

---

# EL DEBATE TEÓRICO EN TORNO A LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

## **1. LA CARACTERIZACIÓN TRADICIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS NO FUNDAMENTALES Y DE DIFÍCIL EXIGIBILIDAD JUDICIAL**

**T**radicionalmente, en el derecho internacional al igual que en el derecho constitucional, los derechos sociales han ocupado un lugar subordinado frente a aquellos de corte liberal categorizados como derechos civiles y políticos. Es innegable que la consagración de los derechos sociales ha sido situada en un lugar secundario frente al lugar primordial que ha ocupado históricamente la promulgación en textos jurídicos la protección de los llamados derechos de libertad, cuyo deber de tutela y garantía no es puesto en cuestión hoy en día.

Podría alegarse que en las constituciones contemporáneas existe un catálogo de derechos que incluye, casi indefectiblemente, a los derechos sociales. Asimismo,

que numerosos instrumentos del sistema universal de protección de derechos humanos, al igual que varias cartas y convenios adoptados en el seno de los sistemas regionales, se ocupan de la salvaguardia de los derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, no debe desconocerse que, si bien hay un reconocimiento normativo expreso de este grupo de derechos a nivel internacional<sup>115</sup> y constitucional,<sup>116</sup> en buena parte de los casos se trata más de un reconocimiento simbólico; o, en algunos de ellos, de la consagración de principios o directrices con verdadera vin-

---

<sup>115</sup> A pesar de la fuerza vinculante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para los Estados partes, los mecanismos de protección de derechos que éste contempla son francamente débiles frente al sistema estipulado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Mientras el primero sólo cuenta hasta el momento con un sistema de informes (ya que el Protocolo Facultativo que establece la posibilidad de presentación de quejas individuales contra los Estados que lo ratifiquen no ha entrado en vigor), el segundo establece un sistema de comunicaciones sobre violaciones de derechos de parte de los Estados, así como un sistema de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos. Además, en el artículo 2.2. del PIDCP es claro que los Estados se comprometen a adoptar medidas de diversa índole, de manera inmediata, para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. Asimismo, en su artículo 3, los Estados partes asumen el deber de garantizar un recurso efectivo cuando quiera se haya presentado una vulneración de los derechos reconocidos en el Pacto. El artículo 2.1. del PIDESC, en cambio, establece que los Estados partes se comprometen "hasta el máximo de los recursos de que disponga[n], para lograr progresivamente" la plena efectividad de los derechos allí contenidos. De esta manera, el propio Pacto introduce el elemento de progresividad para la consecución de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y, además, la hace depender de la disponibilidad presupuestaria de cada Estado parte. Adicionalmente, a diferencia de lo estipulado en el PIDCP, el PIDESC no contiene ninguna disposición que obligue a los Estados partes a adoptar mecanismos de reclamo ante las violaciones de los derechos en él reconocidos.

<sup>116</sup> Muchas de las Constituciones contemporáneas reconocen derechos sociales. Sin embargo, no los incluyen dentro de la categoría de derechos fundamentales, lo cual trae como consecuencia que éstos se queden por fuera de las posibilidades de reclamo judicial a través de los mecanismos preferentes y sumarios establecidos para la tutela de los fundamentales. Así, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia de 1991, consagra los derechos económicos, sociales y culturales (Arts. 42-77) en un capítulo diferente al que contiene los derechos fundamentales (Arts. 11-41). De igual manera, la Constitución Española incluye los derechos sociales y económicos en el capítulo III del título I, llamado "De los principios rectores de la política social y económica", cuya protección no puede ser demandada por recurso de amparo, mientras que los derechos fundamentales y las libertades públicas se encuentran en un capítulo diferente y son éstos los que se encuentran revestidos de la garantía judicial del recurso de amparo constitucional. Para un desarrollo conceptual de los derechos sociales en la Constitución, véase FABRE, Cécile, *Social Rights Under the Constitution. Op. cit.*, especialmente el capítulo 5 "The implementation of constitutional social rights". En relación con la consagración de los derechos sociales en las Constituciones Europeas, puede consultarse ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne – Etude de droit compare*, Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2000.

culatoriedad jurídica, pero excluidos de la categoría de derechos fundamentales subjetivos, con la consecuente debilidad en lo que hace referencia a sus mecanismos de protección y la imposibilidad jurídica de reclamo por las vías de amparo de los derechos fundamentales de tradición liberal.

Este fenómeno se ha producido en el marco de una generalización del modelo político-económico liberal occidental —hoy consolidado—, en el que se privilegia a los derechos individuales de libertad y autonomía que constituyen la base para un adecuado desarrollo de la propiedad privada, sobre aquellos de corte social que propenden por garantizar las mínimas condiciones de vida de las personas mediante la satisfacción de sus necesidades básicas.

De esta manera, las diferenciaciones hechas entre derechos civiles y políticos y derechos sociales han tenido profundas repercusiones en el ámbito jurídico en cuanto a sus mecanismos de protección, garantía y promoción. Factores ideológicos han permitido mantener y, en muchos casos, profundizar estas distinciones, alimentadas por prejuicios de diverso orden. A continuación repasaré las tesis más tradicionales sobre la concepción de los derechos sociales, que aún hoy en día perviven en el imaginario colectivo de la comunidad de operadores jurídicos, teóricos y juristas.

### ***1.1 La caracterización tradicional de los derechos sociales***

Los derechos sociales han sido definidos tradicionalmente a partir de tres ideas centrales: a) su reconocimiento tardío, desde una perspectiva histórica (teoría de las generaciones de derechos); b) su subordinación axiológica a los derechos de libertad; y, c) las diferencias en cuanto a la estructura de unos y otros derechos, idea

esta ligada directamente con su difícil protección judicial, en tanto que se trata de derechos programáticos, de contenido vago e indeterminado, positivos, costosos y cuya realización está condicionada a factores de asignación presupuestal.

*a. Los derechos sociales son de aparición tardía y corresponden a la segunda generación de derechos*

Desde una perspectiva histórica, los derechos sociales han sido y continúan siendo percibidos como derechos de reconocimiento posterior a los derechos civiles y políticos. En efecto, estos han sido llamados "derechos de segunda generación", tras la idea de que los derechos civiles y políticos conforman la primera generación de derechos.<sup>117</sup> Así, los derechos sociales ocuparían un lugar subordinado frente a aquellos de reconocimiento y reivindicación anteriores, al responder a un tercer momento de reconocimiento de derechos humanos —el primero constituido por el reconocimiento de los derechos civiles y el segundo, por el reconocimiento de los derechos políticos.<sup>118</sup> Adicional a lo anterior, tal clasificación no ha obedecido de

---

<sup>117</sup> Hay autores que hablan, no de tres generaciones de derechos, sino de cuatro de ellas, distinguiendo en una primera generación a los de aportación liberal, es decir a los derechos civiles; en la segunda generación de derechos a aquellos de aportación democrática —los derechos políticos— y en una tercera los de aportación socialista, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales. De esta manera, los nuevos derechos humanos, como los relativos al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, y el de autodeterminación que incluyen algunos autores, no corresponderían a la tercera, sino a la cuarta generación de derechos. Véase PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid - BOE, Madrid, 1999, p. 182 y ss.

<sup>118</sup> Véase al respecto PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, *op. cit.*, p. 122 y ss. El autor lo expresa concretamente, de la siguiente manera: "Las libertades civiles, primer momento histórico de los derechos fundamentales, serán impulsadas por esta mentalidad cuando la burguesía se sienta ahogada por la presión del Estado absoluto y necesite ese ámbito de autonomía para el progreso del comercio, de la economía de mercado libre y para el desarrollo de la profesión. El siguiente paso, también apoyado en esa mentalidad —que será ya, mentalidad liberal—, consistirá en la reivindicación de los derechos políticos para la burguesía [...]". p. 124. Para un trabajo completo sobre la historia del reconocimiento y la evolución de los derechos fundamentales, véase PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Madrid, 2001, especialmente Tomo 2 (Siglo XVIII), Vol. 1 "El contexto social y cultural de los derechos, los rasgos generales de evolución" y Tomo 3 (Siglo XIX), Vol. 1 "El contexto social, cultural y político de los derechos humanos".

manera exclusiva a las circunstancias históricas, sino que las categorías han sido construidas igualmente a partir de criterios axiológicos, de suerte que "los derechos de la primera generación no sólo son los primeros derechos que emergen en el panorama, sino, además, son los derechos de libertad por excelencia, mientras que los derechos de la segunda generación responden al valor de la igualdad".<sup>119</sup> Como consecuencia de lo anterior, según esta concepción, su protección queda igualmente postergada para cuando los primeros sean satisfechos, dada su primacía no sólo cronológica, sino también axiológica.

De conformidad con la historia tradicional de los derechos humanos, el momento histórico considerado un hito de positivización de los derechos económicos, sociales y culturales es el comienzo del siglo XX, con su aparición en la Constitución mexicana de 1917, la rusa de 1918 y la de Weimar de 1919. La consolidación de este proceso sólo tendría lugar al término de la segunda Guerra Mundial, con su consagración en múltiples constituciones. Así, estos derechos han sido clasificados como de aparición muy posterior al de los derechos civiles y políticos, cuyos orígenes, según algunos estudiosos del tema, se remontan incluso a la Edad Media.<sup>120</sup>

### *b. Los derechos sociales se encuentran subordinados a los derechos de libertad desde la perspectiva axiológica*

Esta idea, ya esbozada en líneas anteriores, es aquella según la cual se trata de derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos, como

---

<sup>119</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José, "Las generaciones de derechos humanos", en BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco, DE PÁRAMO, Juan R. y PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 409.

<sup>120</sup> Véase SZABO, Imre, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en: VASAK, Karel (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. I, trad. de H. Sabaté y M. J. Rodellar, Serbal - UNESCO, Barcelona, 1984, pp. 36-74.

quiera que los primeros hallan su fundamentación en el principio de igualdad, mientras que estos últimos responden a valores de dignidad y de libertad, más valiosos desde la perspectiva liberal dominante.<sup>121</sup>

*c. Los derechos sociales tienen una estructura diferente a la de los derechos civiles y políticos, que dificulta sus posibilidades de reclamo judicial*

Existe la idea de una clara diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. Según esta tesis, los últimos son derechos negativos, no onerosos y de fácil protección, mientras que los primeros son positivos, costosos y condicionados en su realización a la reserva de lo económicamente razonable.

De acuerdo con esta postura teórica, los derechos fundamentales de libertad establecen límites a las actuaciones del Estado, determinando ciertos ámbitos de la actividad humana como bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la protección de los derechos sociales no consiste en la imposición de límites frente a ataques, sino que ésta implica actuaciones positivas del Estado que garanticen el acceso a ciertos bienes materiales y la posibilidad de participación en ellos, para lo cual son necesarias medidas del legislador o de la administración.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Véase el primer capítulo de este trabajo, en el que me ocupé del tema de los fundamentos filosóficos de los derechos sociales. En dicho aparte intenté rebatir la tesis de su subordinación axiológica frente a los derechos civiles y políticos. Como se vio, los teóricos han propuesto su sustrato axiológico a partir tanto del principio de igualdad como del de libertad fáctica, tomando como elemento transversal el concepto de necesidades humanas básicas. En el aparte 2 de este capítulo, retomaré los contra argumentos concretos frente a la caracterización tradicional en relación con la fundamentación de estos derechos.

