006; y NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

⁴⁶ BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 220.

Ahora bien, tal libertad no puede ser absoluta o irrestricta, sino que a través de la ley, deben ser impuestas ciertas limitaciones a las acciones libres de los individuos, siempre preservando un ámbito mínimo de libertad personal.⁴⁷ Así, sólo resultan legítimas las interferencias en dicha esfera, provenientes de la autoridad pública, impuestas mediante normas jurídicas. Obstáculos ajenos a éste, son intrusiones inaceptables que configuran auténticas coacciones en el espacio de la libertad individual del sujeto.

Francisco Laporta apunta que, "[d]esde el punto de vista jurídico-político hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía, existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo".⁴⁸

Tratándose de la no obstrucción de las acciones de los individuos, el correlato necesario debe ser la abstención, por parte del Estado y de los particulares, de ejercer interferencias ilegítimas en la esfera de libertad personal, de tal manera que la intervención estatal debe ser mínima para lograr mantener amplios espectros de libertad. Asimismo, al Estado corresponde impedir las interferencias de los particulares en el ejercicio de la libertad de los individuos. En palabras de Berlin, según los rasgos expuestos: "la libertad, en este sentido, significa estar libre *de*: que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiante, pero siempre reconocible".⁴⁹

⁴⁷ *Ídem*, p. 222.

⁴⁸ LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 52, 1983, p. 25.

⁴⁹ BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 226.

b. La libertad positiva

Berlin deriva el significado de la libertad en sentido positivo del "deseo por parte del individuo de ser su propio dueño".⁵⁰ Con esto, el autor hace referencia al deseo de razonar, decidir, actuar, en síntesis, de "concebir fines y medios propios y realizarlos".⁵¹

Esta dimensión de la libertad estaría referida ya no a la esfera privada de libertad para hacer o no hacer, libre de interferencias, sino que está relacionada con el concepto de autonomía, en tanto considera al individuo como agente capaz de optar por un plan de vida y llevarlo a cabo.

Si la libertad negativa se puede sintetizar como la libertad *de*; la libertad positiva, por contraste, es considerada como la libertad *para*, pues es un presupuesto de la realización personal, mediante el ejercicio autónomo de la voluntad. Esta dimensión de la libertad, está relacionada entonces con la autorrealización del individuo, en tanto éste se traza un plan de vida —que comprende tanto fines como medios— de manera autónoma, y puede dirigir sus acciones para su consecución.

Laporta, por su parte, la define como "el poder de ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo".⁵² Este concepto trasciende, en la teoría democrática, el plano de la ética individual y pasa al terreno de lo político. En este ámbito, la dimensión positiva de la libertad se materializa en "[e]l derecho a participar de algún modo en la elaboración de las normas jurídicas que organizan la vida social y en la designación de la persona o personas encargadas

⁵⁰ *Ídem*, p. 231.

⁵¹ *Ídem*, p. 232.

⁵² LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", art. cit., p. 25.

de crearlas y hacerlas efectivas".⁵³ O, en palabras de Hierro, "en el ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia".⁵⁴

Para Laporta, no obstante, resulta complicado llevar el concepto de libertad al ámbito de lo político, por cuanto la idea de libertad como triunfo de la razón, a su juicio, puede degenerar en tiranía o autoritarismo.⁵⁵ De igual modo, encuentra inapropiada la asociación que se ha hecho del concepto de libertad con la idea de autogobierno, pues "se hace equivaler una idea propia de esa moral personal ("el individuo que se da a sí mismo las pautas de conducta es libre") a una idea política ("los individuos que participan en la elaboración de las normas de su comunidad son libres")",⁵⁶ lo cual es una distorsión del término al querer relacionarlo con la democracia. Se remite nuevamente a Berlin, para destacar que libertad negativa y positiva son dos cosas bien distintas y no pueden hacerse equivaler, en ningún caso: "El deseo de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi conducta, puede ser un deseo tan profundo como el deseo de un ámbito de libre acción, y quizá, históricamente más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa". Dirá que "La conexión que hay entre democracia y libertad individual es mucho más débil de lo que les parece a muchos defensores de ambas".⁵⁷

⁵³ *Ídem*, p. 32.

⁵⁴ HIERRO, Liborio, "¿Qué derechos tenemos?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA*, núm. 23, 2000, p. 363.

⁵⁵ En palabras del autor, "[s]i se identifica la libertad con el triunfo de la razón sobre los apetitos afectivos, las pasiones o la enajenación consumista parece claro que una rigurosa persecución de tales concupiscencias puede presentarse como una política de libertad. O, como critica lúcidamente Berlin, 'forzar a los yos empíricos a acomodarse a la norma correcta no es tiranía sino liberación'. Se trata de la paradoja autoritaria del Estado racional. Si soy legislador o gobernante tengo que suponer que si la ley que impongo es racional... será automáticamente aprobada por todos... en tanto que seres racionales". LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", *op. cit.*, p. 27.

⁵⁶ *Ídem*, pp. 27-28.

⁵⁷ BERLIN, Isaiah, "Libertad y necesidad en la historia", *Revista de Occidente*, 1974, Madrid, pp. 47 y 145 según cita LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", *art. cit.*, p. 29.

c. La libertad fáctica o material

Esta acepción de la libertad está directamente relacionada con la "disponibilidad de los medios para realizar una acción",⁵⁸ esto es, la noción de libertad como capacidad. La idea que subyace a esta construcción teórica es aquella en virtud de la cual, la libertad para actuar y para darse sus propias normas resulta convirtiéndose en mera retórica sin las condiciones socioeconómicas y culturales que permitan a los seres humanos actuar movidos por el deseo de alcanzar fines concebidos de manera racional y autónoma. Así, por ejemplo, una persona que tiene problemas de malnutrición o que es analfabeta ve seriamente limitadas sus opciones vitales. Tanto que ya no puede ser considerado un ser libre y autónomo para trazar y alcanzar su propio plan de vida.

Autores como el propio Berlin, empero, consideran que es un equívoco confundir la libertad con las condiciones para su ejercicio. En su opinión, el concepto de libertad como capacidad incurre en ese equívoco, en tanto que carecer de ciertos bienes que permitan al individuo un pleno ejercicio de la libertad, no implica que no siga teniendo dicha libertad: "Si un hombre es demasiado pobre, o ignorante o débil, para hacer uso de sus derechos, la libertad que éstos le confieren no significa nada para él, pero por eso no es aniquilada dicha libertad".⁵⁹

Laporta comparte esta apreciación en relación con la noción de libertad real. Para el autor: "La situación de extrema indigencia o de carencia de cultura no provoca

⁵⁸ LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", *art. cit.*, p. 30.

