

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

RODOLFO ARANGO
Candidato a doctor
en la Universidad de Kiel (Alemania)

Introducción

El concepto de "derechos sociales fundamentales" ha sido objeto de intensas discusiones por más de medio siglo. Carl Schmitt se refería a los derechos sociales fundamentales como "derechos socialistas" en sus lecciones de derecho constitucional del año 1927, en contraposición a los derechos liberales que, a su entender, eran los únicos verdaderos derechos constitucionales fundamentales¹. E. W. Böckenförde, ex magistrado de la Corte Constitucional Alemana y portador de la tradición schmittiana en la materia, sostiene que si bien los derechos sociales fundamentales son la extensión necesaria de los derechos de libertad, aquellos son incompatibles con una Constitución democrática fundada en el principio del Estado de derecho².

Algunos de los argumentos de Böckenförde en contra de la conceptualización de los derechos sociales como

derechos fundamentales se relacionan con la diferencia entre los derechos de libertad y los derechos sociales, y con la conclusión que extrae de dicha diferencia³. A su entender los derechos de libertad son anteriores al Estado, pueden determinarse de forma natural y limitan la acción estatal, mientras que los derechos sociales presuponen la existencia del Estado, son indeterminados y exigen la acción estatal activa para su realización. De estas diferencias concluye que los derechos de libertad son realizables directamente a nivel constitucional por vía de pretensiones jurídicas concretas exigibles judicialmente, mientras que los derechos sociales carecen de dicha posibilidad. A su juicio, de aceptarse la justiciabilidad constitucional de estos últimos el Estado de derecho dejaría de ser tal para convertirse en un Estado judicial.

Otros autores, en cambio, no ven incompatibilidad entre los derechos sociales fundamentales y los derechos liberales o la democracia constitucional⁴. Según ellos, unos

1. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 4. Aufl., Berlin 1965, pp.166, 169.

2. E. W. Böckenförde, "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en: *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Berlin 1993, pp. 75, 80. A la idea de derechos sociales fundamentales se oponen también C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, 2a. ed., Cambridge, Mass./Londres, 1994, pp. 148-149 y R. Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Mass., 1996, p. 36.

3. E.W. Böckenförde, *op. cit.*, nota 2, p. 76 y ss.

4. Entre estos autores se pueden contar H.L.A. Hart, "Bentham on Legal Rights", in: A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1973, p. 197: "(...) so far as such public welfare duties are thought of as providing for essential human needs they may on that ground alone be regarded as constituting legal rights"; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1997, p. 482; Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, 3. Aufl. Frankfurt a.M.,

y otros derechos fundamentales tienen cabida en una interpretación coherente de los principios de libertad e igualdad contenidos en las constituciones democráticas modernas. Para estos autores la idea de derechos naturales anteriores al Estado se basa en una fundamentación metafísica hoy en día insostenible⁷, la existencia del Estado es necesaria para la realización de cualquier derecho, incluso de los derechos de libertad, y la indeterminación de las normas sobre derechos fundamentales es un problema propio de la interpretación constitucional. Por lo tanto, de las pretendidas diferencias entre los derechos de libertad y los derechos sociales no se podría concluir que unos dan lugar a pretensiones jurídicas concretas y otros no; todo dependería de la posibilidad de fundamentar su carácter de derecho subjetivo.

La prolongada polémica en torno al carácter de los derechos sociales fundamentales obedece, en parte, a que este concepto ha sido objeto, por mucho tiempo, más de la discusión política⁸ que del análisis jurídico. Esto se debe fundamentalmente a que su concepto se confunde con las circunstancias históricas que rodearon su inicial

“Del hecho de que los derechos sociales fundamentales hayan sido reivindicados durante las revoluciones sociales, no se sigue que éstos sean derechos socialistas en contraposición a los derechos liberales. La causa material del surgimiento de un concepto no debe confundirse con el concepto mismo”

1995, p.361; Franz I. Michelman, “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly* 3 (1979), p. 659 y ss.; John Rawls, “La idea de una razón pública”, en *Liberalismo Político*, Crítica-Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, p. 264.

5. J. P. Müller, “Soziale Grundrechte in der Verfassung?”, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 114, (1973), p. 837.

6. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, p. 149; F.A. Hayek, “Law, Legislation and Liberty”, Vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, Londres/Henley 1976, p. 103: “The new rights (the social and economical rights, R.A.) could not be enforced by law without at the same time destroying that liberal order at which the old civil rights aim.

reconocimiento⁷ y posterior positivación en declaraciones y convenciones internacionales”. Sin embargo, del hecho de que los derechos sociales fundamentales hayan sido reivindicados durante las revoluciones sociales, no se sigue que éstos sean derechos socialistas en contraposición a los derechos liberales. La causa material del surgimiento de un concepto no debe confundirse con el concepto mismo.