<sup>122</sup> Véase BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1993, p. 76.

Tal diferencia de estructura entre unos y otros derechos conlleva, asimismo, que los derechos de libertad sean de aplicación directa e inmediata, es decir realizables en el nivel constitucional, como quiera que "[...] su bien de protección, la libertad de acción en un determinado ámbito material o vital, existe por sí mismo, en cierto modo viene dado de forma natural, no tiene que ser antes producido y puede ser por ello protegido jurídicamente de forma inmediata".<sup>123</sup>

En el siguiente aparte intentaré sistematizar las más importantes críticas que han sido planteadas frente a la justiciabilidad de los derechos sociales, esto es, la posibilidad de reclamar su protección ante los Jueces, en caso de amenaza o vulneración.

## **1.2 Las críticas a la exigibilidad judicial de los derechos sociales**

Como había señalado previamente, las supuestas diferencias estructurales existentes entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales han sido esgrimidas por los críticos de su exigibilidad judicial a fin de fundamentar la inconveniencia de su protección por vía jurisdiccional. Se aduce así, que se trata de derechos programáticos, de los cuales no se desprenden obligaciones directas, reclamables ante los Jueces; de contenido vago e indeterminado que corresponde desarrollar a los poderes legislativo y ejecutivo; y cuya protección implica un elevado costo. Las principales críticas pueden ser agrupadas en tres tesis generales: a) la falta de legitimación democrática de los Jueces que afecta directamente el principio de separación de poderes; b) las implicaciones presupuestarias de las decisiones sobre protección de derechos sociales; y, c) la ausencia de conocimientos técnicos de los Jueces para

---

<sup>123</sup> *Ibidem.*

tomar decisiones sobre cuestiones económicas.<sup>124</sup> A continuación desarrollaré estas críticas, previa descripción conceptual de los supuestos rasgos definitorios en relación con la estructura de los derechos sociales.

Como viene de decirse, a los derechos sociales suele atribuírseles un carácter meramente programático. Se trata pues, según esta idea, de normas con efecto indirecto que requieren de desarrollo legislativo y que carecen de la condición de derechos fundamentales subjetivos, lo cual lleva a concluir que no son exigibles judicialmente.<sup>125</sup>

Adicional a lo anterior, desde esta perspectiva teórica, su tutela comporta otra dificultad, cual es la indeterminación y vaguedad en cuanto a la conducta a la que obligan y a quiénes son los obligados a llevarla a cabo.<sup>126</sup> La determinación de sus contenidos resulta una tarea compleja, en la medida en que sus mandatos son

---

<sup>124</sup> Véase LIEBENBERG, Sandra, "The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems", en EIDE, Asbjørn, KRAUSE, Catarina y ROSAS, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook (Second Revised Edition)*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001. Una sistematización conceptual diferente es la que plantea Rodolfo Arango. El autor recoge las dificultades del reconocimiento por vía judicial de los derechos sociales a partir de tres problemas, a saber: (i) uno de tipo cognoscitivo, que tiene que ver con la pregunta de si pueden ganarse derechos sociales fundamentales por vía de interpretación constitucional (el cual respondería a la relación derechos —normas y derechos— mercado); (ii) otro de tipo metodológico, que lleva a preguntarse si es válida la determinación judicial del contenido de los derechos sociales; y, por último, el problema funcional, relativo a una repartición adecuada de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional. Véase ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 116 y ss. Asimismo, para una completa síntesis sobre el debate de las críticas y la defensa de la exigibilidad de los derechos sociales y el control constitucional de la economía, véase UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista Precedente- Anuario Jurídico* Universidad ICESI, Cali, 2001, pp. 37-68.

<sup>125</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 29. "Fundamentalmente, éstos [los derechos sociales] aparecían reducidos a mandatos políticos o a normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos de control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso tipo".

<sup>126</sup> *Ídem*, p. 59 y ss.

demasiado amplios y generales. Böckenförde, quien respalda la tesis de las diferencias estructurales entre ambos grupos de derechos y las dificultades que representa la exigibilidad de los derechos sociales, ilustra esta dificultad mediante el siguiente ejemplo:

De qué forma hay que realizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda, mediante la construcción y distribución de viviendas construidas y mantenidas por el Estado, mediante una fijación estatal de precios de las viviendas o en el marco del mercado libre de viviendas a través de la concesión de subsidios de alquiler; con qué extensión hay que aplicar la responsabilidad propia y la prestación propia y qué tamaño o equipamiento de vivienda debe considerarse adecuado; si la provisión de la vivienda debe redundar en beneficio de todos los ciudadanos o sólo de los menos acomodados; hay que resolver de entrada todo esto para crear una pretensión jurídica concreta del particular, determinada en su presupuesto, en su contenido y en su alcance.<sup>127</sup>

La idea de que la realización y la protección de los derechos sociales tienen un elevado costo también ha sido empleada para defender su no exigibilidad judicial. Básicamente, la tesis consiste en que, como consecuencia de que la protección de los derechos sociales implica erogaciones presupuestarias importantes, sólo el legislador, en primer lugar, y de manera subsidiaria la administración pueden decidir cuáles de sus contenidos deben ser protegidos y de qué manera deben serlo, pues sólo estos órganos cuentan con competencia para determinar la política de gastos del Estado y fijar las prioridades en esta materia. Así, las intervenciones judiciales en tal planeación, como respuesta a demandas jurídicas concretas, carece de legitimidad en una democracia constitucional en la que el principio de separación de poderes es fundamental. Concluye al respecto Böckenförde que "[s]e encomendara

---

<sup>127</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 77.

al Juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador [...]".<sup>128</sup>

En una democracia constitucional, según esta postura, los derechos sociales no pueden fundamentar directamente pretensiones reclamables por vía judicial, pues su propia naturaleza es la de no representar derecho inmediato y, en consecuencia, no ser jurídicamente reclamables. Desde esta posición, son mandatos demasiado generales que exigen la actividad del legislador antes de que de ellos puedan extraerse pretensiones jurídicas exigibles judicialmente. Su única aplicabilidad inmediata es frente a los órganos legislativos y administrativos para habilitar su intervención y que estos desarrollen los mandatos constitucionales, mediante los cuales deben ser establecidos en el texto constitucional.<sup>129</sup>

De lo anterior provendrían las dificultades de amparo de los derechos sociales. En efecto, las implicaciones presupuestarias que su protección supone y el alto grado de indeterminación de las disposiciones de derechos sociales en relación con las obligaciones que contienen y los destinatarios de las mismas plantearían problemas de legitimidad democrática. Para los críticos, la protección judicial de estos derechos se convierte, de esta manera, en un asunto discrecional de Jueces y tribunales, lo cual suscita problemas en cuanto a la separación de poderes y a la falta de legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales, quienes se arrojarían competencias propias del legislativo. La indeterminación de los derechos sociales supone que en la mayoría de los casos —continuaría esta objeción— sean los Jueces

---

<sup>128</sup> *Ídem*, p. 78.

<sup>129</sup> *Ídem*, pp. 80-83.

quienes deban decidir sobre cuál es el objeto de protección y cuál es la autoridad que se encuentra obligada a cumplir la orden de amparo, dado que las disposiciones de derechos sociales nada dicen al respecto.<sup>130</sup>

Rodolfo Arango sistematiza las supuestas asimetrías entre los derechos de libertad y los derechos sociales que han sido apuntadas por los críticos, con el fin de justificar un modo diverso de garantía para estos dos grupos de derechos. El autor parte de una tipología en la cual una de las categorías la constituye la que denominará como la relación ideal entre los derechos y el mercado. En ésta, la libertad del individuo está dada de antemano como algo natural que precede incluso al Estado. A su vez, los derechos de libertad son presupuesto lógico del mercado, así como del proceso político. Los derechos sociales, en cambio, deben ganarse en la lucha política y ser consagrados legislativamente, ya que implican el acceso a los recursos de la sociedad y a la distribución de la riqueza social. De allí, según la concepción que el autor critica, se deriva una serie de diferencias estructurales fundamentales entre uno y otro tipo de derechos. Los derechos de libertad, de conformidad con este planteamiento, son fácilmente reconocibles, lo que permite su protección judicial. Los derechos sociales, por el contrario, requieren el aseguramiento previo de los recursos necesarios para su satisfacción, así como la determinación de quiénes son los obligados a ello, cómo y en qué medida deben realizar el derecho. Se trata, en fin, según esta postura teórica, de derechos legales que configuran, en últimas, meras declaraciones de intención, aspiraciones políticas o, en el mejor de los casos, mandatos abstractos dirigidos al legislador, no verdaderos derechos fundamenta-

---

<sup>130</sup> Véase UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 13, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

les cuyo reconocimiento inmediato pueda ser exigido ante los Jueces.<sup>131</sup> De este género de críticas derivaría pues, lo que es considerado una intervención ilegítima de los Jueces, pues las prestaciones y obligaciones que implican los derechos sociales, así como los destinatarios de las mismas, sólo podrían ser determinados por el legislativo, y por la administración en el diseño y ejecución de políticas públicas.

De igual manera, en consideración a que la garantía de los derechos sociales implica un gasto económico por parte del Estado —su concretización tiene lugar mediante el suministro de un bien o un servicio que permita la satisfacción de necesidades básicas—, los Estados y principalmente aquellos empobrecidos o en vías de desarrollo encuentran dificultades para la satisfacción de los derechos sociales de toda la población, en tanto cuentan con recursos económicos limitados. Como consecuencia de lo anterior, la tutela de estos derechos no podrá ser universal, de suerte que no todas las personas podrán contar con la plena satisfacción de sus derechos. Esta situación implica una afectación del principio de igualdad, sobre todo si se tiene en cuenta que aquellos que demanden el amparo judicial serán quienes vean garantizados sus derechos, mientras que quienes no lo soliciten podrán enfrentarse a su no realización.<sup>132</sup> Los Jueces, entonces, terminan por afectar la política económica del Estado, al determinar la manera en la cual deberá disponerse de recursos financieros para la satisfacción del derecho reclamado por vía judicial.

---

<sup>131</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 142-144.

<sup>132</sup> Salomón Kalmanovitz ha hecho fuertes críticas a la protección judicial de los derechos sociales y a las decisiones de la Corte Constitucional colombiana en la materia. Así, ha señalado: "Cuando la Corte decide que un enfermo que ha presentado una tutela tiene derecho a un costoso tratamiento médico gratuito está socavando el sistema existente y favoreciendo al oportunismo. En vez de cotizar, cada paciente puede optar por tutelar. Si esta acción se generaliza, va a haber menos cotizantes y se deteriorará el sistema colectivo de salud existente". KALMANOVITZ, Salomón, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", *Economía colombiana*, núm. 276, 1999, pp.124-130.