⁵⁹ BERLIN, Isaiah, "Libertad y necesidad en la historia", *Revista de Occidente*, 1974, Madrid, p. 50 según cita LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", *op. cit.*, p. 30.

la imposibilidad de ciertas acciones, sino su alta improbabilidad y por tanto puede hablarse con sentido de que tales acciones están prohibidas o permitidas. Naturalmente ser libre de realizar una acción para cuya puesta en marcha la probabilidad que tengo es cercana a la nada no producirá en mí un entusiasmo particular por esa libertad, pero tengo libertad para ponerla en marcha. Lo que la pobreza o la incultura produce no es una ausencia de libertad, sino una actitud de desdén hacia ella ante lo perentorio de la necesidad de acceder a otros bienes prioritarios".⁶⁰

Estas observaciones aparecen algo indiferentes ante las situaciones de pobreza y marginalidad en las que históricamente se ha encontrado buena parte de la población mundial que, si bien, ha contado con libertad formal para decidir sobre su propia vida y para participar en la vida política, ha debido enfrentar unas condiciones materiales que no le permiten el ejercicio de sus derechos ni proyectarse como individuos libres y autónomos. El problema no es de desinterés por el ejercicio de sus libertades. Antes bien, se trata de la ausencia del entorno adecuado para ello, de una situación de insatisfacción de necesidades básicas que impide un ejercicio libre y autónomo de los derechos, así como vislumbrar una variedad de posibles elecciones en las que puedan optar por un plan de vida propio que les lleve a la autorrealización.

Alexy, como enseguida expondré, asume esta postura teórica y defiende la idea, según la cual, la libertad jurídica formal no tiene ningún valor sin la libertad fáctica que brinde verdaderas posibilidades de elegir entre diversas opciones. De allí deriva el filósofo alemán el fundamento de los derechos sociales.

⁶⁰ LAPORTA, Francisco, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", art. cit., p. 40.

2.2 La libertad como fundamento de los derechos sociales

En este aparte del trabajo estudio tres autores de tradición liberal, como pensadores que han sentado las bases de una fundamentación de los derechos sociales, a partir de la noción de libertad. Entre ellos, en primer lugar, está Robert Alexy, como ya fue enunciado, quien elabora una teoría explícita de fundamentación de los derechos que ahora nos ocupan, a partir de la noción de libertad fáctica o real. Asimismo, analizaré los aportes hechos por dos importantes filósofos, John Rawls y Jürgen Habermas, en la fundamentación de estos derechos sobre el principio de libertad.

a. Alexy: la libertad fáctica como fundamento de los derechos sociales

Alexy elabora su teoría de la fundamentación de los derechos sociales a partir de un argumento de libertad fáctica. Para este autor, la libertad jurídica carece de valor sin una libertad fáctica, lo cual explica mediante la siguiente fórmula: "la libertad jurídica de a para llevar a cabo o no la acción h carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, a no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o la no ejecución de h ".⁶¹

Este autor pone de manifiesto, para complementar su argumentación en el sentido aquí expuesto, que se requiere de actividades estatales específicas con el fin de que un número significativo de titulares de derechos fundamentales pueda contar con libertad fáctica, ya que ésta no puede ser garantizada por ellos mismos, en el contexto de la moderna sociedad industrial.⁶²

⁶¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 447.

⁶² *Ibidem*.

La libertad fáctica, a su juicio, debe ser asegurada por los derechos fundamentales, dada su gran importancia para el individuo. Apunta que la Constitución alemana, a pesar de no reconocer derechos sociales fundamentales, podría pretender realizar una división de tareas entre los derechos fundamentales y el proceso político, asignando a los primeros la labor de garantizar la libertad jurídica, y al segundo, aquella relativa a la libertad fáctica.

Finalmente, como tercer elemento para completar su teoría de fundamentación, Alexy considera necesario justificar por qué la libertad fáctica tiene que garantizarse mediante el reconocimiento iusfundamental, lo que le lleva a justificar la idea del aseguramiento de los derechos sociales, mediante su reconocimiento como derechos fundamentales: "Para justificar la adscripción de derechos sociales a las disposiciones de derecho fundamental, con la ayuda de un argumento de libertad, hay que fundamentar, entonces, que la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar, incluye la libertad fáctica".⁶³ El autor ilustra esta tesis a partir de dos argumentos principales.

El primero de ellos tiene que ver con la importancia que comporta la libertad fáctica para el individuo, como ilustra claramente en el siguiente pasaje de su obra:

[...] puede decirse que para el individuo tiene importancia existencial el no tener que vivir por debajo del nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y el no quedar excluido de la vida cultural de la época. Para quien se encuentra en tales situaciones deficitarias ciertamente los derechos fundamentales no carecen por completo de valor. Justamente, el menesteroso puede valorar, por ejemplo, especialmente aquellos derechos fundamentales que lo protegen, por ejemplo, del trabajo forzoso, y que le brindan

⁶³ *Ídem*, p. 448.

la posibilidad de mejorar su situación por medio del proceso político. Sin embargo, no hay duda de que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria no le sirven para nada y que, por lo tanto se convierten en 'fórmulas vacías'.⁶⁴

El segundo argumento que Alexy expone está relacionado con la idea según la cual la libertad fáctica es relevante desde una perspectiva iusfundamental, no sólo desde un punto de vista formal de la garantía de cosas valiosas, sino también desde un punto de vista material. Señala al respecto que

"[a] la luz de la teoría de los principios, esto debe interpretarse en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica. Por lo tanto, esto impone la conclusión de que los derechos fundamentales —si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente— apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos para el ejercicio de las libertades jurídicas y, por lo tanto, son 'regulaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente'.⁶⁵

De esta manera, el fundamento más importante de un reconocimiento de los derechos sociales es el principio de libertad, en este caso, fáctica o material, que posibilita la realización de las libertades establecidas como derechos civiles y políticos. No obstante, el filósofo alemán considera que los derechos sociales no sólo remiten al principio de libertad, sino que éste se complementa —como fundamento

⁶⁴ *Ídem*, pp. 448-449.