El propósito de este escrito es hacer un aporte al análisis jurídico del concepto de derechos sociales fundamentales. Mi tesis central es que éste es compatible con el concepto de derechos públicos subjetivos⁹. Esta tesis pretende, por lo tanto, des-

7. En la Constitución jacobina de 1793 se reconoció el derecho al trabajo (art. 17)

y el derecho a un mínimo existencial en caso de incapacidad (art. 21). Derechos sociales fundamentales fueron igualmente reivindicados, en favor de los trabajadores, en el movimiento socialista alemán (Programa de Gotha y de Erfurt) y en la revolución bolchevique en Rusia. La Constitución de la República Soviética de 1918 consagraba expresamente derechos fundamentales de la clase trabajadora. La Constitución de Weimar (1918) igualmente contenía derechos sociales fundamentales (derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a previsión en caso de enfermedad, accidente o vejez).

8. La polémica sobre si los derechos sociales, económicos y culturales (derechos de la segunda generación) son verdaderos derechos humanos ha concentrado la atención del debate político, desplazando el análisis jurídico sobre la materia. Históricamente esta polémica se vincula a las contrapuestas concepciones liberal y socialista frente a derechos como el derecho al trabajo. Ver D.D. Raphael, *Political Philosophy and the Rights of Man*, Londres, 1967, p. 43 y ss. y 54 y ss.

9. En adelante con fines de simplificación se utiliza el término “derechos subjetivos” para referir a los más técnicamente llamados “derechos públicos subjetivos”, o sea aquellos derechos que el sujeto de derecho tiene frente al Estado como representación de toda la sociedad. Sobre la fundamentación de los derechos públicos subjetivos ver Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübinga, 1905.

virtuar la opinión según la cual los llamados "derechos sociales fundamentales" tienen exclusivamente el carácter de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, esto es, de meras metas u objetivos políticos, y no de derechos fundamentales propiamente dichos¹⁰.

Las reservas teóricas frente a la tesis expuesta pueden ser rebatidas mediante una adecuada diferenciación entre contenido y alcance¹¹ de los mencionados conceptos. El siguiente es, por lo tanto, un análisis del concepto de derechos sociales fundamentales y no un estudio sobre su justiciabilidad¹² ni sobre su fundamentación filosófica, temas que dejo reservados para otra ocasión.

1. Concepto de derechos subjetivos

En general se entiende por "derechos subjetivos" la facultad jurídica reconocida por una norma jurídica a un sujeto para exigir de otro una determinada acción u omisión, con miras al aseguramiento de un interés propio¹³. Es

10. E.W. Böckenförde, *op. cit.*, (nota 2), p. 80.

11. La distinción entre el "contenido" y el "alcance" de un concepto equivale a la distinción entre "concepto" y "concepción". En una y otra distinción el "contenido del concepto" (o concepto a secas) se refiere a sus elementos necesarios; el concepto es como un núcleo duro, compartido por la generalidad de los partícipes en un discurso, en este caso, el discurso jurídico. El "alcance del concepto" (o concepción) se relaciona con la interpretación que los partícipes del discurso hacen de los elementos necesarios del concepto; se trata aquí de la extensión del concepto.

12. El tema de la justiciabilidad -o exigibilidad judicial- de los derechos sociales fundamentales toca diversas problemáticas como la indeterminación de las normas de derechos fundamentales, la debida delimitación de las competencias entre Parlamento y Corte Constitucional, así como la relación entre modelo económico y Constitución.

13. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl. Munich, 1994, p. 141 (traducción de R.A.).

“El propósito de este escrito es hacer un aporte al análisis jurídico del concepto de derechos sociales fundamentales. Mi tesis central es que éste es compatible con el concepto de derechos públicos subjetivos”

posible, entonces, diferenciar tres elementos constitutivos del concepto de derecho subjetivo: (i) una *norma jurídica*, (ii) un *deber jurídico*¹⁴ de otra persona deducible de una norma jurídica y (iii) una *facultad jurídica* reconocida al sujeto del derecho para la persecución de *intereses propios*.

(i) Un derecho subjetivo presupone mínimo una *norma jurídica* válida. Una norma jurídica es condición necesaria, más no suficiente, para la existencia de un derecho subjetivo. Existe una relación necesaria entre un derecho subjetivo y la validez de

una norma¹⁵: cuando un derecho subjetivo existe, tiene como mínimo que existir una norma jurídica válida. Lo inverso no es cierto. De la simple validez de una norma jurídica no se sigue la existencia de un derecho subjetivo; existen normas jurídicas que establecen deberes jurídicos sin otorgar los derechos subjetivos correspondientes.