Veamos ahora las críticas específicas que algunos estudiosos han objetado a la intervención de los Jueces en la realización de los derechos sociales, mediante respuestas judiciales a demandas concretas.

### *a. La falta de legitimación democrática de los Jueces*

El problema desde la perspectiva democrática, como ha sido esbozado en líneas precedentes, radica en que son el parlamento y el gobierno los poderes elegidos popularmente y, por ende, los que cuentan con legitimidad democrática para tomar las decisiones relativas al gasto público y al modelo económico del Estado. Es así como, de acuerdo con este tipo de críticas, cuando los Jueces toman decisiones que afectan las finanzas públicas, se presenta un desconocimiento de la regla de las mayorías, principio fundamental de la democracia.

Directamente ligado a lo anterior, se considera que el principio constitucional de la separación de poderes se ve afectado por la intervención judicial en materia de protección de los derechos sociales. Las intervenciones de órganos jurisdiccionales en las decisiones presupuestarias del Estado, con el fin de llevar a cabo el reconocimiento de derechos sociales concretos en favor de ciudadanos demandantes, aparece como una invasión en la órbita de competencias propias del legislativo y del ejecutivo, en el diseño y planificación del gasto público.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Francisco Laporta comparte esta crítica, aunque deja claro que únicamente en lo que tiene que ver con la protección jurisdiccional de derechos de prestación que precisan de recursos económicos o de condiciones de organización que no están dadas; no en el caso de derechos sociales que se configuran como libertades o en cuanto a derechos sociales que se confieran en situaciones en las que la organización de los servicios necesarios para satisfacer sus demandas ya cuentan con una organización institucional adecuada, pues en estos casos no plantea objeciones a su amparo judicial. Así, señala respecto de la justiciabilidad de este primer tipo de derechos sociales: "Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello

Por último, en relación con las objeciones de tipo democrático que presenta la protección judicial de los derechos sociales, se ha dicho que este tipo de intervención judicial afecta la participación democrática, por cuanto los ciudadanos reemplazan la lucha política por la interposición de acciones judiciales, que resulta mucho más fácil que la lucha por su realización en el debate democrático. Esto genera una "judicialización" excesiva de los derechos y un desconocimiento de las vías políticas como medios efectivos.<sup>134</sup>

*b. Los efectos financieros indeseables de las decisiones sobre protección de derechos sociales*

Hay otro grupo de problemas que ha sido atribuido a la protección judicial de los derechos sociales. Se trata de los inconvenientes que ello acarrea en términos económicos. Los críticos señalan que, en tanto que la satisfacción de los derechos sociales tiene implicaciones presupuestarias importantes, su protección por los Jueces resulta complicada, ya que los Estados —particularmente aquellos de la periferia— disponen de recursos financieros limitados. En estos contextos los Estados no tienen mayores posibilidades materiales de satisfacer los derechos sociales de la población o sólo pueden brindar una protección muy precaria. De este modo,

---

—dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible "elaboración judicial del presupuesto"—entraría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad del sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos". LAPORTA, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco, DE PÁRAMO, Juan R. y PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 315-318.

<sup>134</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", *art. cit.*, p. 151.

el impacto macroeconómico de las decisiones judiciales sobre protección de este tipo de derechos, puede llegar a ser verdaderamente grave.<sup>135</sup>

De lo anterior se deriva, asimismo, una especie de constitucionalización de un cierto modelo económico que, de hecho, puede no tener nada que ver con aquel diseñado por el legislativo como órgano competente para tal fin. Esta crítica va dirigida en contra de la tarea de control de las decisiones de orden económico tomadas por el legislador atribuida a los tribunales constitucionales, pues esto genera una excesiva rigidez en la materia, provocada por la posibilidad con que cuentan los tribunales constitucionales de determinar qué medidas económicas tienen lugar y cuáles no dentro del ordenamiento jurídico.

Por último, se considera que el papel judicial en la protección de los derechos sociales contribuye a perpetuar el *statu quo* en la distribución inequitativa de la riqueza dentro de la población. Esto a pesar del espíritu progresista que subyace a la protección jurisdiccional de estos derechos, puesto que la mayor parte de la población que tiene acceso al aparato de administración de justicia pertenece a las clases media o alta, mientras que los sectores más pobres de la sociedad no pueden hacerlo por carecer de los recursos necesarios para ello.

### *c. La ausencia de conocimientos técnicos de los Jueces para decidir sobre cuestiones económicas*

Esta crítica consiste en que las decisiones sobre cuestiones económicas son de tal complejidad que requieren de conocimientos técnicos específicos, de los cuales

---

<sup>135</sup> *Ibidem.*

carecen los Jueces.<sup>136</sup> Los efectos negativos de tal manejo inadecuado del tema son, según esta tesis, aún más graves en los países en vías de desarrollo en los cuales los recursos económicos no son abundantes y deben tener un manejo eficiente.

Adicional a lo anterior, quienes apuntan la existencia de una tal falencia técnica por parte de los Jueces señalan que, en la mayoría de los casos, los problemas relacionados con los derechos sociales son estructurales en los sistemas de seguridad social, salud, educación o vivienda y que, en esa medida, deben recibir respuestas igualmente estructurales que sólo pueden ser diseñadas por el legislador. Así, cuando los Jueces resuelven la situación concreta de una persona que demanda la protección de un derecho social, ponen en riesgo los derechos de otras personas igualmente beneficiarias del sistema.

Por último, los críticos han puesto de relieve que, ante la respuesta favorable que tiene dentro de la población la posibilidad de entablar demandas concretas de protección de derechos sociales ante los órganos jurisdiccionales, se corre el riesgo de una sobrecarga de trabajo para los Jueces, dado el aumento de demandas en este sentido. Lo anterior redundaría en una disminución del rendimiento de estos órganos, por cuanto no cuentan con los medios materiales ni técnicos para responder a esta situación.

Estudiadas las principales críticas dirigidas a la posibilidad de reclamo judicial de los derechos sociales, así como la caracterización tradicional que de estos se ha hecho para justificar la inconveniencia de su exigibilidad, en el siguiente aparte del

---

<sup>136</sup> KALMANOVITZ, Salomón, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", *op. cit.*, p. 125.

presente trabajo, expondré la visión contraria sobre estos derechos y los más fuertes argumentos que apuntan a señalar no sólo la conveniencia de su justiciabilidad, sino la necesidad de contar con garantías jurisdiccionales de los mismos en los sistemas democráticos constitucionales.

## **2. UNA CONCEPCIÓN RENOVADA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SUBJETIVOS**

En los últimos tiempos, los defensores del carácter fundamental de los derechos sociales y de su consecuente exigibilidad ante los Jueces, han realizado un importante ejercicio de deconstrucción de la tradicional caracterización que de estos derechos se ha hecho y que fue reseñada en el aparte anterior de este trabajo. A continuación, expongo los rasgos más importantes de esta nueva conceptualización, referida a tres aspectos principales: a) su origen histórico; b) sus fundamentos axiológicos; y c) su estructura. Posteriormente me ocuparé de la defensa teórica concreta de la exigibilidad judicial que han realizado algunos autores en respuesta a las críticas más importantes dirigidas en contra de la posibilidad de su reclamo ante los Jueces y tribunales, mediante la exposición de los principales contraargumentos.

### ***2.1 La deconstrucción del concepto tradicional de los derechos sociales***

#### ***a. Su origen histórico no es tardío***

Desde una perspectiva histórica, quienes defienden el carácter fundamental de los derechos sociales han afirmado que no es cierto que estos hayan aparecido sólo a mediados del siglo XX. Este momento es más bien el de consolidación de la tendencia de inclusión de reivindicaciones sociales en los pactos keynesianos de

posguerra, mediante el reconocimiento de derechos específicos en el ámbito de la vivienda, la educación, la salud y el trabajo. Así, después de la Segunda Guerra Mundial, estos derechos adquirieron una presencia generalizada en el constitucionalismo.

Sin embargo, desde mucho antes se habían presentado reivindicaciones de carácter social de gran relevancia para lo que ha llegado a ser el reconocimiento generalizado de los derechos sociales que conocemos en las democracias contemporáneas. Así, ya desde las revoluciones del siglo XIX se presentaban reivindicaciones sociales y, de hecho, en las Revoluciones burguesas de Inglaterra del siglo XVII, y de Francia y Estados Unidos del siglo XVIII también habían tenido lugar este tipo de demandas de carácter social.<sup>137</sup>

El hito, no obstante, habría sido la Revolución de 1848 en Francia, en la cual se abrió el espacio a auténticas reivindicaciones por el reconocimiento de derechos sociales. En la Constitución promulgada en aquel momento se estatuyó el deber de garantizar la existencia a los ciudadanos necesitados mediante trabajo y asistencia social, encontrándose allí el germen de lo que luego redundó en la consolidación de derechos económicos y sociales como categoría jurídica. El proceso de aparición de estos derechos tuvo como último impulso el reconocimiento del derecho de asociación y el sufragio universal masculino en el último tercio del siglo XIX, pues estos dos elementos posibilitaron de manera definitiva el surgimiento del movimiento

---

<sup>137</sup> Véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, pp. 19-22. El autor incluso se remonta a la Antigüedad y a la Edad Media como momentos desde los cuales las reivindicaciones sociales ya estaban presentes en la sociedad y se habían hecho eco en ciertas garantías reconocidas en favor de grupos desaventajados. Sostiene al respecto: "Tanto en la antigüedad como en el medievo, en efecto, existieron diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados [...] En muchos casos, sin embargo, la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de las autoridades públicas fue transformándose en beneficios concretos correspondientes a derechos de los ciudadanos".

obrero y del sindicalismo. Su génesis, de esta manera, estuvo marcada por un rasgo: se trató de derechos específicos cuya titularidad no era ostentada por todos, sino solamente por aquellos trabajadores que no podían alcanzarlos por sí mismos; pero ya en el siglo XX, mediante su proceso de generalización, dejaron de ser derechos específicos de trabajadores con carencias materiales.<sup>138</sup>

Desde esta lectura, los derechos sociales no son, por consiguiente, derechos de reconocimiento tardío ni posterior al de los derechos civiles y políticos. Lo que ha ocurrido es que a lo largo de la historia ha habido políticas sociales conservadoras y preventivas, con el consecuente reconocimiento limitado de los derechos sociales, sin que se pueda desconocer que ha habido otras políticas sociales democráticas e igualitarias que propendieron a un reconocimiento simultáneo de los derechos civiles, políticos y sociales.<sup>139</sup>

### ***b. Sus fundamentos axiológicos no están subordinados a aquellos de los derechos civiles y políticos***

En respuesta a la tesis según la cual, los derechos sociales se presentan como axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos por remitir al principio de igualdad y no estar inspirados en los principios de dignidad y libertad, retomaré algunos elementos clave de la reconstrucción sobre la fundamentación filosófica, elaborada en el primer capítulo del presente trabajo.