⁶⁵ *Ídem*, p. 449.

de los derechos sociales— con los principios del Estado social y de la igualdad jurídica.⁶⁶

b. El mínimo social como contenido constitucional esencial de Rawls

La teoría de este filósofo estadounidense de adscripción liberal termina por reconocer derechos sociales que deben hacer parte de cualquier Constitución democrática. Como se verá, para él, "el mínimo social" —como denomina a estos derechos—, constituye los presupuestos materiales para el ejercicio de los derechos civiles y políticos, en tanto implica partir de la idea de individuos con necesidades básicas satisfechas, lo cual les permite ejercer las libertades individuales (derechos), así como aquellas de participación política. Veremos la evolución de su teoría, en la que finalmente llega a incluir estos contenidos relativos a los derechos sociales dentro de su "contenido constitucional esencial".

La teoría de Rawls experimenta un giro importante en lo que tiene que ver con los derechos sociales. En efecto, en un primer momento el autor considera el mínimo social para la satisfacción de las necesidades básicas como una cuestión de legislación justa. Posteriormente, incluye dicho mínimo social en los llamados contenidos constitucionales esenciales.

En su *Teoría de la justicia*, Rawls asume que una Constitución justa es aquella que asegura las libertades individuales y políticas de una ciudadanía igual. La cuestión del mínimo social, en cambio, debe ser garantizada por el gobierno, mediante "asignaciones familiares y subsidios especiales, por enfermedad y desempleo, o,

⁶⁶ *Ibidem.*

más sistemáticamente, por medios tales como un complemento graduado al ingreso, llamado el impuesto negativo sobre la renta".⁶⁷

Estas tesis son reflejo de la postulación de sus dos principios de la justicia. El primero de ellos, sostiene: "Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos".⁶⁸ El segundo principio establece: "Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades".⁶⁹

Posteriormente, en *El liberalismo político*, cuando se ocupa del consenso constitucional, este autor incluye medidas que aseguren la satisfacción de las necesidades básicas de todos los ciudadanos, a fin de posibilitar su participación en la vida política y social de la comunidad.⁷⁰ Y, lo que es más importante aún, considera la tarea de mantener un nivel de bienestar material y social, como un elemento constitucional esencial. Rawls nos dice sobre este punto:

[L]a idea no es satisfacer necesidades —en vez de meros deseos y preferencias—; tampoco se trata de redistribución en sentido igualitario. El elemento constitucional esencial aquí es más bien que, por debajo de un determinado nivel de bienestar material y social, y de adiestramiento y educación, la gente ni siquiera puede participar en la sociedad en calidad de ciudadanos, y mucho menos en calidad de ciudadanos iguales. Lo que determina el nivel de bienestar y de educa-

⁶⁷ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997, p. 258.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 280.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ RAWLS, John, *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 198-199.

ción que permite eso no es una cuestión que deba dirimir una concepción política. Hay que observar a la sociedad en cuestión. Pero eso no significa que el elemento constitucional esencial no esté meridianamente claro: es lo que se requiere para dar el peso debido a la idea de sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales, y para no considerar todo ello, en la práctica si no en el discurso, como mera retórica.

Ahora bien, es importante aclarar que Rawls hace hincapié en que, la exigencia de ciertos recursos sociales sólo puede estar basada en los bienes primarios que determinan cuáles son las necesidades básicas de los individuos en una sociedad determinada. En ningún caso, aclara el autor, tales exigencias pueden tener origen en las preferencias o en los deseos, por muy fuertes que sean, pues "[...] estos no constituyen, por sí mismos, razones en asuntos constitucionales esenciales y en cuestiones de justicia básica. El hecho de que tengamos un deseo irresistible no es argumento en favor de la pertinencia de su satisfacción, lo mismo que la firmeza de una convicción no es argumento en favor de su verdad".⁷¹

De acuerdo con los aspectos estudiados de la teoría de Rawls, considerados pertinentes en la comprensión de su fundamentación de los derechos sociales, estos forman parte de los contenidos constitucionales esenciales como elementos que aseguran niveles básicos de bienestar material, en aras de posibilitar el ejercicio de las libertades individuales y políticas de los ciudadanos. La satisfacción de las necesidades básicas de las personas, en tanto condiciones para la existencia de auténticos ciudadanos libres e iguales, es en su teoría fundamento de la inclusión de un mínimo social en la Constitución. Sin niveles básicos de bienestar material, pues, se hace impensable el sistema propuesto en su teoría.

⁷¹ *Ídem*, p. 224.

Con todo, es importante resaltar que se trata de una teoría claramente liberal, en la que el acento está puesto sobre los derechos de libertades civiles y políticas, dejando a los derechos sociales como presupuesto de su ejercicio. Esto se evidencia en la clasificación que hace Rawls de lo que constituye las esencias constitucionales; para el autor, éstas son de dos tipos: "a) principios fundamentales que definen la estructura general del Estado y el proceso político: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; el alcance de la regla de mayoría; y b) igualdad de derechos y libertades básicos de los ciudadanos que las mayorías legislativas han de respetar, tales como: el derecho al voto y a la participación política, libertad de culto, libertad de pensamiento y de asociación, así como las tutelas proporcionadas por el imperio de la ley".⁷²

De nuevo vemos que aparece la noción de libertad en su dimensión fáctica o real, como presupuesto para el ejercicio de las libertades individuales y de la autonomía, así como para la participación de los individuos en la vida política de sus comunidades. La inclusión del mínimo social obedece al deber de satisfacción de las necesidades básicas, de manera que los individuos puedan contar con un nivel de bienestar material que permita tal libertad y participación. Hay pues una conexión entre satisfacción de necesidades básicas y el mínimo de bienestar social como condición de realización de las libertades individuales y políticas.

c. Los derechos sociales como condiciones para la realización de los derechos civiles y políticos en Habermas

Este filósofo alemán plantea un sistema de derechos en el que incluye los derechos sociales. Estos, aparecen una vez más, como presupuesto para el disfrute de

⁷² *Idem*, pp. 262-263.

los derechos liberales clásicos, a pesar de que para el autor sólo están relativamente fundados, a diferencia de aquellos de libertad y participación que se encuentran absolutamente fundados, en su teoría.

