

DERECHOS SOCIALES. UN MAPA CONCEPTUAL

Rodolfo Arango*

1. Introducción

Los derechos sociales tienen una larga y abigarrada historia.¹ Como producto de revoluciones y luchas políticas han sido reconocidos a grupos o colectividades, como la clase trabajadora, en forma de derechos laborales y a la seguridad social, o a individuos en estado de necesidad, en forma de un derecho a la subsistencia. En el siglo XX fueron incluso identificados por algunos como "derechos socialistas", ajenos al orden constitucional burgués.² Esta historia

* Universidad de los Andes, Colombia.

¹ Véase Guillermo Peces-Barba, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34; Carlos Miguel Herrera, *Les droits sociaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009; Pereira De Souza Neto, C. y Daniel Sarmiento, (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.

² Véase Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934; y Ernst Forsthoff, "Problemas constitucionales del Estado social", Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 69-106.

polifacética aconseja analizar su concepto, historia, estructura, fundamentación y exigibilidad.

2. Concepto

Los derechos sociales son derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado.³ Los derechos sociales participan del mismo destino que el de su género próximo, los derechos subjetivos.⁴ Los derechos subjetivos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico; que, inicialmente, fueron concebidos de manera sustancial e identificados con ámbitos de autodeterminación en los que el sujeto se "desata de las obligaciones asociativas",⁵ con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como "posiciones o normativas" de sus titulares. Estas posiciones normativas son idénticas con relaciones deónticas entre sujetos⁶ en un orden o sistema normativo intersubjetivamente compartido. Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales.⁷

Así, los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo injustificado no reconocimiento ocasiona un daño inminente a la persona.⁸ Gracias a que aceptamos

³ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴ Véase, José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994; José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Rodolfo Arango, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72.

⁵ Thomas Hobbes, *El Leviatán*, Alianza, Madrid, 1989, p. 119.

⁶ Véase John Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 145 y ss.

⁷ Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

⁸ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005 (2a. Ed., Legis, 2012), p. 298.

el lenguaje y la práctica relacional de los derechos es posible que nos hagamos exigencias mutuas y las respaldemos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento.⁹ A este concepto de derechos subjetivos hemos arribado luego de un progresivo abandono de concepciones de derecho natural según las cuales las personas tendrían derechos o libertades anteriores al Estado y por voluntad de Dios o por el mero hecho de existir, como si del hecho de *ser* pudiese derivarse *deber ser* alguno.¹⁰

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, una relación respaldada institucionalmente. Esta afirmación presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aún si tal realidad ha sido socialmente construida. Las razones esgrimidas para justificar una determinada posición normativa deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo; además, dichas razones deben ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan esa relación. El carácter ideal de esta construcción exige su reconocimiento institucional; esto, para coordinar los diversos niveles de corresponsabilidad existentes entre las personas y grupos sociales.¹¹ La efectividad del reconocimiento de posiciones o relaciones normativas entre sujetos de derechos depende de un adecuado y efectivo entrelazamiento de los diversos niveles de protección de tales posiciones o relaciones.¹² El discurso y la práctica de los derechos requieren de un equilibrio entre responsabilidad individual o grupal y subsidiariedad, entre esfuerzo personal y apoyo de terceros, así como la intervención efectiva de los diferentes niveles de protección según el nivel de riesgo y daño presente en cada ocasión. La inminencia

⁹ Ernst Tugendhat, *Lecciones sobre ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 325 y ss.

¹⁰ John Searle, *Making the Social World*, *op. cit.* p. 174 y ss.

¹¹ Jaime Rodríguez-Arana, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press/INAP, Sevilla, 2015, p. 498 y ss.

¹² Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2012.

del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas.¹³

En la tradición legalista de los siglos XVIII y XIX los derechos subjetivos eran asegurados principalmente por vía legislativa.¹⁴ El legalismo, no obstante, sería incapaz de responder a la aceleración del tiempo en el capitalismo avanzado.¹⁵ Fue necesario que los Jueces interpretaran en forma amplia y sensible la Constitución para intentar llenar los vacíos de ley frente a realidades constantemente cambiantes. El proceso de constitucionalización del derecho, con la adopción de extensas y sustanciosas cartas de derechos de aplicación directa y la creación de tribunales especializados, caracteriza la evolución actual de la práctica de los derechos.¹⁶ El reconocimiento creciente de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales es una clara expresión de dicho proceso, siendo la experiencia latinoamericana digna de mención a este respecto.¹⁷

3. Historia

En el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX, los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el estatus de

¹³ Véase *infra* 6. Exigibilidad, p. 506.