---

<sup>138</sup> PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, citado, Tomo III, vol. 1, libro 1, pp. 157-159.

<sup>139</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 35.

Para empezar, es necesario recalcar que tanto como los derechos civiles y políticos, los derechos sociales hallan fundamento axiológico en el principio de dignidad, como quiera que es este el principio que se encuentra detrás de la idea de la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos. Unas condiciones de vida digna sólo son posibles mediante la satisfacción de las necesidades básicas que permitan a las personas la realización de fines y planes de vida propios y participar en la construcción de la vida social. De lo contrario, ante una situación de carencias y pobreza es imposible ejercer libertades y derechos. Desde esta perspectiva resulta claro que, para la materialización de los derechos civiles y políticos se hace necesario que aquellos de carácter social estén garantizados.

De igual manera, la idea de que los derechos sociales no se inspiran en el principio de libertad y, antes bien, representan una especie de sacrificio de éste en nombre de la igualdad, queda seriamente cuestionada cuando se adopta una visión más amplia del principio de libertad, no ya entendida como el derecho a no ser interferido, sino como libertad fáctica o material, cuyo trasfondo está dado por la capacidad de realizar una acción por contarse con los medios para llevarla a cabo. Dentro de un marco más amplio, la libertad fáctica brinda a los seres humanos las posibilidades de llevar una vida libre sin dominación de otros, así como la posibilidad de participar activamente dentro de la comunidad en pie de igualdad con los otros individuos. Para Pisarello, el objetivo de los derechos civiles, políticos y sociales es el mismo, se trata de satisfacer las necesidades básicas que permiten disfrutar de manera estable y sin intervenciones arbitrarias de la propia autonomía. Los derechos sociales, entonces, se erigen en "instrumentos indispensables para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales

que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones".<sup>140</sup>

Adicional a lo anterior, también ha quedado claro que si bien la igualdad material fundamenta de manera especial el reconocimiento y la satisfacción de derechos sociales, en la medida en que se corresponde con la idea regulativa de un mínimo de bienestar material que permita a los individuos llevar una vida digna y actuar en sociedad de manera autónoma en condiciones relativas de igualdad, no debe perderse de vista que la igualdad en los derechos atañe directamente a todo el conjunto de derechos, y que apunta precisamente a que todas las personas tengan el sustrato material necesario para ejercer todos los derechos y libertades de los que son titulares. En este sentido, todos los derechos —civiles, políticos y sociales— tienen una estructura igualitaria, en la medida en que protegen intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos.

*c. No existen tales diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos*

En cuanto a las supuestas diferencias estructurales que han pretendido ser establecidas entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, quienes defienden la idea de la interdependencia entre todos los derechos humanos afirman que se trata de una percepción errónea, de suerte que ni los derechos civiles y políticos son negativos, no onerosos y, por ende, de fácil protección, ni los derechos sociales son positivos, costosos y condicionados a cuestiones presupuestales, indeterminados y, por ende, de difícil protección y garantía.

---

<sup>140</sup> *Idem*, p. 45.

Los derechos civiles y políticos comprenden obligaciones negativas y positivas de parte del Estado, esto es, de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de actuaciones a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.<sup>141</sup> La caracterización de los derechos sociales es muy similar a ésta, ya que implican igualmente, un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado. Se trataría, entonces, de una diferenciación más de grado que sustancial, pues todas las categorías de derechos involucran diversos niveles de obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción.<sup>142</sup>

Los derechos civiles y políticos, de esta manera, también generarían complejas y costosas obligaciones de hacer, como, por ejemplo, aquellas comprendidas en la realización del derecho a la libertad de expresión para cuya materialización no sólo es necesaria la prohibición de censura, sino que se requiere la habilitación de centros culturales, subvención de publicaciones, concesión de espacios gratuitos en radio y televisión, de manera que se garantice el pluralismo informativo.<sup>143</sup> De igual forma,

---

<sup>141</sup> Véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, 2a. ed., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 24.

<sup>142</sup> *Ídem*, pp. 28-31. Estos autores retoman la clasificación elaborada por VAN HOOF, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebutal of Some Traditional Views", en ALSTON, Philip y TOMAŠEVSKI, Katarina (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1984, pp. 97-110. Así, la obligación de respetar es el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; la de proteger comporta impedir que terceros interfieran en el acceso al goce de tales bienes; garantizar consiste en asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y, promover es el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien. En igual sentido, Asbjørn Eide propone un esquema de niveles de obligaciones del Estado en materia de derechos sociales, económicos y culturales. Estos niveles de obligaciones son: (i) respeto, (ii) protección y (iii) satisfacción, que incluye los deberes de facilitar y dirigir su provisión. EIDE, Asbjørn, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en EIDE, Asbjørn, KRAUSE, Catarina y ROSAS, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook (Second Revised Edition)*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001, pp. 9-28.

<sup>143</sup> Sobre el rol del Estado en la realización de la libertad de expresión, véase FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, trad. de J. Malem Seña Fontamara, México, 1997.

en la realización del derecho de propiedad no se trata únicamente de evitar interferencias arbitrarias a su ejercicio, sino que se requiere la creación de registros de propiedad, financiación de juzgados y de fuerza pública que puedan garantizar los contratos en los que la propiedad está involucrada. Asimismo, resulta claro que el derecho al voto comporta onerosas prestaciones de parte del Estado como órganos de control electoral, una infraestructura necesaria para el ejercicio del derecho al sufragio, urnas, papelería, personal fiscalizador, etc. Es así como los derechos civiles y políticos también tienen una dimensión distributiva que comprende subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos.<sup>144</sup>

De otra parte, es claro que no todas las obligaciones positivas del Estado conllevan necesariamente transferencias de fondos que afecten el erario público. Abramovich y Courtis indican que dichas obligaciones pueden consistir en el desarrollo de actividades como el establecimiento de regulaciones del ejercicio de derechos; el diseño de restricciones de facultades de personas privadas o la imposición de obligaciones para éstas; o la prestación de servicios a la población con fondos netamente públicos o de manera mixta, en donde la empresa privada haga aportes.<sup>145</sup>

Se trata, entonces, de establecer prioridades en la asignación de recursos que la satisfacción de todos los derechos exige, por manera que no es de recibo el argumento de la imposibilidad de garantizar los derechos sociales como derechos

---

<sup>144</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, op. cit., p. 60.

<sup>145</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 32-36.

onerosos, pues, en últimas, todos ellos requieren de actuaciones positivas del Estado que, en muchas ocasiones, implican gasto público.<sup>146</sup>

## **2.2 La articulación conceptual entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales**

A partir de lo expuesto surgen tres tesis básicas sobre los derechos fundamentales en su conjunto, que articulan a los derechos civiles y políticos con los derechos sociales. Estas tesis son: (a) la interdependencia o indivisibilidad de los derechos fundamentales, en virtud de la cual todos ellos asumen las dimensiones de los derechos subjetivos: libertades, potestades, prestaciones e inmunidades y se realizan a través de acciones positivas y negativas de respeto, protección, satisfacción y garantía; (b) la continuidad o simetría estructural de los derechos; y (c) la diferencia conceptual entre derechos y garantías, de suerte que la ausencia de estas últimas no determina el carácter no fundamental o no subjetivo de los derechos sociales.

### ***a. La interdependencia de los derechos: la idea de un continuum de derechos subjetivos***

Según esta perspectiva de interdependencia de todos los derechos, ya se trate de derechos civiles, políticos o sociales, cada categoría de ellos comporta obligaciones de todos los niveles, esto es, de respeto, protección, garantía y promoción exigibles ante los poderes públicos. De ello se desprende que si bien es cierto, en los derechos sociales no aparece claro en qué consisten las obligaciones que estos

---

<sup>146</sup> En relación con el carácter positivo de todos los derechos, y sus consecuentes costos para el Estado, véase HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 1999.

implican, también lo es que todos ellos presentan al menos una característica que permite su exigibilidad judicial en caso de violación.

Dentro de las mencionadas obligaciones en relación con los derechos sociales se encuentran aquellas de adoptar medidas tendentes a su protección y garantía que deben ser asumidas de manera inmediata, y otras que llevan implícito el carácter de progresividad cuyo correlato necesario es la prohibición de regresividad en los niveles de protección alcanzados.<sup>147</sup>

El compromiso de progresividad asumido por los Estados Parte en materia de derechos económicos, sociales y culturales tiene una doble dimensión que ha sido enunciada por la doctrina a partir de Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por una parte, la progresividad supone

---

<sup>147</sup> El principio de progresividad de los DESC ha sido consagrado en varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En el sistema universal de las Naciones Unidas aparece expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.1, que dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". De igual manera, en el sistema americano, instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), incluyen el principio de progresividad de los DESC en términos muy similares a los empleados en el *PIDESC*: El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, preceptúa: "[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". El Protocolo de San Salvador, por su parte, establece que "[l]os Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

una cierta gradualidad,<sup>148</sup> en tanto que la plena realización de estos derechos "[...] generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo",<sup>149</sup> lo cual no releva a los Estados de cumplir 'su obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta',<sup>150</sup> y, de otro lado, implica la idea de progreso en sí considerado, que consiste en "la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales".<sup>151</sup> Para Abramovich y Courtis resulta claro que de tal obligación genérica de realización progresiva de estos derechos se derivan algunas obligaciones concretas susceptibles de ser reclamadas por vía judicial ante su incumplimiento por parte del Estado.

Ahora bien, de la noción de progreso antes descrita se desprende una tercera obligación que es aquella de no regresividad o retroceso, entendida como "la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora 'progresiva'".<sup>152</sup> Esta obligación se erige en el correlato necesario de aquella de mejora en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ya que esta última implica la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos, que se ha alcanzado en un momento dado.

---

<sup>148</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 93-94.

<sup>149</sup> Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 9, según cita ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.93.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 93-94.

La noción de regresividad, a su vez, puede ser aplicada a dos campos diferentes, de conformidad con la teoría desarrollada por Christian Courtis. El autor distingue dos categorías a las que denomina regresividad de resultados y regresividad normativa. La primera de ellas, para evaluar los resultados de una política pública, por manera que la misma será regresiva "cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro".<sup>153</sup> La noción de regresividad aplicada a normas jurídicas, por su parte, "se refiere a la extensión de derechos concedidos por una norma"<sup>154</sup> de manera que para determinar si ésta es regresiva o no "es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior".<sup>155</sup>

Es claro, entonces, que los Estados Partes en estos instrumentos internacionales han asumido el compromiso de garantía de las obligaciones de progresividad y de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales y económicos. Éstas constituyen las obligaciones mínimas a las cuales no pueden sustraerse.