Tal sistema está configurado por las siguientes cinco categorías de derechos:

1. Derechos fundamentales que se corresponden con el mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.
2. Derechos fundamentales en virtud del estatus de miembro de la comunidad jurídica.
3. Derechos fundamentales derivados de la posibilidad de exigibilidad judicial, es decir a la protección de los derechos individuales.
4. Derechos fundamentales a la participación política en igualdad de oportunidades, en la que los ciudadanos puedan ejercer su autonomía política.
5. Derechos fundamentales a unas condiciones de vida que permitan el disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados del punto 1 al 4.⁷³

Dentro de este sistema de derechos, las tres primeras categorías constituyen al Derecho, es decir, configuran los elementos determinantes de lo que éste es. Así pues, sin las tres primeras categorías de derechos, de conformidad con el planteamiento de Habermas, no puede hablarse de un derecho legítimo.⁷⁴ El autor lo expresa en estos términos: "[E]l derecho a iguales libertades subjetivas de acción,

⁷³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 188-189.

⁷⁴ *Ídem*, p. 188.

junto con los correlatos que representan los derechos de pertenencia a una comunidad jurídica y las garantías relativas a procedimientos, establecen como tal el código que es el derecho. En pocas palabras: no hay derecho legítimo sin estos derechos".⁷⁵

En relación a la cuarta de ellas, el autor apunta que se trata de los derechos de participación política en la que los ciudadanos establecen su propio derecho y juzgan si éste es legítimo. Estos derechos políticos "fundan el *status* de ciudadanos libres e iguales, el cual es autorreferencial en cuanto que posibilita a los ciudadanos cambiar su posición jurídica material con la finalidad de interpretar y de desarrollar y configurar mediante tal cambio su autonomía privada y su autonomía pública".⁷⁶

Únicamente los derechos contenidos en las cuatro primeras categorías están absolutamente fundados en la teoría del sistema de derechos de Habermas. Para él, por el contrario, los derechos sociales, que incluye en la quinta categoría, sólo están relativamente fundados,⁷⁷ a pesar de que actúan como presupuestos para la realización de todos los demás derechos.

En efecto, Habermas no otorga la condición de derechos fundamentales a los derechos sociales. Para él, esta categoría de derechos es más bien el conjunto de "bienes colectivos" que deben ser distribuidos de manera más justa, con el fin de compensar las desigualdades sociales que implica el sistema capitalista.⁷⁸ Intenta

⁷⁵ *Ídem*, p. 191.

⁷⁶ *Ídem*, p.189.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, trad. de J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, p. 190.

compatibilizar esta idea con la teoría de los derechos, con base en la tesis según la cual estos bienes colectivos (o básicos en términos de Rawls) pueden ser distribuidos individualmente (pone como ejemplo el dinero, el tiempo libre y las prestaciones de servicios) o bien, pueden ser aprovechados individualmente (como las infraestructuras de transporte, salud y educación) y por ello, pueden ser protegidos como derechos individuales de prestación.⁷⁹

Reconoce, de este modo, que el sistema capitalista hace preciso garantizar ciertos derechos sociales, dadas las crecientes desigualdades que genera, y que hacen impensable en un plano fáctico, la igualdad de oportunidades para todos, como presupuesto teórico. En relación con esto, señala que

[c]on la creciente desigualdad de las posiciones económicas de poder, de bienes de fortuna y de posiciones sociales de vida se destruyen [...] los presupuestos fácticos para un aprovechamiento en igualdad de oportunidades de las competencias jurídicas repartidas de modo igualitario. Si el contenido normativo de la igualdad jurídica no debe convertirse por completo en su contrario, entonces, por un lado, hay que especificar materialmente las normas existentes del derecho privado y, por otro lado, hay que introducir derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten tanto el derecho a un reparto más justo de la riqueza producida socialmente como el derecho a una protección más eficaz ante los riesgos producidos socialmente.⁸⁰

Empero, para el filósofo alemán, el otorgar una fundamentación absoluta a los derechos sociales, representa un peligro, en consideración a los rasgos burocráticos y paternalistas del Estado social, que pueden terminar minando la autonomía individual de las personas. Ilustra tal temor de la siguiente manera:

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ídem*, p. 256.

Un Estado social que se cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia humana digna, correría manifiestamente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía de la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas.⁸¹

Según esta breve exposición de la teoría de Habermas sobre los derechos sociales, se hace evidente que el autor los incluye dentro de su teoría de los derechos, únicamente por considerarlos como la base material que sirve a la realización de los derechos civiles y políticos de los individuos, pero no les otorga el estatus de derechos fundamentales. Adicional a lo anterior, considera inconveniente el papel del Estado social en cuanto a la garantía para todos de los mínimos de bienestar que posibiliten la vida en condiciones dignas. Esto, como él mismo lo expresa, por cuanto puede representar un detrimento en términos de autonomía individual. Así, a su juicio, se hace necesario contemplar derechos de contenido social, pero sin que ello implique el deber del Estado de suministrar todos aquellos bienes básicos que demande la ciudadanía, pues se corre el peligro de una injerencia desmedida del Estado en la autonomía privada de los individuos.⁸²

⁸¹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 489.

⁸² A esta preocupación podría objetarse la tesis de Tugendhat según la cual, los derechos positivos o prestaciones sólo deben operar de manera excepcional, cuando son verdaderamente necesarios y representan una "ayuda para ayudarse a sí mismo", para que el individuo que los demanda pueda velar por su propia subsistencia. Ello se sigue de la necesidad de autonomía y de la obligación del reconocimiento de la autonomía, que resulta de ella. Por ello, para el autor las prestaciones públicas deben ser temporales y estar encaminadas a estimular el desarrollo de la propia autonomía de los sujetos. TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, citado, p. 333.

3. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL CONCEPTO DE IGUALDAD

Al igual que ocurre con el principio de libertad, la igualdad también asume diferentes dimensiones. Algunas de ellas, como se verá, tienen importantes puntos de encuentro con la última de las acepciones de la libertad estudiadas, esto es, la libertad fáctica, real o material.

Expondremos, pues, de manera sucinta las dimensiones de la igualdad, para proceder a continuación a estudiar los desarrollos teóricos en relación con la fundamentación filosófica de los derechos sociales que se han elaborado a partir de este principio. Como se verá, este es el principio con el que tradicionalmente se ha asociado a los derechos sociales, en parte para restarles valor jurídico, desde posturas liberales y neoliberales.