¹⁴ Véase Francisco Laporta, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", Betegón, J., et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

¹⁵ Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹⁶ Cfr. Frank Michelman, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly* núm. 3, 1979, pp. 659-693; Mark Tushnet, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2008.

¹⁷ Véase Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002; Cláudio Ari Melo, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Ingo Sarlet, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed. Livreria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales, para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluyó la posibilidad de hacerlos exigibles directamente ante los Jueces de manera individual.¹⁸ Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria como verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional y en diversas constituciones nacionales.¹⁹ Esta concepción y su fundamento filosófico son relativamente nuevos.

Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como meros deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionaria iniciada por Maximilien Robespierre. Este fue el primero en erigir la fraternidad –a la par con la libertad y la igualdad– como principio universal, del cual emanan derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1790 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad, el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: "todo hombre tiene derecho a la subsistencia".²⁰

Para contener el comunismo y "quitarle la gasolina a la revolución", se expidieron las leyes de pobres en tiempos de Otto von Bismark. Mediante la ayuda a los pobres y la asistencia social, las personas necesitadas recibían del Estado prusiano prestaciones determinadas en la ley. Ésta establecía obligaciones de beneficencia a la administración con miras a controlar problemas de orden público.

¹⁸ Véase Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, París, 1901.

¹⁹ Véase Carlos S. Nino, "On Social Rights", en Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993; Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; Magdalena Sepúlveda et al., *Human Rights Reference Handbook*, University of Peace, Ciudad Colón, Costa Rica, 2004; R. Arango, *El concepto de derechos sociales...*, op. cit.; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007; Carlos Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

²⁰ C. Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado...*, op. cit.

La cuestión social era asunto policivo. Lo mismo sucedió en Italia con las leyes de gobiernos conservadores.

Con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista y la positivización de las demandas sociales.²¹ Tanto la Constitución mexicana (1917) como la de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales. No obstante, la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación de derechos que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista, no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con rango constitucional.

Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la postguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales. No obstante, a nivel del derecho internacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.²²

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los Jueces en caso de violación por parte de las autoridades estatales.²³ No sucedió lo mismo con los derechos sociales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo depender el reconocimiento de estos derechos al nivel de desarrollo de cada sociedad, dentro de la reserva de lo posible, no

²¹ Carlos Miguel Herrera, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

²² Véase Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, Connecticut, 1982; Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2a. ed., Brill, Dordrecht, 2001.

²³ Thomas Buergenthal, *International Human Rights*, West Publishing, Minnesota, 1988.

siendo judicializables, salvo en casos de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado.²⁴

A la luz de su evolución histórica, los derechos sociales han quedado atrapados en una doble significación: para algunos se trata de verdaderos derechos universales –por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial)– con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa;²⁵ (para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su estructura, fundamento y exigibilidad.

4. Estructura

Los derechos sociales, al igual de los demás derechos, tienen una estructura triádica o de tres elementos: titular del derecho, sujetos obligados y objeto del derecho o prestación.²⁶

Si bien la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, en el caso de los derechos sociales, humanos y fundamentales, el titular del derecho es la persona natural o individuo. Esto porque el destinatario directo de

²⁴ Véase Maurice Cranston, "Human Rights, Real and Supposed", Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, s.e., New Haven/Quito, 2003; Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006.

²⁵ Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton, 1980; Amartya Sen, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

²⁶ Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 186, 494 y ss.

la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social es la persona humana. Es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. Si bien pueden perfectamente reconocerse derechos culturales colectivos con el contenido o las prestaciones típicas de los derechos sociales –como por ejemplo la salud o la vivienda según la concepción de mundo de una comunidad étnica determinada–, en tal caso técnicamente es más adecuado hablar de derechos culturales y no de derechos sociales colectivos. La adecuada conceptualización y categorización de los derechos contribuye a su óptima protección.

Los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados.²⁷ Su determinación corresponde al legislador en caso de derechos sociales legales; al Constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y Jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos. Los obligados a satisfacerlos en estos dos últimos eventos pueden ser determinados según una cadena u orden de precedencia.

En Estados de Derecho contemporáneos que garantizan los derechos sociales a nivel legal, los obligados pueden ser personas particulares –como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social– o el Estado. El menor que exige alimentos; el o la joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

²⁷ Audrey Chapman, y Sage Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Bélgica, 2002.

Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados; en caso de vacío legal o de imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional. Por su parte, el principio de solidaridad garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, sea el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales.

Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación.²⁸ No es razonable en un Estado constitucional, basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales, no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente con el simple argumento de que el legislador no ha establecido quién o quiénes son los posibles obligados. En caso de urgencia, situación en la que el contenido de las prestaciones es determinable contra-fácticamente (*ver infra* 6. Exigibilidad), opera una inversión en el orden de obligados a satisfacer los derechos sociales.

Como fuese enunciado arriba al referirnos al concepto de los derechos sociales, el objeto del derecho son –prioritariamente– prestaciones fácticas positivas. Si bien parte de la doctrina incluye obligaciones de no hacer o abstención en el contenido de los derechos sociales, el énfasis en las obligaciones positivas se justifica por requerir para su determinación de métodos más complejos a los tradicionalmente utilizados por los Jueces.

²⁸ R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *op. cit.* pp. 212, 316.

5. Fundamento

El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso. Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

La dignidad humana ha sido invocada repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de los derechos sociales.²⁹ La dignidad humana es empleada a expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, límite de la acción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre también como un fin y no meramente como un medio. El núcleo intangible del ser humano no solo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna. Tales prestaciones abarcarían, entre otras garantías fisiológicas y de inserción sociocultural de la persona como ser social.

La tradición analítica demo-liberal ha intentado fundamentar los derechos sociales fundamentales en la idea de una libertad fáctica, en contraste con concepciones libertarias niegan tal posibilidad.³⁰ Para Alexy, derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona.³¹ No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Es así como la necesidad de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano

²⁹ E. Tugendhat, *Lecciones sobre ética*, op. cit., p. 348.

³⁰ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 7

³¹ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 494.

pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos.³²

La tradición democrática igualitaria funda los derechos sociales en el principio de igualdad.³³ El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de persona y grupos que, por sus condiciones personales, no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía estatal de medidas positivas.³⁴ Quienes fundamentan los derechos sociales en la igualdad parten de la distinción entre igualdad "formal" e igualdad "material". La primera asegura solo la igualdad ante y bajo la ley: prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera.³⁵ La igualdad material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas –por vía del reconocimiento de derechos sociales– de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta, pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad.

La solidaridad es un cuarto argumento que se ha esgrimido para fundamentar los derechos sociales.³⁶ La solidaridad tiene origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo

³² John Rawls, *Liberalismo político*, Cátedra, Barcelona, 1996, p 265; "John Rawls y los derechos constitucionales", Juan José Botero, (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 141-156.

³³ Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57; José García Añón, "Derechos sociales e igualdad", Abramovich, Víctor, Añón, José García y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102.

³⁴ Cass R. Sunstein, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *University of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001; Martha Nussbaum, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

³⁵ M. Carbonell y J.A. Parceroy R. Vázquez, *op. cit.*; Guillermo Escobar Roca, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

³⁶ Javier de Lucas, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., Fontamara, México, 1998; Kurt Bayertz, "Begriff und Problem der Solidarität", Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53; Arango, Rodolfo. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 187.

por las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realiza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual y colectiva.

A las razones de tipo jurídico y político se suman las de tipo económico para justificar los derechos sociales a partir de la solidaridad. En un mundo cada vez más interdependiente e interconectado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.

6. Exigibilidad

Con respecto a los derechos sociales –p.ej. alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo– es necesario distinguir dos tipos de exigibilidad: política y jurídica.

Si bien los derechos sociales fueron inicialmente identificados con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora a principios del siglo XX, actualmente los derechos sociales hacen parte no sólo de las constituciones de países socialistas sino también de muchas constituciones, declaraciones y convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Este es el fruto de exigencias o demandas colectivas así como de la movilización popular en defensa del pleno reconocimiento de los derechos humanos en su integridad.

La experiencia de acciones coordinadas entre teóricos, activistas de derechos humanos, Jueces y tribunales sensibles a los desarrollos del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a la convicción de que, sin la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, no habrían sido posibles los avances políticos para la garantía y el goce efectivo de los derechos sociales.³⁷ La exigibilidad política exige por ello un constante trabajo de apreciación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

La exigibilidad jurídica (justicialidad) de los derechos sociales es quizás el más difícil desafío que plantean los derechos sociales humanos y fundamentales en la actualidad.³⁸ La complejidad de los problemas conceptuales, interpretativos e institucionales no ha sido del todo resuelta ni en la teoría ni en la práctica. La situación, más que desanimar a sus defensores, eleva un reto de gran atractivo e importancia: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.