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales comporta la atribución de un contenido mínimo que implica, a su vez, la imposición de ciertos deberes para los poderes públicos. En este caso, dichos deberes mínimos son (i) la prohibición de discriminación, (ii) el deber de no regresividad y, (iii) el deber de cumplimiento progresivo, sobre los cuales se hizo una breve referencia en líneas precedentes.

---

<sup>153</sup> Véase COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en COURTIS, Christian (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3-52.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

### *b. La simetría estructural entre derechos civiles y políticos y derechos sociales*

En relación con la crítica que gira en torno a la supuesta indeterminación y vaguedad de los derechos sociales, los defensores de su exigibilidad judicial en los ámbitos domésticos han puesto de manifiesto que tal objeción es igualmente aplicable a los derechos civiles y políticos, en tanto que estos también presentan zonas de penumbra y un núcleo de certeza del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para las autoridades del Estado.

El ejercicio interpretativo, en este sentido, es similar en uno y otro caso, de suerte que los órganos jurisdiccionales deberán ir determinando el contenido, las conductas que el reconocimiento de los derechos exige, así como los sujetos obligados. En el caso de los derechos sociales, los Jueces deben tomar en consideración las interpretaciones autorizadas que ha venido realizando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la determinación del contenido de los diferentes derechos, así como respecto de las obligaciones que su reconocimiento entraña para los poderes públicos y para los particulares.<sup>156</sup>

Para justificar la tesis según la cual los derechos sociales no serían justiciables, los críticos han sostenido que estos no tienen carácter fundamental, sino que se trata de derechos de libre configuración legislativa. Tal aserto configura un error conceptual, pues bien se trate de derechos fundamentales o constitucionales sin dicha protección reforzada, es imposible que la Constitución contenga un catálogo exhaustivo de sus supuestos de aplicación, así como de todas sus excepciones.

---

<sup>156</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 68-69.

Prieto Sanchís procura desmitificar el equívoco que se ha construido sobre la idea en virtud de la cual, ante la existencia de unos derechos plenamente delimitados en la Constitución, "las intervenciones legislativas habrían de ser menores o menos vigorosas". Para el autor, los derechos constitucionales —bien sean fundamentales o no— siempre requieren de un posterior desarrollo legislativo que permita su efectividad mediante la regulación de su aplicación y ejercicio. Esgrime para ello tres argumentos principales: (i) el legislador no sólo cuenta con competencia configuradora sobre el contenido accesorio de los derechos, sino que antes bien, cuenta con una habilitación general para regular su ejercicio con respecto a su contenido esencial; (ii) hay numerosas remisiones constitucionales en favor de la ley, hablándose incluso de ciertos derechos de configuración legal originaria; y, por último, y es éste el argumento que para el autor tiene mayor peso, (iii) los derechos operan como principios que informan la totalidad del ordenamiento jurídico y que necesariamente entrarán en relación y en colisión con otros derechos, bienes o intereses que son objeto de regulación ordinaria por parte del legislador.<sup>157</sup>

De lo anterior se desprende la siguiente conclusión: el hecho de que estos derechos deban tener un desarrollo legislativo posterior no quiere decir que no sean fundamentales. Todos los derechos son en últimas de configuración legal, en el sentido de que su plena eficacia se torna complicada sin la intervención activa del legislativo. De hecho, entre mayor sea la regulación legal de determinado derecho, sus posibilidades de exigibilidad judicial serán aún mayores, lo cual no implica que si no lo han tenido, no gocen, al menos, de un contenido constitucional mínimo susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 217 y ss.

<sup>158</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, op. cit., p. 84.

En este sentido, Liebenberg sostiene que la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en tratados internacionales, a través de la legislación interna de los Estados, cumple varios propósitos de capital importancia: (i) brinda definiciones más precisas sobre el alcance y contenido de los derechos; (ii) estipula aspectos presupuestarios para su realización; (iii) prescribe responsabilidades y funciones precisas para las autoridades públicas; (iv) genera una coordinación institucional para la protección de estos derechos; (v) previene y prohíbe sus violaciones por parte de autoridades públicas y de particulares; y, finalmente, (vi) prevé remedios concretos para las violaciones de estos derechos.<sup>159</sup>

Para la autora un sistema óptimo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel interno debe incluir el desarrollo legislativo de los derechos, además de: a) su consagración en la Constitución, como derechos fundamentales; b) políticas públicas y una regulación legal que les den efectividad; c) mecanismos administrativos y judiciales efectivos y accesibles que posibiliten el reclamo ante violaciones; y, d) instituciones nacionales adecuadas que hagan un seguimiento e investigación en materia de DESC.<sup>160</sup>

*c. La ausencia de garantías no determina el carácter no fundamental y no subjetivo de los derechos sociales*

Otro género de objeciones apunta a la idea de que los derechos sociales carecen de carácter fundamental y no constituyen verdaderos derechos subjetivos por cuanto

---

<sup>159</sup> LIEBENBERG, Sandra, "The Protection of Economic and Social Rights ...", art. cit., p. 79.

<sup>160</sup> *Ídem*, p. 84.

no están revestidos de garantías específicas para su protección. Desde una concepción renovada de los derechos sociales, este argumento sería erróneo. Esto, por cuanto no son las garantías concretas que se asignan a un derecho lo que determina su carácter fundamental, sino al contrario, es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección. De esta manera, un derecho sin garantías específicas más que un no-derecho, sería un derecho inactuado que "entraña el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso, por parte de los operadores jurídicos, del mandato implícito de actuación contenido en dicha norma".<sup>161</sup>

En igual sentido, Ferrajoli sostiene que se incurre en un error conceptual al confundir derechos y garantías, siendo para este autor los derechos subjetivos "expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica",<sup>162</sup> mientras que las garantías serían "[sus] deberes correspondientes asimismo dictadas por normas jurídicas".<sup>163</sup> De esta manera, el autor señala que, la ausencia de garantías de los derechos fundamentales pondría en evidencia la existencia de lagunas y antinomias en los sistemas jurídicos, pero de ninguna manera, como ha sido sostenido tradicionalmente, la inexistencia del derecho subjetivo. Lo que se hace evidente es la obligación del legislador de colmar una

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>162</sup> Véase FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2006, p. 59.

<sup>163</sup> *Ibidem*. El autor elabora una distinción entre las que denomina garantías primarias y secundarias. Así, las primarias son definidas como "aquellas obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos [derechos subjetivos]"; mientras que las garantías secundarias, según la teoría de este autor, serían "obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras".

tal laguna, con el fin de que los derechos que carecen de garantías, dejen de ser "derechos de papel".<sup>164</sup>

La reconstrucción anterior de la caracterización de los derechos sociales lleva a concluir que, efectivamente, se trata de derechos fundamentales que cumplen las condiciones de los derechos subjetivos: (i) facultad que un sujeto tiene de hacer o de no hacer algo en relación con un interés concreto; (ii) expectativa correlativa que una norma jurídica le reconoce de que otros hagan o dejen de hacer algo para satisfacerlo; (iii) posibilidad de dirigir un reclamo para que una autoridad independiente haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento.<sup>165</sup>

De esta manera, Arango plantea la teoría de que la justiciabilidad de los derechos sociales puede justificarse a partir de un concepto bien desarrollado de los derechos subjetivos. Para el autor, los derechos subjetivos son posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular.<sup>166</sup> Los derechos sociales, en su condición de derechos fundamentales, son derechos subjetivos con un alto grado de importancia, a lo cual se suma un elemento adicional, cual es, según la definición de Alexy, que se trata de derechos de prestación en su sentido estricto.<sup>167</sup> Los

---

<sup>164</sup> *Ídem*, p. 62.

<sup>165</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 87-88.

<sup>166</sup> ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 7-30.

<sup>167</sup> *Ídem*, p. 37. Sin embargo, esta caracterización de los derechos sociales como derechos a prestaciones, debe ser matizada, de conformidad con lo expuesto a lo largo de este trabajo, pues todos los derechos fundamentales sean éstos civiles, políticos o sociales, contienen tanto elementos positivos (de prestaciones) como negativos (de no interferencia o abstención). De suerte que todos ellos implican obligaciones de todos los niveles, esto es, de respeto, protección, garantía y promoción.

derechos sociales fundamentales presentan las características de la norma jurídica, de la obligación jurídica, así como de la posición jurídica y por eso pueden ser adscritos al concepto de derechos subjetivos.<sup>168</sup>

De acuerdo con esta concepción de los derechos sociales, resultaría inadmisibles la tesis, según la cual, su estructura es únicamente la de principios objetivos que cumplen el papel de mandatos de optimización, dirigidos a orientar la política legislativa, pues no puede desconocerse que también tienen un componente subjetivo que hace de ellos pretensiones exigibles.<sup>169</sup>

Las anteriores han sido las elaboraciones teóricas en respuesta a la visión tradicional de tendencia liberal sobre los derechos sociales. Los autores reseñados han procurado reconstruir los fundamentos teóricos, axiológicos, filosóficos y dogmáticos de los derechos sociales, con el propósito de ofrecer otra perspectiva de análisis en relación con puntos de gran importancia, como la exigibilidad judicial de estos derechos, que los dota de verdadera eficacia jurídica. A continuación expondré los principales argumentos de los defensores de su justiciabilidad, en respuesta a las objeciones puntuales de carácter democrático, presupuestario y técnico que se han planteado en el aparte anterior de este trabajo.

---

<sup>168</sup> *Idem*, p. 30-40.

<sup>169</sup> PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 102-110. Dados los grandes obstáculos que se han presentado tradicionalmente en los procedimientos de reclamo judicial de los derechos sociales, los litigantes y los propios tribunales encargados de resolver estas cuestiones han empleado diversas estrategias de protección jurisdiccional de estos derechos, ya sea de manera directa, o por conexidad con otros derechos fundamentales civiles y políticos, como la prohibición de discriminación, el acceso a la justicia, el debido proceso, la intimidad, la vida, la dignidad, etc. Sobre las diversas estrategias que han sido empleadas en la exigibilidad de los derechos sociales, véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 117-255.