3.1 Las dimensiones de la igualdad

La noción de igualdad ha suscitado multiplicidad de análisis y estudios, dada la complejidad de sus contenidos y las implicaciones que conlleva en los campos económico, social, político y jurídico. Pese a tal complejidad y a la diversidad de acepciones que le han sido atribuidas, se puede hablar de tres rasgos genéricos que están presentes, de manera transversal, en todas sus dimensiones. En primer lugar, se trata de una noción que exige partir de una pluralidad, ya sea de personas, objetos o situaciones, entre los que se hace la comparación; en segundo lugar, implica una dimensión relacional, en donde la pluralidad de su alcance involucra relaciones multilaterales o, como poco, bilaterales; y, por último, es de su esencia la comparación entre los entes de los que se predica, para lo cual, es menester

contar con un elemento que permita establecer la comparación: un *tertium comparationis*.⁸³ Se trata, además, de un valor normativo y no descriptivo, lo que quiere decir que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos referidos a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que de ellas se derivan.⁸⁴

Veamos entonces cuáles son las dimensiones que se han formulado desde la filosofía del concepto de igualdad.

a. La igualdad formal o igualdad ante la ley

Es ésta la más clásica noción que se tiene del principio de igualdad. Hace alusión a la igualdad jurídica que debe cubrir a todos los individuos, en la esfera de la legislación, como en la aplicación del Derecho por parte de los Jueces. Así pues, este principio otorga una especie de inmunidad frente a tratamientos discriminatorios del legislador,⁸⁵ a la vez que obliga al Juez a aplicar la ley de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que le sea dable establecer diferenciaciones en razón de las personas o de circunstancias que no sean aquellas establecidas de manera clara en las normas aplicables.⁸⁶ Esta dimensión de la igualdad se traduce en que la ley debe ser idéntica para todos, de suerte que debe cumplir los requisitos de universalidad y abstracción de las normas jurídicas.⁸⁷

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio, "Dimensiones de la igualdad", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"* núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, p. 18.

⁸⁴ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, p. 24.

⁸⁵ Véase HIERRO, Liborio, "¿Qué derechos tenemos?", art. cit., p. 364.

⁸⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio, "Dimensiones de la igualdad", art. cit., p. 21.

⁸⁷ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, p. 262.

Los autores que se han ocupado del tema de las dimensiones de la igualdad, han subdividido la noción de igualdad formal en tres aspectos, a saber: 1. La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad o generalización. 2. La igualdad de procedimiento; y 3. La igualdad de trato formal, que a su vez, comprende: (i) la igualdad como equiparación, y (ii) la igualdad como diferenciación.⁸⁸

1. La igualdad ante la ley como generalización implica que las normas sean abstractas, impersonales y universales. Esta noción expresa, según lo anterior, la idea de que la ley debe ser idéntica para todos, sin que pueda haber lugar a inmunidades o privilegios.⁸⁹ Lo anterior está directamente relacionado con el valor de la seguridad jurídica, mediado por los principios de certeza y publicidad.⁹⁰
2. La igualdad de procedimiento es una garantía funcional de regularidad en los procedimientos de aplicación de la ley. Tiene que ver, entonces, con la existencia de procesos preestablecidos a los que los ciudadanos se hallarán sujetos y que fungen como garantía de que los Jueces aplicarán las normas según pautas de coherencia.⁹¹ Como se ve, esta noción está estrechamente relacionada con el principio de exigencia de generalidad de la ley, pues igual que aquel, ésta exige la consagración de leyes abstractas y universales que deben ser aplicadas de manera igual a todos los ciudadanos.

⁸⁸ Tomamos aquí la clasificación presentada por AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, citado, pp. 117 y ss., que, a diferencia de la que elabora Pérez Luño, incluye las nociones de igualdad como equiparación y como diferenciación dentro de la igualdad de trato formal. Sin embargo, se trata de una distinción formal que no representa una diferencia conceptual. Véase, PÉREZ LUÑO, Antonio, "Dimensiones de la igualdad", art. cit., p. 22 y ss.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, op. cit., p. 117.

⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio, "Dimensiones de la igualdad", art. cit., pp. 31-32.

3. La igualdad de trato formal, como dijimos, contiene dos aspectos: (i) la igualdad como equiparación, y (ii) la igualdad como diferenciación.

- (i) La igualdad como equiparación supone un tratamiento igual de lo que no lo es en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo. De lo que se trata es de hacer abstracción de las diferencias existentes entre las situaciones o las personas, pero que se consideran irrelevantes desde el punto de vista jurídico. Al respecto nos dice Pérez Luño: "[...] en la mayor parte de las ocasiones, la igualdad implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aún admitiendo su disparidad en otros ($a=b$). De ahí, que cuando la igualdad no se traduce en pura identidad suele suponer un juicio de equiparación de objetos que presentan rasgos o características comunes".⁹² Debe establecerse entonces un criterio de relevancia en cualquier juicio de equiparación, que sirva como parámetro para establecer qué datos son esenciales o irrelevantes para predicar la igualdad entre una pluralidad de objetos, situaciones o personas. Esto permitirá no establecer equiparaciones arbitrarias entre entes que presentan diferencias relevantes, así como no instituir discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias carezcan de relevancia en el plano jurídico.⁹³

La más clara manifestación del concepto de igualdad de trato formal como equiparación, es el principio de no discriminación, ya que se hace abstracción de rasgos que diferencian a las personas, como

⁹² *Ídem*, p. 25.

⁹³ *Ídem*, p. 26.

la raza, el sexo, la lengua, la religión, el origen étnico, etcétera; que, de hecho, hacen parte de los criterios sospechosos o prohibidos de diferenciación.⁹⁴

- (ii) La igualdad como diferenciación, por su parte, implica una regulación diferente de situaciones semejantes, sin que ello implique arbitrariedad o discriminación,⁹⁵ por manera que permite otorgar tratamientos distintos a situaciones que, si bien guardan semejanzas, también comportan algunas diferencias que hacen apropiado establecer distinciones en cuanto a la respuesta jurídica.

b. La igualdad material o sustancial

El problema de la igualdad material remite al problema de los criterios de la justicia material. Esta acepción del principio de igualdad es invocada, por cuanto se considera que la igualdad es justa, como injusta la desigualdad.⁹⁶ Se ve allí que subyace el ideal de que todas las personas cuenten con los medios necesarios para su desarrollo y su participación efectiva en todas las áreas de organización de la sociedad en la que viven. Como se ve, la igualdad en su dimensión material tiene importantes puntos de encuentro con la noción de libertad fáctica o real, en la medida en que ambos conceptos remiten a la idea de un mínimo de bienestar material que permita el desenvolvimiento de los sujetos en sociedad, esto es, el ejercicio de sus derechos, su autonomía y la participación política. Al respecto, opina Liborio Hierro que la idea

⁹⁴ A no ser que se trate de medidas de discriminación positiva o acción afirmativa, en virtud de las cuales se tienen en cuenta estas diferencias como criterio relevante para promover el logro de igualdad material, no ya formal, como es el caso de los derechos de las mujeres o los que van dirigidos a las personas con discapacidad, entre otros derechos específicos reconocidos en favor de grupos de especial protección.

⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio, "Dimensiones de la igualdad", art. cit., p. 28.

⁹⁶ *Ídem*, p. 61.

de libertad real⁹⁷ "se remite en realidad a esta idea de condiciones equitativas para ejercer la libertad. Sin embargo, tanto la igualdad formal como la igualdad material son expresión de la misma idea normativa de que cualquier ser humano tiene el mismo valor moral que cualquier otro".⁹⁸

Se trata, en definitiva, de un principio de igualdad social que pretende compensar las desigualdades. Este proceso de compensación tiene lugar, ya sea mediante la promoción de las personas desfavorecidas, o a través de la limitación de la riqueza y del poder de los más favorecidos.⁹⁹

La igualdad material, así como la igualdad formal, contiene dos manifestaciones: (i) igualdad como equiparación, e (ii) igualdad como diferenciación, mediante las cuales se desarrolla.

- (i) La igualdad como equiparación, en su componente de igualdad material, atiende a la idea de garantía de las necesidades básicas como elemento cuya racionalidad y fundamentación de los derechos es más adecuada.¹⁰⁰
- (ii) En su componente de diferenciación, la igualdad material busca, asimismo, lograr la garantía de las necesidades básicas de las personas, lo cual puede conseguirse mediante tres actividades: a) la eliminación de un privilegio que era considerado como un derecho fundamental; b) el

⁹⁷ El autor pone de presente que para él, la idea de libertad real o material, es una idea "poco afortunada". HIERRO, Liborio, "¿Qué derechos tenemos?", art. cit., p. 364.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ GARRIDO, María Isabel, "Los planos de vigencia de la igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad", *Revista Derechos y libertades*, núm. 20, época II, 2009, p. 66.

¹⁰⁰ ANÓN, María José y GARCÍA ANÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, op. cit., p. 119.

establecimiento de un derecho subjetivo que obliga a los poderes públicos a satisfacer una necesidad que no puede ser realizada por el propio individuo ni desde su entorno privado; o c) el establecimiento de directrices o principios que deben ser objeto de desarrollo legislativo posterior.¹⁰¹

Como en las problemáticas puestas de presente en relación con el principio de igualdad formal, se trata también de tener en cuenta criterios relevantes a la hora de establecer tratos diferenciados, y que puedan ser justificados de manera adecuada, pues se corre el riesgo de establecer tratos discriminatorios injustificados.

Alexy defiende el principio de igualdad formal o *jurídica*, como la denomina en su teoría de los derechos, desde la noción de equiparación, como prevalente sobre el de igualdad material o *de hecho*. Para ello se basa en la prevalencia del trato igual sobre el desigual, a partir de dos argumentos: (i) el primero de ellos referido a la carga de la argumentación para los tratos desiguales, como un postulado básico de la racionalidad práctica; y (ii) el otro, un argumento de carácter pragmático, según el cual, el principio de la igualdad jurídica puede aplicarse con mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho (material), dado que sólo apunta al acto de trato como tal y no tiene que considerar sus múltiples efectos. Para el autor, de esta manera, "[l]a igualdad jurídica es un valor en sí mismo". Y reafirma que "[d]e dos situaciones que son iguales desde todos los puntos de vista menos en uno, de tal manera que, en la primera existe una desigualdad jurídica y en la segunda no, hay que preferir la primera. En este sentido, existe un paralelismo entre la igualdad jurídica y la libertad negativa".¹⁰²

¹⁰¹ *Idem*, pp. 119-120.

¹⁰² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 369.

c. La igualdad en la ley o igualdad en los derechos

Por último, podemos hablar de la noción de igualdad que supone un real disfrute de los derechos fundamentales reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico. Para autores como Añón y García Añón, la igualdad en derechos más que otra dimensión de este principio, consistiría en una finalidad a la que debe tender la igualdad en sus componentes formal y material o jurídico y de hecho, en términos de Alexy. Así, deben tomarse medidas de equiparación como de diferenciación para conseguir la garantía del goce de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones.¹⁰³

A partir de lo anterior se habla del carácter de *metaderecho* que comporta la igualdad, en la medida en que "si un determinado derecho es fundamental quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo".¹⁰⁴

Esta concepción de la igualdad se encuentra estrechamente relacionada con la idea de fundamentación de los derechos sociales a partir de la igualdad. En el siguiente aparte me ocuparé de este tema con mayor detenimiento.

3.2 La igualdad como fundamento de los derechos sociales

La clasificación de las dimensiones de la igualdad que se ha mostrado en el aparte anterior brinda algunos elementos teóricos que permiten comprender de manera clara las conexiones que existen entre los derechos sociales y el principio de igualdad

¹⁰³ AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, op. cit., p. 120 y ss.

¹⁰⁴ *Ídem*, pp. 120-121.

material, así como con la dimensión de la igualdad en derechos. En efecto, la finalidad para la cual han sido instituidos los derechos sociales es aquella que pretende compensar las desigualdades materiales y corregir las discriminaciones de hecho en favor de los más débiles. Desde el punto de vista jurídico, tal proceso puede tener lugar mediante el reconocimiento de las diferencias, a fin de posibilitar su respeto y garantía, así como con la eliminación de las discriminaciones a través del reconocimiento de derechos específicos que protejan a determinadas colectividades o ciertas particularidades de los individuos.¹⁰⁵

Prieto Sanchís señala al respecto que "[...] los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada".¹⁰⁶

Desde esta perspectiva, los derechos sociales resultan ser la expresión de la igualdad material, pues es de su esencia intervenir en favor de ciertas personas que se encuentran en situación de desventaja, acudiendo a criterios que introducen necesariamente desigualdades normativas. Añón y García Añón destacan los rasgos más importantes que comporta el principio de igualdad material como fin último que aspira a alcanzarse mediante la eficacia de los derechos sociales. En primer lugar, ponen el acento en que la dimensión sustancial de la igualdad, busca la *igualación* de los ciudadanos en la vida social, económica y política, lográndose con ello dar importancia a los factores de diferenciación entre las personas; la igualdad,

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 115-116.