En la literatura especializada, son claramente discernibles dos estrategias complementarias para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera toma como pie de apoyo el derecho internacional de derechos humanos, en particular las garantías que suponen principios como los de progresividad

³⁷ Victor Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL* núm. 88, Abril de 2006, pp. 36-50.

³⁸ V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*; A. Chapman y S. Russell, *op. cit.*; Christian Courtis y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

y prohibición de regresividad.³⁹ La segunda estrategia se basa en el constitucionalismo social y los avances interpretativos en sistemas de derecho del llamado "Sur Global".⁴⁰ Ambas estrategias convergen en la práctica y potencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

7. Conclusión

Luigi Ferrajoli afirmaba hace dos décadas que el Estado social de derecho carecía de una teoría del Estado social, en contraste con la frondosa y arraigada teoría del Estado liberal de derecho.⁴¹ El nivel de institucionalización alcanzado actualmente por los derechos sociales, en especial en sociedades "periféricas" o del Sur Global, ha permitido avanzar en el reconocimiento pleno de estos derechos. Nuevas investigaciones sobre el desarrollo jurisprudencial de este tipo de derechos, así como la internacionalización de su discurso, permiten desmontar los prejuicios en su contra y asegurar derechos sociales mínimos para todos, sin desconocer la libertad individual o la democracia ni sustituir la lucha política por un activismo judicial desbordado e irracional.⁴² Por el contrario, hoy en día el amplio reconocimiento de los derechos sociales asegura la inclusión de todos en el proceso democrático como ciudadanos libres, capaces y plenos.

³⁹ Tara Melish, *La protección de los derechos...*, op. cit.; C. Courtis, *Ni un paso atrás*, op. cit.; Katherine G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, año 2008, pp. 113-175.

⁴⁰ Véase Roberto Gargarella et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006; Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

⁴¹ Luigi Ferrajoli, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor, Añón, José García y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales*, op. cit., pp. 11-21.

⁴² Véase María Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; de la misma autora véase "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 125-174; así como "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ABRAMOVICH, Víctor, Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, *Revista de la CEPAL* núm. 88, Abril de 2006, pp. 36-50.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2002.

ARANGO, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en BOTERO, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 141-156.

_____, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, num. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72.

_____, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005 (2a. ed., Legis, 2012).

_____, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

ARI MELO, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004.

BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

BAYERTZ, Kurt, "Begriff und Problem der Solidarität", BAYERTZ, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53.

BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, West Publishing, Minnesota, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, Saraiva, San Paulo, 1991.

CARBONELL, Miguel, "La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", COURTIS, Christian y ÁVILA Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 55-87.

CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.

CHACÓN MATA, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage (eds.), *Core Obligations. Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2002.

CLÉRICO, María Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J., Oliver LALANA, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

_____, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-174.

_____, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006.

CRANSTON, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", RAPHAEL, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967.

CRANSTON, Maurice, *What are Human Rights?* Bodley Head, Londres, 1962.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

DUGUIT, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006

_____, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

EIDE, A., Krause C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2a. ed., Dordrecht, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M.J. y COURTIS, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, 2003, México, pp. 11-21.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GARCÍA Añón, José, "Derechos sociales e igualdad", en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M.J. y COURTIS, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102.

GARGARELLA, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.

GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

GOMES Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997.

HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

_____, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

_____, *Les droits sociaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.

HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Alianza, Madrid, 1989.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

LAPORTA, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", Betegón, J., et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

LIMA Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", FARIA, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994.

LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., Fontamara, México, 1998.

LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003.

MICHELMAN, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979, pp. 659-693.

NINO, Carlos S., "On Social Rights", AARNIO, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

NUSSBAUM, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

PECES-BARBA, Guillermo, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, Año 3, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34.

PEREIRA De Souza Neto, C. y SARMIENTO, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Rio de Janeiro, 2008.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., Saraiva, San Paulo, 2012.

PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001, pp. 113-138.

_____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57.

RAWLS, John, *Liberalismo político*, Cátedra, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press/INAP, Sevilla, 2015.

SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Livreria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1934.

SEARLE, John, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SEN, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SEPÚLVEDA, Magdalena, et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.

SHUE, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

SUNSTEIN, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001.

TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones sobre ética*, Gedisa, Barcelona, 1997.

TUSHNET, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2008.

VASAK, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, Connecticut, 1982.

YOUNG, Katherine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 113-175.