### 2.3 La defensa de la exigibilidad judicial de los derechos sociales

#### a. La respuesta a la objeción de la falta de legitimidad democrática de los Jueces

Para empezar, en respuesta a la objeción según la cual los Jueces carecen de legitimidad democrática para intervenir en asuntos propios del legislativo y de la administración en relación con los derechos sociales, quienes defienden esta labor afirman que su justiciabilidad no es antidemocrática por dos razones principales. De un lado, en atención a los riesgos que comportan los procesos mayoritarios y, en segundo lugar, en consideración a la importancia de los derechos fundamentales en las democracias constitucionales contemporáneas.<sup>170</sup>

De conformidad con esta postura, se trata de un concepto de democracia sustancial no sólo formal o procedimental, en el sentido de que ésta no puede ser

<sup>170</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", art. cit., p. 165. Una posición diferente sobre este punto, es la que sostienen autores como Jeremy Waldron y Juan Carlos Bayón, quienes —hago aquí una simplificación de sus teorías— plantean serias dudas respecto de la legitimidad democrática del control judicial de las leyes, así como de la idea de que los derechos serán mejor protegidos por los Jueces que por los órganos legislativos que materializan el principio democrático de las mayorías. Son particularmente ilustrativos al respecto: WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y Á. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005. Asimismo, "The core of the case against judicial review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, abril de 2006, pp. 1346-1406. BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco, DE PÁRAMO, Juan R. y PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138. Una postura teórica interesante en relación con el asunto concreto de las tensiones entre constitucionalismo y democracia referidas al tema de los derechos sociales, es la que adopta María José Añón. La autora mantiene que la tutela de estos derechos debe ser confiada de modo deferente en las autoridades políticas, antes que en las jurisdiccionales, sin embargo, reconoce que la articulación de los derechos sociales en el marco del Estado constitucional debe estar vinculada a tres pilares: (i) la libertad del legislador en el diseño de políticas sociales y económicas; (ii) un legislador comprometido con los contenidos constitucionales; y (iii) una actuación del órgano de control constitucional que reconozca la primacía del proceso legislativo en la delimitación de los derechos, reservándose el control de aquellos elementos indispensables para el ejercicio de la autonomía y para el buen funcionamiento del propio procedimiento democrático. AÑÓN, María José, "Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada", en: VV.AA. *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 37-46.

concebida simplemente como el gobierno de las mayorías. Reviste, así, gran importancia, la existencia de un poder independiente estatuido justamente para preservar las condiciones que permiten el ejercicio de los procesos democráticos, como es el caso de los tribunales constitucionales. Si bien es cierto que estos tribunales no tienen un origen democrático, estos cumplen un papel fundamental dentro de una democracia, ya que son garantes de las reglas que posibilitan su propia existencia.

Asimismo, los derechos fundamentales, ya se trate de derechos civiles y políticos o sociales, constituyen una auténtica garantía frente al poder de las mayorías.<sup>171</sup> Pero no es esta su única función en la democracia, también son condición material y procedimental para el funcionamiento del sistema democrático; es el caso de derechos como la libertad de expresión y, desde luego, el derecho al voto. De igual manera, estos derechos representan los bienes considerados indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser libres, iguales y autónomos dentro de una sociedad.<sup>172</sup>

En cuanto a la crítica según la cual la resolución judicial de controversias relativas a los derechos sociales desconoce el principio de separación de poderes, los defensores mantienen que no se trata en este caso de una invasión en las competencias del legislativo, pues en realidad lo que las autoridades jurisdiccionales hacen es "juridificar medidas de política pública",<sup>173</sup> al determinar la conducta debida frente a una vulneración de un derecho social. Asimismo, el Juez examina la com-

---

<sup>171</sup> Véase DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, (5a reimpresión), Barcelona, 2002, pp. 158-166. Para este autor los derechos fundamentales son concebidos como cartas de triunfo contra las mayorías, que posibilitan la consecución del bienestar colectivo.

<sup>172</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", art. cit., p. 160.

<sup>173</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 251.

patibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. Valora, de igual manera, el tipo de medida a adoptar, verificando la existencia de una única medida de política pública adecuada. En suma, el Poder Judicial lo que hace es asumir la elección de la medida que debe adoptarse y, por ende, de la conducta debida, sin que ello implique asumir competencias ajenas a su órbita de actuación.<sup>174</sup>

El principio de separación de poderes, además, implica hoy por hoy que, cuando una rama del poder público no cumple de manera adecuada su función, otro poder debe ejercer funciones de control sobre aquella, de hecho, es ésta la idea sobre la cual descansa la creación de los tribunales constitucionales, en tanto una de sus principales competencias es justamente aquella de control de la validez constitucional de las leyes.

Estos argumentos muestran que la justiciabilidad de los derechos sociales no va en contra de los principios de la democracia y que, antes por el contrario, tal juridificación permite la realización de unas mejores condiciones para su ejercicio. Es posible, no obstante, que los sacrificios que en términos democráticos esto implica tengan lugar en relación con el reemplazo del debate electoral y de la movilización política que se da por la vía del reclamo judicial.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> *Ídem*, pp. 252-255.

<sup>175</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", citado, p. 175. Este autor retoma el modelo teórico de Mauricio García Villegas para evaluar cuándo se presenta un activismo judicial, planteado en: SANTOS DE SUOSA, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Colciencias, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, ICANH, Tomo II, Bogotá, 2001.

*b. La respuesta a la objeción relativa a los efectos económicos indeseables de las decisiones sobre protección de derechos sociales*

A lo largo del presente trabajo de investigación, de alguna manera ya han sido expuestos los argumentos tendentes a desmitificar esta cuestión. En efecto, como hemos visto, si bien algunos de los deberes contenidos en los derechos sociales implican gasto público, esto no es exclusivo de esta categoría, pues la realización de los derechos civiles y políticos también demanda altos costos económicos. Para los autores que defienden esta concepción de los derechos, la separación tajante que se ha pretendido establecer entre una y otra categoría, en términos de que mientras los primeros sólo comportan obligaciones negativas, los segundos solamente exigen obligaciones positivas, resulta bastante discutible.

Hoy en día se admite que todos los derechos comportan obligaciones de respeto, aquellas en las que el Estado debe abstenerse de interferir su ejercicio, así como de protección, garantía y promoción, en las que debe disponer de recursos para su realización, ya se trate de derechos civiles, políticos o sociales. Debido a su interdependencia, entonces, el Estado tiene frente a todos ellos tanto obligaciones negativas como positivas.

La planificación económica de los Estados no tiene por qué verse afectada por la inversión de recursos necesaria para la satisfacción de los derechos sociales. La limitación financiera que conlleva importantes dificultades para la plena realización de estos derechos ha sido reconocida por los propios instrumentos internacionales que establecen que el logro de la misma podrá ser progresivo, en la medida en que está sujeta a la disponibilidad de recursos.

Con todo, esta progresividad no implica una ausencia de obligaciones inmediatas de protección de los derechos, pues los Estados deben garantizar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles.<sup>176</sup>

En lo que guarda relación con la crítica según la cual los Jueces no tienen en cuenta las consecuencias económicas de sus decisiones, los argumentos de defensa giran en torno a la idea de que si bien es cierto que los Jueces deben evaluar los eventuales efectos de sus decisiones, también lo es que uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es la independencia judicial. Esto quiere decir que los Jueces deben estar dispuestos a proteger ciertos valores sin tener en cuenta la impopularidad que esto pudiera generar, o los costos financieros que pudiera implicar.<sup>177</sup>

De otra parte, la exigencia de abstenerse de tomar determinada decisión, con base en el impacto económico que producirá, lleva el riesgo de que el sistema jurídico se fundamente sobre criterios puramente utilitarios, cuestión ésta que puede ser bastante peligrosa en materia de derechos humanos, como quiera que pudiera significar su sacrificio en aras de la protección de intereses colectivos.<sup>178</sup> Así, en una sociedad democrática los Jueces deben tomar decisiones con fundamento en la normatividad vigente y no basados exclusivamente en las consecuencias de sus decisiones, lo que no quiere decir que no deban evaluar los eventuales efectos de sus sentencias.

---

<sup>176</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", citado, p. 155.

<sup>177</sup> *Ídem*, p. 158. Véase también UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", citado, pp. 46-52.

<sup>178</sup> UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", art. cit., p. 160.

Finalmente, sobre la crítica relativa al riesgo de que la judicialización de reclamos en materia de derechos sociales conlleve una especie de constitucionalización de un modelo económico, los defensores de esta postura sostienen que si bien una Constitución que reconoce derechos sociales no limita al legislador a un único modelo económico, tampoco resulta compatible con cualquiera. Por ello, bajo una Constitución que reconoce derechos sociales fundamentales no son admisibles modelos de desarrollo económico que impliquen su anulación.<sup>179</sup>

### *c. La respuesta a la crítica basada en la ausencia de conocimientos técnicos de los Jueces para decidir sobre cuestiones económicas*

Por último reseñaré los contraargumentos en relación con la crítica relativa a las falencias técnicas de los Jueces en materia económica. Frente a estas objeciones los defensores han afirmado que si bien no puede desconocerse que, para adoptar una decisión en la que están en juego aspectos económicos, es importante contar con ciertos conocimientos técnicos, no se puede olvidar que en Derecho existe la posibilidad de valerse de peritazgos y conceptos técnicos de expertos, que permiten a los Jueces acceder a información especializada de relevancia en temas que no son de su dominio, como economía, medicina, arquitectura, ingeniería, antropología, etcétera.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Véase GARCÍA, Mauricio, RODRÍGUEZ, César y UPRIMNY, Rodrigo, *Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006. También RODRÍGUEZ, César y UPRIMNY, Rodrigo, "Constitución y modelo económico en Colombia, hacia una discusión productiva entre economía y derecho", Documento de discusión núm. 2. *DeJusticia*, Bogotá, 2007, [www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org).

<sup>180</sup> Uprimny señala sobre este punto que si es aceptado que un Juez puede decidir sobre un homicidio con base en un concepto médico, o que puede pronunciarse sobre una controversia contractual con fundamento en un peritazgo de arquitectura o de química, o zanjar un litigio sobre los derechos de las comunidades indígenas con base en análisis antropológicos de expertos, por qué no puede, entonces, pronunciarse sobre temas financieros o de política macroeconómica. Se pregunta el autor si es que acaso la economía comporta una dificultad específica en relación con otras ciencias o campos del conocimiento que son igualmente complejos, como las ya anotadas medicina, ingeniería o antropología. Su respuesta a esta pregunta es negativa. UPRIMNY, Rodrigo, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", art. cit., p 155.

Asimismo, una crítica en este sentido conduciría a la absurda conclusión de que únicamente los especialistas en materia económica podrían entrar a decidir sobre casos en los cuales estos aspectos se ven involucrados. En la misma línea de razonamiento habría que colegir que aquellos miembros de los órganos legislativos que no cuentan con estudios en economía no podrían participar en los debates atinentes a este tipo de materias, lo cual ignora evidentemente, principios básicos de la democracia como sistema político. Esto, desde luego, afectaría la deliberación democrática, como quiera que excluiría a una gran parte de la población que no dispone de conocimientos en materia económica.

Visto el debate en torno a la caracterización de los derechos sociales y su justiciabilidad, en el próximo aparte retomaré las diferencias entre derechos y garantías y señalaré, así mismo, los tipos de garantías de los que los autores han dado cuenta. Estas distinciones conceptuales resultan relevantes en la elaboración del presente trabajo, teniendo en cuenta que más adelante analizaré cuál ha sido el tratamiento del derecho a la educación, en términos de su exigibilidad ante los Jueces, en Colombia.

### **3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES**

#### ***3.1 El escaso desarrollo de garantías jurisdiccionales específicas en la protección de los derechos sociales***

Retomemos la idea, ya expresada previamente en el presente trabajo, según la cual es un error conceptual confundir los derechos con sus garantías de protección.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pp. 59-62. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 81.