¹⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *op. cit.*, p. 17.

de esta manera, adquiere un matiz diferente, dado por la relevancia que adquieren las diferencias de género, raza, religión, lengua, etc. Por otra parte, subrayan que el problema de la equiparación entre grupos sociales adquiere visibilidad, con lo cual se desplaza el énfasis liberal puesto sobre el individuo y se tienen en cuenta también las desigualdades en detrimento de sujetos individualmente considerados, por su pertenencia a un grupo desfavorecido. Otro de los aspectos más importantes es el que tiene que ver con la articulación que se consigue mediante los derechos sociales, entre igualdad como equiparación e igualdad como diferenciación, pues ellos permiten partir de situaciones discriminatorias de hecho, para proponer las herramientas jurídicas —derechos— orientadas a alcanzar una igualdad de resultado. En esta construcción es indispensable llevar a cabo una argumentación razonable sobre la relevancia de los elementos diferenciadores, que justifique introducir un trato desigual. En estos casos la carga de la argumentación recae sobre los tratamientos desiguales, por cuanto sólo están justificados cuandoquiera que no existe otra forma de conseguir igualdades de hecho.¹⁰⁷ Recuérdese en este punto a Alexy, cuando formula el principio de prevalencia del trato igual sobre el desigual, arriba mencionado.

Es preciso anotar que a partir de posturas progresistas en favor de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos exigibles se ha defendido la idea según la cual, la igualdad material que se persigue mediante la garantía de los derechos sociales se convierte en presupuesto para el ejercicio de todos los derechos, lo cual implica que al estar garantizada la satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas se genera una igualdad de condiciones materiales, necesaria también en la garantía de los derechos civiles y políticos. Es decir que la finalidad última de

¹⁰⁷ AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, op. cit., p. 124 y ss.

la igualdad material estaría dada por el principio de igualdad en los derechos, arriba enunciada.

Este proceso ha tenido lugar como respuesta a las visiones conservadoras de los derechos, en las que se suele situar a los derechos sociales como axiológicamente subordinados frente a los civiles y políticos. Tal valoración ha surgido precisamente a partir del prejuicio en virtud del cual estos hallan su fundamento en el valor de la igualdad, mientras que los últimos hunden sus raíces en los caros valores de dignidad y libertad. El resultado de lo anterior, desde esta perspectiva ideológica, ha sido considerar a los derechos sociales como elementos uniformadores que restringen de manera inaceptable la diversidad y la libertad de los individuos.¹⁰⁸

No obstante, tales tesis pierden peso al introducirse la dimensión fáctica o real del principio de libertad, estudiado en un aparte anterior del trabajo. La libertad es, desde esta perspectiva, ya no sólo el derecho a no ser objeto de interferencias arbitrarias en el ámbito privado, sino que comprende también las condiciones materiales adecuadas para adquirir una verdadera libertad que permita a los individuos actuar de manera autónoma. Este último componente implica la intervención del Estado para procurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos, por manera que, "desde una perspectiva democrático-igualitaria [...] aquellas interferencias que tuvieran por objeto satisfacer las necesidades básicas o ampliar la autonomía no sólo serían legítimas, sino que constituirían un obligado corolario del principio de igual libertad".¹⁰⁹

¹⁰⁸ Véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 37 y ss. De este tema me ocuparé más detenidamente en el segundo capítulo del trabajo, cuando se expongan las visiones tradicionales y la reconstrucción conceptual de los derechos sociales.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 43.

Para Hierro, por ejemplo, la igualdad material "[c]onsistiría en la pretensión de obtener una cierta cantidad de prestaciones en alimento, sanidad, condiciones de vida, educación, información y capacitación para desenvolver la propia autonomía en similares condiciones de partida; consiste —podríamos decir— en disponer de un conjunto equitativo de condiciones para ejercer la libertad".¹¹⁰

Pisarello es enfático en afirmar que el principio de igualdad tiene una conexión significativa con todos los derechos, tanto en su dimensión formal, en tanto que prohibición de la discriminación, como en su dimensión material que obliga a compensar o a remover las desigualdades fácticas. El autor explica tal aserto a partir del siguiente ejemplo: "[...] desde el punto de vista de la igualdad formal los derechos civiles y políticos incluirían el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria en el ejercicio de la libertad de expresión, o del derecho de asociación, o de la libertad ideológica. [...] Desde la perspectiva de la igualdad sustancial, comprenderían el derecho a las condiciones materiales que permiten ese ejercicio, así como a la eliminación de los obstáculos públicos y privados que lo impidan".¹¹¹

De lo anterior se sigue que es el principio de igualdad el que informa todo el sistema de derechos, como quiera que mediante estos últimos se persigue una igualdad en los derechos de todos. Sin embargo, su manifestación más fuerte tiene lugar en los derechos sociales, que como hemos venido diciendo, tienen como finalidad última el logro de la igualdad material, mediante herramientas jurídicas que permitan tomar en consideración las diferencias, para así establecer los tratos desiguales necesarios para su reconocimiento, así como detectar las discrimina-

¹¹⁰ HIERRO, Liborio, "¿Qué derechos tenemos?", art. cit., p. 364.

¹¹¹ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 46.

ciones indebidas para eliminarlas del ordenamiento jurídico en aras de la igualdad sustancial. En palabras de Pisarello: "En definitiva, más allá de su finalidad igualitaria, orientada a la compensación y tutela de los más débiles, los derechos sociales pueden adoptar tanto la forma de derechos universales, cuando el trato diferenciado discrimine de manera arbitraria, estigmatice y atente contra la dignidad de sus titulares, como la de derechos diferenciados, cuando el trato igual sobregeneralice o desconozca las diferencias legítimas".¹¹²

4. COMENTARIOS FINALES

A lo largo de este primer capítulo he dado cuenta de los que considero los modelos más relevantes de fundamentación filosófica de los derechos sociales. Tales aportes constituyen la base primordial sobre la que se ha podido construir el desarrollo conceptual de estos derechos, lo cual ha permitido, a su vez, promover procesos tendentes al logro de garantías específicas en su favor, en el plano jurídico, y de reconocimiento por parte de los Jueces; asimismo, han intentado dotar de eficacia su existencia, si bien no siempre considerados como derechos fundamentales (como sería el caso en las teorías de los derechos de Rawls y Habermas) sí, al menos, como presupuestos para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad y de pleno desarrollo de la autonomía.