O, dicho de otro modo, considerar que la ausencia de garantías específicas para la efectividad de los derechos implica que estos no tienen la calidad de derechos fundamentales subjetivos. Este argumento ha sido empleado para justificar la tesis de que los derechos sociales no son derechos subjetivos en estricto sentido, debido al poco desarrollo que han tenido sus garantías, principalmente los mecanismos para su protección jurisdiccional.

No obstante, quienes defienden el carácter de derechos fundamentales exigibles de los derechos sociales reconocen que la ausencia de garantías concretas y específicas en su favor es un factor que, efectivamente, ha obstaculizado su materialización en múltiples esferas.<sup>182</sup>

Con el fin de reformular la importancia de las garantías en la realización de los derechos sociales, los autores las han clasificado en dos grandes grupos: de una parte, se encuentran las garantías institucionales; y de otra, aquellas no institucionales o de participación social. "Las garantías institucionales son las que deben desarrollar los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), mientras que las garantías no institucionales o sociales son las formas de autotutela de los derechos en los que resulta determinante la propia participación de sus titulares, en particular, los afectados y también los distintos movimientos sociales. Las garantías institucionales, por otra parte, pueden clasificarse en políticas y judiciales, o primarias y secundarias, respectivamente".<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 121-131. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 120-122.

<sup>183</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006. Una clasificación similar es la que se encuentra en PISARELLO, Gerardo, "Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo

De esta manera, al Estado corresponde un papel fundamental en la garantía de los derechos sociales, teniendo en cuenta que las garantías institucionales — como venimos de decir— si bien no son las únicas que deben revestir a estos derechos, juegan un importantísimo papel en su adecuada caracterización y en la consagración de sus mecanismos de protección jurídica. Lo anterior quiere decir que las instituciones del Estado encargadas de tomar las decisiones políticas deben manifestar su voluntad de protección de los derechos sociales, primero que todo, a través de su consagración constitucional y de sus mecanismos constitucionales de amparo. De igual manera, en el desarrollo de la actividad legislativa, mediante la adscripción de contenidos específicos y concretos a los derechos sociales consagrados en la Constitución, con la estipulación clara de los órganos encargados de observarlos, así como las obligaciones y deberes que los vinculan.<sup>184</sup>

De tal consagración apropiada depende, en gran medida, el margen de actuación del poder jurisdiccional en el control de la observancia de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales, al igual que su labor de reparación de las vulneraciones que puedan tener lugar contra estos derechos. Así, de una adecuada estipulación estribará que estos reciban un verdadero tratamiento como derechos fundamentales subjetivos en un ordenamiento jurídico.

La ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de este género de derechos, propicia pues, una situación en la cual las demandas relativas

---

español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva", en AÑÓN, María José (ed.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia - Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 43-44.

<sup>184</sup> Respecto de la importancia de las garantías políticas de los derechos sociales, véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 114-120. En igual sentido, véase PISARELLO, Gerardo, "Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva", art. cit., pp. 53-61.

a sus vulneraciones o a la falta de promoción de los mismos deben ser tramitadas en la gran mayoría de los sistemas jurídicos a través de los mecanismos previstos para el amparo de derechos civiles y políticos individuales.

Estos mecanismos, sin embargo, no resultan los más idóneos para la protección de los derechos sociales. Ello es así, por varias razones. Para empezar, puede resultar frecuente que se trate de reclamos colectivos, no individuales, lo cual representa un problema de legitimación activa.

Asimismo se debe tener en cuenta que, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales civiles y políticos se caracterizan por su trámite sumario, dada la celeridad con la que los mismos deben ser resueltos para que brinden un efectivo amparo de estos derechos. Tal característica puede resultar problemática en la tutela de derechos sociales, pues impone compatibilizar el carácter urgente descrito, con la necesidad de amplitud probatoria que puede implicar el análisis de cuestiones complejas en casos de reclamo de estos últimos.

Por otra parte, la difícil ejecución de las sentencias que contienen obligaciones de hacer volvería adecuada la previsión de mecanismos procesales específicos en materia de derechos sociales que contemplaran estas problemáticas particulares que implica su protección.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Para Abramovich y Courtis, además de la dificultad derivada de la ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de los derechos sociales, hay otros factores que obstaculizan su justiciabilidad, como (i) la autorrestricción del poder judicial frente a cuestiones que pueden tener importantes matices políticos y/o técnicos; (ii) la escasa tradición de control judicial en la materia; y (iii) los problemas de determinación de la conducta debida a la que se ven enfrentados los Jueces en casos de protección de derechos sociales. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 121-131.

Por estas razones, autores como Abramovich y Courtis han puesto en cuestión las falencias de los ordenamientos jurídicos, así como del sistema internacional y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en cuanto a garantías jurisdiccionales específicas a favor de los derechos sociales. Han procurado, no obstante, dar cuenta de las diversas estrategias empleadas en diferentes ordenamientos jurídicos en la protección de estos derechos, mediante las cuales estos se han hecho valer con la utilización de herramientas jurídicas previstas para el amparo de derechos civiles o políticos, por ejemplo; o alegando el respeto al principio de prohibición de regresividad en esta materia.

En efecto, los defensores de la justiciabilidad de los derechos sociales,<sup>186</sup> así como la propia práctica judicial de tribunales constitucionales<sup>187</sup> señalan que los derechos tienen posibilidades de exigibilidad directa ante los órganos jurisdiccionales, por ejemplo, ante una presunta vulneración por actuaciones positivas del Estado como podría ser la adopción de medidas regresivas, pues como ya ha sido señalado antes, es claro que los Estados Partes en los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales han asumido el compromiso de garantía de las obligaciones de progresividad y de prohibición de regresividad en esta materia, de manera que estas constituyen las obligaciones mínimas a las cuales no pueden sustraerse.

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 133 y ss.

<sup>187</sup> En varias ocasiones la Corte Constitucional colombiana se ha ocupado de examinar la constitucionalidad de medidas que han significado el recorte en políticas sociales, precisamente a fin de determinar si éstas configuraban violaciones de la prohibición de regresividad o si, por el contrario, a pesar de implicar una menor garantía de derechos sociales, se encontraban justificadas en relación con la necesidad de los fines que con ellas se perseguían. Véase, entre otras, las sentencias: C-168 de 1995, C-1165 y C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-671 y C-789 de 2002, C-781 y C-1017 de 2003, C-083, C-754, C-931 y C-991 de 2004, T-1318 de 2005. Sobre este tema puede consultarse, asimismo, UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO Diana, "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", *DeJusticia*, Bogotá, 2006, [www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org).

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales comporta la atribución de un contenido mínimo que implica, a su vez, la imposición de ciertos deberes para los poderes públicos. En este caso, dichos deberes mínimos son (i) la prohibición de discriminación, (ii) el deber de no regresividad y, (iii) el deber de cumplimiento progresivo, sobre los cuales se hizo referencia en un aparte precedente de este trabajo.

Asimismo, las omisiones del Estado pueden implicar violaciones de las obligaciones de protección y satisfacción de los derechos sociales, al no adoptar las medidas a las que se obligó al suscribir el PIDESC o aquellas que se encuentran previstas en la propia Constitución. El reclamo judicial pretendería, en este caso, la declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión y/o el emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida, esto es, la adopción de las medidas que ha omitido.

No obstante, como consecuencia de las dificultades de exigibilidad de los derechos sociales de manera directa, han debido ser empleadas diversas estrategias que hicieran posible su reclamo por vía judicial. Una de ellas, ampliamente utilizada para tal fin, ha sido la de procurar reconducir dicha afectación por conexidad con la vulneración de un derecho civil o político. Esta estrategia ha abierto las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales y económicos a partir de los mecanismos de tutela estatuidos para el reclamo de amparo de estos últimos derechos.

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación, así como las garantías propias del derecho al debido proceso, son frecuentemente invocados para obtener la protección de un derecho social por conexidad. En relación con este primer principio, debe recordarse que el propio PIDESC establece en su artículo 2.2

la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos allí reconocidos sin discriminación, al igual que el mandato del artículo 26 del PIDCP en virtud del cual la ley deberá prohibir toda discriminación, así como garantizar la protección igual y efectiva ante cualquier discriminación de todas las personas.<sup>188</sup> De esta manera, se ha abierto una vía indirecta para el reclamo jurisdiccional de derechos sociales, en procura del examen de constitucionalidad del factor de diferenciación empleado para establecer un trato distinto, tras la realización de un juicio de comparación entre la situación de los beneficiarios de un determinado contenido de un derecho social y aquellos quienes consideran que deberían serlo, pero aún no lo son.

También ha servido para esta tarea la invocación de derechos relacionados con el debido proceso. Así, derechos como el acceso a la administración de justicia mediante el reclamo de la garantía de defensa pública gratuita, el debido proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un recurso judicial efectivo, el principio de igualdad de armas o la revisión judicial de resoluciones administrativas son algunos de los derechos que, al ser amparados, pueden posibilitar la protección de derechos sociales. Otra estrategia ha sido aquella de reconducir la controversia de la conculcación de un derecho social a la consecuente vulneración de un derecho civil o

---

<sup>188</sup> Esta cláusula de prohibición de discriminación es reproducida en las constituciones contemporáneas de manera casi indefectible, debido a la relevancia del principio de igualdad y de su correlato de prohibición de discriminación en el constitucionalismo actual. En la Constitución colombiana está consagrada en los siguientes términos: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

político como el derecho a la vida, a la dignidad humana o a la intimidad y la vida privada.

Por último, la exigibilidad de estos derechos ha sido posibilitada a través del reclamo de la aplicación de los límites a los derechos civiles y políticos en defensa de los derechos sociales de colectivos específicos. Así, por ejemplo, la función social de la propiedad, la defensa de grupos desaventajados ante amenazas de recorte o suspensión de un derecho social, la modulación de las relaciones contractuales o del ejercicio del derecho de propiedad cuando el objeto de la relación jurídica entre particulares consiste en la satisfacción de derechos sociales como la salud, la educación o la vivienda han servido para hacer valer estos derechos.<sup>189</sup>

### **3.2 La importancia de las garantías no institucionales o sociales**

Sin desconocer el enorme impacto negativo que trae consigo la ausencia de garantías institucionales, en particular, de mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos sociales, como herramienta de la que deben estar revestidos todos los derechos fundamentales para ser efectivos, los autores no han dejado de destacar la importancia de las garantías no jurídicas en la materialización de estos derechos, para lo cual resultan fundamentales las garantías no institucionales o sociales de los mismos.

---

<sup>189</sup> Véase SCHEININ, Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en EIDE, Asbjørn, KRAUSE, Catarina y ROSAS, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook (Second Revised Edition)*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001, pp. 29-54. En igual sentido, puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, p. 168 y ss. Estos autores plantean las mismas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales.