Como conclusión de estas propuestas diversas surge que, el concepto de necesidad básica cumple un papel de capital importancia en lo que atañe a la fundamentación de los derechos sociales. En efecto, según la sistematización realizada, este concepto aparece de manera transversal tanto en las fundamentaciones que

¹¹² *Idem*, p. 49.

parten desde el valor de la libertad, así como en aquellas de inspiración más igualitaria. La simple satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos es una buena razón para el reconocimiento de derechos que así lo permitan. De esto deriva la importancia de partir de un concepto adecuado y preciso de lo que son las necesidades como generadoras de derechos, de suerte que, como lo enunciaba, debe cumplir con las siguientes características: se trata de (i) necesidades básicas o absolutas (ii) objetivas y (iii) *universales*, (iv) cuya satisfacción es imprescindible para que una persona pueda llevar una vida en condiciones dignas, (v) so pena de verse conducida a un estado de sufrimiento o daño grave (vi) que se mantendrá en el tiempo hasta tanto tal necesidad resulte satisfecha, (vii) sin que haya otras alternativas para superar la situación; (viii) y de la cual, la persona no pueda salir por sí misma, por encontrarse en imposibilidad fáctica para ello.

La relevancia de la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, además, da la clave para que, a su vez, los derechos mediante los cuales éstas pretendan ser satisfechas, también deban considerarse como derechos fundamentales, no como meros derechos legales, ni mucho menos, como principios orientadores de un sistema político.

Decía que el concepto de necesidades básicas constituye el núcleo de la fundamentación de los derechos sociales, ya que éste ha sido retomado también desde las teorías que propugnan el reconocimiento de estos derechos a partir de un argumento de libertad fáctica, al igual que las que parten de la idea de igualdad material o del derecho de igualdad de oportunidades para todos.

Considero que, a pesar de que en estas dos líneas de fundamentación se pone el acento en un valor diferente: en una de ellas, el reconocimiento de estos derechos

obedece a la más apropiada realización de la libertad individual de los sujetos; y, en la otra, a la igualdad en las condiciones de ejercicio de todos los derechos, ambas apuntan a la misma finalidad, cual es, la garantía de las condiciones materiales que permitan a todos la existencia de una vida digna, mediante su autorrealización, lo cual no es posible si no se está en la capacidad de ejercer de manera efectiva el conjunto de derechos de los que se es titular.

Con lo anterior no pretendo desconocer las diferencias en la orientación filosófica que inspira a cada una de estas teorías de fundamentación de los derechos sociales, diferencias que han ocupado buena parte del debate de la filosofía a través de la historia. Lo que si quiero, empero, es subrayar que éstas tienen importantes puntos de encuentro que permiten articular una fundamentación no tan segmentada, sino más articulada, en consideración a las conexiones que se pueden establecer entre el principio de libertad fáctica o real y el de igualdad material o sustancial.

Estos vínculos conceptuales ya fueron puestos de presente, al referirnos, precisamente, a la fundamentación de los derechos sociales a partir del principio de igualdad. Los autores que han construido sus teorías en aras a la desmitificación de muchos de los prejuicios que han introducido en el discurso de los derechos la creencia de que se trata, en el mejor de los casos, de derechos de inferior valor a aquel que se concede a los civiles y políticos, han puesto de presente los puntos de contacto entre las postulaciones de fundamentación de los derechos a partir de los principios de libertad y de igualdad.

Tal es el caso de Pisarello, quien concluye que el fin último a alcanzar mediante la consagración de todos los derechos, ya se trate de los derechos de libertad o de derechos sociales, es su igual ejercicio por parte de todas las personas, para lo cual

se hace necesaria la distinción entre desigualdades ilegítimas que deben eliminarse o compensarse y diferencias legítimas que deben reconocerse y respetarse, en favor de los más débiles. De esta manera, para el autor, no sólo los derechos sociales, sino también los civiles y políticos pueden ser considerados como "derechos indivisibles e interdependientes susceptibles de fundamentación común: la igual dignidad, la igual libertad, la igual seguridad o la igual diversidad de todas las personas".¹¹³

Asimismo, se observa que la libertad, desde su dimensión fáctica o real, de la misma manera que la igualdad, comporta la garantía de las condiciones materiales adecuadas para el ejercicio de los derechos y libertades. Esto se evidencia en las teorías de Rawls y Habermas. Rawls, desde su liberalismo igualitario, por ejemplo, postula como el primero de sus principios de la justicia, el derecho de cada persona a tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos. Posteriormente incluye medidas que aseguren la satisfacción de las necesidades básicas y que den a la ciudadanía la posibilidad de mantener un nivel de bienestar material, en procura de su participación en la vida política y social de su comunidad.¹¹⁴ Esta conceptualización remite al concepto de libertad fáctica, entendida como la capacidad de realizar una acción, por contarse con los medios para llevarla a cabo.

Habermas, por su parte, también alude a la base material que sirve a la realización de los derechos civiles y políticos, en términos de libertad fáctica para su ejercicio, pero hace referencia, asimismo, a que la garantía de los derechos sociales

¹¹³ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, citado, p. 37 y ss. En igual sentido, como fue expuesto, véase AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de derechos sociales*, citado, pp. 120 y ss.

¹¹⁴ Véase el aparte 1.1.2. literal b, en el que se estudia la propuesta de Rawls en relación con los derechos sociales.

se hace necesaria en el sistema capitalista, dadas las crecientes desigualdades que genera y que no permiten la igualdad de oportunidades para todos que, desde el plano teórico, deberían materializarse en la realidad.

Después del estudio general de los fundamentos filosóficos de los derechos sociales, desde los conceptos de necesidades básicas, libertad e igualdad, en el siguiente capítulo presentaré el debate teórico que ha surgido en torno al tema de sus garantías y de su exigibilidad judicial, en donde se verán reflejados los elementos teóricos que he intentado sistematizar en este aparte.

Empezaré por presentar los rasgos característicos que han sido atribuidos a los derechos sociales para intentar justificar su subordinación frente a los derechos civiles y políticos, así como su inexigibilidad judicial. En un aparte posterior expondré la visión que ha surgido a partir de una relectura de las características de estos derechos, al igual que los contraargumentos esgrimidos para fundamentar su exigibilidad, como respuesta a las críticas que le han sido opuestas. Por último, me ocuparé del tema de sus garantías, pues considero que se trata de un elemento central en la discusión sobre su eficacia.