Así, no se trata únicamente de la inclusión de estos derechos dentro de los catálogos constitucionales ni de contar con mecanismos de protección específicos o con herramientas internacionales de protección, es decir, con mecanismos de tutela diseñados para que las personas puedan hacer valer sus derechos sociales lesionados o insatisfechos ante las instituciones del Estado o ante instancias supra estatales, sino que la participación social comporta una relevancia particular en el ámbito de sus garantías.

Estas garantías no institucionales serían, entonces, "mecanismos de tutela de los derechos sociales que dependen de sus titulares para su activación, y que abarcan un amplio abanico de acciones que van desde el ejercicio de otros derechos (civiles y políticos) hasta formas más intensas de autotutela que pueden, incluso, estar suspendidas en un espacio extralegal".<sup>190</sup>

Ferrajoli destaca el importante papel que las garantías sociales comportan en la realización de estos derechos, de la siguiente manera:

[E]sta garantía social es precisamente la condición de la efectividad de todo el ordenamiento y de su sistema normativo de garantías jurídicas y políticas [...]  
Su fundamento puede encontrarse en el sentimiento que cada uno tiene de sus

---

<sup>190</sup> BRITOS, Nora, "Garantías no institucionales y exigencia de derechos sociales", Ponencia presentada en las "Jornadas sobre la exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho del siglo XXI". 17, 18 y 19 de noviembre de 2008, organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Pisarello clasifica las garantías sociales en: (i) indirectas, que serían aquellos instrumentos que permiten participar en la construcción institucional, política y jurisdiccional de las garantías de los derechos; dentro de éstas, pone como ejemplo, el sufragio activo y pasivo, los recursos de tutela y de amparo colectivos, acciones de clase, al igual que acciones judiciales de legitimidad individual; y (ii) directas, refiriéndose a aquellas garantías de autotutela de defensa de un derecho social, como serían las empresas de autogestión, cooperativas de producción y consumo, que permitan la consecución propia de los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales; otras más radicales serían, por ejemplo, el movimiento okupa o la desobediencia civil. PISARELLO, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., pp. 122-128.

propios derechos fundamentales: lo que quiere decir el sentido de la propia identidad como persona y de la propia dignidad del ciudadano [...] De este jurídico amor propio deriva la disponibilidad de cada uno a la lucha por la defensa y la realización de los derechos vitales propios y ajenos, es decir, por la propia (y ajena) identidad como persona: por las identidades amenazadas y que hay que defender y por las nuevas identidades que es preciso afirmar o reivindicar [...] Sólo a través de la lucha por los derechos, que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente sucumbir.<sup>191</sup>

Resulta claro, de esta manera, que las garantías sociales —en tanto configuran canales posibilitadores de la acción social para la defensa de los derechos sociales—, son en realidad la otra cara de la moneda de las garantías institucionales previstas por los Estados para la protección de estos mismos. Esto quiere decir que sin la participación social activa no valen de mucho las garantías jurídicas o institucionales que se encuentren establecidas en un ordenamiento determinado, por cuanto estos carecerían del motor que las active y les dé impulso. Una ciudadanía activa, por el contrario, no solamente logrará hacer valer y defender sus derechos mediante las vías institucionales que para ello han sido erigidas, sino que conseguirá jalonar procesos de creación de mecanismos adecuados para tal fin, así como articular vías diversas de autotutela de sus derechos, de manera más expedita.

A pesar de reconocer la importancia capital que comportan las garantías sociales en los procesos actuales de reconocimiento y defensa de los derechos sociales, en el presente trabajo de investigación me centro en el estudio de las

---

<sup>191</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2005, pp. 944 - 945.

garantías institucionales de los mismos en Colombia, específicamente de las garantías secundarias o jurisdiccionales, de acuerdo con la tipología que hemos descrito. Se trata pues de indagar cuál ha sido el reconocimiento político y jurídico de los derechos sociales en mi país y cuáles las garantías establecidas en su favor. Sin embargo, dada la naturaleza de este trabajo, únicamente analizaré del derecho a la educación, principalmente desde la perspectiva de su reconocimiento por parte de la Corte Constitucional. Se trata así, de explorar en qué medida este derecho ha sido considerado como un derecho fundamental exigible ante las autoridades jurisdiccionales del Estado, y cuáles de sus componentes han sido protegidos por vía judicial.

#### **4. COMENTARIOS FINALES**

La presentación del debate que ha surgido últimamente alrededor de la naturaleza y las características de los derechos sociales permite apreciar que la conceptualización tradicional que de estos derechos se ha hecho no es políticamente neutra ni asume posturas imparciales en relación con aspectos esenciales que inciden principalmente en el tema de su realización y de las garantías necesarias para hacerlos valer ante las autoridades jurisdiccionales.

En efecto, estos derechos han sido tradicionalmente caracterizados como (i) derechos de posterior reconocimiento en relación con los derechos civiles y políticos; (ii) subordinados a estos últimos desde un punto de vista axiológico por remitir al principio de igualdad y no a aquellos caros valores de libertad y autonomía para el liberalismo; (iii) de estructura compleja y carentes de las condiciones de derechos subjetivos que únicamente llegan a tener la estructura de principios orientadores de la política social del Estado; (iv) de prestación y, por consiguiente, de satisfacción

costosa; (v) establecidos en términos vagos e indeterminados que no permiten extraer fácilmente sus contenidos ni las obligaciones que comportan, ni tampoco los sujetos obligados; (vi) de difícil protección, en fin, por vía judicial, dado que estas características hacen que los Jueces y tribunales deban invadir competencias ajenas a su órbita de actuación, interfiriendo así en funciones propias del legislativo y subsidiariamente de la administración, con complejas e impredecibles consecuencias económicas y sin las herramientas técnicas suficientes para adelantar tales actividades.

Es evidente, de esta manera, la carga ideológica y política que subyace a tal caracterización de esta categoría de derechos. Ésta resulta funcional al liberalismo político y económico que hoy en día está consolidado en todo el mundo occidental, en donde los ordenamientos jurídicos deben responder principalmente a la lógica de mercado, en la cual es de capital importancia el respeto de las libertades individuales, pero sobre todo, de propiedad privada, sin limitaciones de ningún tipo. Es primordial para este propósito mantener a estos derechos más como principios a los que se debe aspirar, pero carentes de verdaderos mecanismos de garantía y de herramientas jurídicas de exigibilidad frente al Estado, ante su supuesta ausencia de contenidos mínimos exigibles.

Podría surgir en este punto la objeción relativa al limitado presupuesto de los Estados que impediría la verdadera materialización de los derechos sociales para toda la población. Un Estado, sin embargo, debe procurar garantizar las condiciones mínimas de subsistencia a todas las personas y trabajar de manera progresiva en la consecución de dicho fin. Adicional a lo anterior, no puede retroceder en los niveles de protección alcanzados en relación con un derecho específico si no lo justifica de

manera adecuada y suficiente, y en relación con el fin imperioso que persiga con la medida regresiva.

Esta visión retardataria de los derechos sociales ha tratado de ser impuesta como la única compatible con el sistema capitalista en el que el modelo económico predominante es el de la economía de mercado. Para el buen funcionamiento de este modelo, desde luego, es fundamental contar con las menores interferencias posibles al derecho de propiedad privada que podría verse afectado mediante la protección de derechos sociales, si se tiene en cuenta que la provisión de servicios como la salud, la educación o la seguridad social, corre por cuenta de particulares.

Es por ello que a lo largo del presente documento se ha intentado demostrar que la caracterización en tal sentido de los derechos sociales corresponde más a prejuicios ideológicos que a una descripción de su verdadera naturaleza. De esta suerte, una visión renovada brinda los elementos que justifican y fundamentan estos derechos y sus garantías. Incluso desde perspectivas filosóficas netamente liberales, como ocurre en el caso de Alexy, cuya teoría de la fundamentación de esta categoría de derechos remite al principio de libertad, no ya meramente formal, sino fáctica o material. La satisfacción de necesidades básicas mediante el reconocimiento y garantía de derechos sociales fundamentales es, desde esta postura filosófica, un presupuesto necesario para la realización de planes de vida propios y la materialización de las libertades individuales.

Los derechos sociales, entonces, (i) no son derechos de posterior reconocimiento, sino de simultánea reivindicación con los derechos civiles y políticos; (ii) desde el punto de vista axiológico, no se encuentran subordinados a estos últimos, por cuanto responden, asimismo, al valor de la libertad como fundamento

último que justifica su reconocimiento y garantía; de igual manera, como todos los demás derechos, son derechos de igualdad que propenden por la igual satisfacción de necesidades básicas de todas las personas y, en consecuencia, su igual autonomía, dignidad, libertad, etc.; (iii) comportan una estructura compleja al igual que los demás derechos, en tanto implican obligaciones positivas y negativas, costosas y no costosas; que cuentan con las condiciones de derechos subjetivos, además de ser mandatos de optimización que deben ser ponderados, tal y como ocurre con los derechos civiles y políticos; (iv) son derechos de prestación, pero también generan obligaciones de respeto y protección frente a injerencias de terceros, al igual que los derechos civiles y políticos que implican todos los niveles de salvaguardia: respeto, protección, garantía y promoción, con lo cual unos y otros conllevan obligaciones onerosas y no onerosas; (v) su vaguedad e indeterminación no tiene por qué ser mayor que la que se encuentra en las disposiciones normativas que contienen derechos civiles y políticos, en los cuales, en términos de Hart, se encuentran tanto zonas de penumbra como un núcleo de certeza, lo cual permite extraer de cada uno de ellos contenidos protegibles; (vi) exigibles por vía judicial, y cuya tutela por esta vía es un elemento esencial de la democracia constitucional, pues llena de contenido al modelo democrático del gobierno de las mayorías; y completa el sistema mediante la protección de las minorías (elemento contramayoritario).

La lectura renovada de los derechos sociales, de esta manera, es fundamental ante los desafíos que impone el modelo económico imperante en la actualidad, pues ofrece elementos teóricos que deben ser tomados en cuenta por los poderes legislativo y ejecutivo de los Estados, en tanto diseñadores y generadores de políticas públicas en favor del reconocimiento y de la eficacia de estos derechos. Asimismo, en la actividad de los Jueces y particularmente de los tribunales constitucionales, a quienes corresponde proteger de manera especial los derechos fundamentales de

todas las personas. Las posibilidades de exigibilidad judicial de estos derechos se constituyen en una herramienta de gran valor en su realización, por cuanto los dota de verdadera eficacia jurídica.

A continuación procederé con el estudio del desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana en lo que atañe al tema del derecho a la educación. Veremos pues, cuál ha sido el tratamiento que la Corte Constitucional ha dado a este derecho, así como cuáles han sido sus avances en relación con las obligaciones que el Estado ha asumido en la protección de los derechos sociales en general: (i) prohibición de discriminación, (ii) desarrollo progresivo de los derechos, y (iii) prohibición de regresividad, haciendo especial énfasis en este último aspecto, sobre la prohibición de retrocesos en los niveles de protección alcanzados en el ámbito del derecho a la educación.