(ii) No existe un derecho subjetivo sin el *deber jurídico* correspondiente que obligue a otro a hacer o dejar de hacer algo. Un derecho subjetivo implica siempre un deber jurídico de otra persona; pero no a todo deber jurídico emanado de una norma jurídica corresponde un derecho subjetivo. Es el caso, por ejemplo, de la norma que obliga al Estado a actuar para la consecución de un determinado fin o interés colectivo, sin por ello reconocer un derecho subjetivo en cabeza de los potenciales beneficiarios.

(iii) El tercer elemento constitutivo del concepto "derecho subjetivo" ofrece mayores dificultades en su precisión, debido a que está compuesto por dos términos:

14. Se emplea el concepto "deber jurídico" y no el concepto "obligación jurídica", dadas las connotaciones *iusprivatistas* del último.

15. Robert Alexy, "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", Vortrag auf dem Symposium *Philosophie der Menschenrechte* vom 25. - 28. Mai 1995 in Berlin, erscheint in den Tagungsakten, p. 3.

la facultad jurídica y el interés propio perseguido. La caracterización del derecho subjetivo como "facultad jurídica para la persecución de un interés propio" refleja el histórico debate entre las teorías de la voluntad¹⁶ y del interés¹⁷ en torno a la fundamentación de los derechos subjetivos. Sin necesidad de tomar partido en el debate, es posible elevar el análisis a un grado de mayor abstracción e identificar los términos "facultad jurídica" e "interés propio" con el término "posición jurídica"¹⁸. Esta abstracción tiene la ventaja de situar el fundamento del derecho positivo a nivel del discurso (lenguaje), evitando asumir una determinada ontología, según la cual los derechos expresarían una voluntad humana o garantizarían un interés propio.

Por "posición jurídica" se entiende toda situación de un sujeto de derecho (individuo o grupo) dentro del ordenamiento jurídico, la cual debe poder ser fundamentada

"En general se entiende por 'derechos subjetivos' la facultad jurídica reconocida por una norma jurídica a un sujeto para exigir de otro una determinada acción u omisión, con miras al aseguramiento de un interés propio"

16. Partidarios de la teoría de la voluntad son, entre otros, B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Frankfurt a.M., 1906, p. 156; J. Austin, *Lectures of Jurisprudence*, Bd. I, 4. Aufl., Londres, 1873, p. 410; H.L.A. Hart, "Bentham on Legal Rights", in: A.W. B. Simpson (Hg.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1973, p. 183.

17. Adhieren a la teoría del interés R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 3, 5. Aufl., Leipzig, 1906, p. 351; J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, hg. v. J. H. Burns/H.L.A. Hart, Londres, 1970, p. 206; D. Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", in: *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), p. 173 y ss.; N. MacKormick, "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", in: *ARSP* 62 (1976), p. 305 y ss.; H. Shue, *Basic Rights*, Nueva Jersey 1980, p. 13 y ss.

18. Según Henry Shue "(...) to have a right is to be in a position to make demands of others, and to be in such position is, among other things, for one's situation to fall under general principles that are good reasons why one's demands ought to be granted". H. Shue, *Basic Rights*, Nueva Jersey, 1980, p. 13.

suficientemente mediante razones válidas, y cuyo no reconocimiento le ocasiona un daño injustificado. Razones válidas¹⁹ son todas aquellas que puedan ser esgrimidas con los medios de la argumentación jurídica.

A este nivel es posible extraer una importante conclusión: norma jurídica y deber jurídico son elementos necesarios, más no suficientes para la existencia de un derecho subjetivo. A ellos debe sumarse una posición jurídica, o sea, razones válidas que le den sustento a la afirmación sobre la existencia de un derecho subjetivo, cuyo desconocimiento ocasiona un daño injustificado al sujeto de derechos²⁰.

El contenido del concepto de derecho subjetivo no debe confundirse con el alcance de sus elementos. El contenido lo dan sus elementos constitutivos, sobre los cuales existe consenso. El alcance depende de la interpretación que se haga de dichos elementos. Desacuerdos sobre el alcance del concepto no deben afectar, en consecuencia, el concepto mismo de derechos subjetivos.

El alcance de los elementos constitutivos del derecho subjetivo —norma jurídica, deber jurídico y posición jurídica— es discutible y plantea diversas preguntas: 1) ¿Qué normas jurídicas sirven de fundamento a un derecho

19. Joel Feinberg concibe los derechos como pretensiones válidas: "I prefer to define rights as valid claims rather than justified ones, because I suspect that justification is too broad a qualification. 'Validity' as I understand it, is justification of a peculiar and narrow kind, namely justification within a system of rules. A man has a legal right when the official recognition of his claim (as valid) is called for by the governing rules". J. J. Feinberg, *Social Philosophy*, Nueva Jersey, 1973, p. 67.

20. Cfr. con la definición de derechos morales en C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, 1989, p. 40.

subjetivo? 2) ¿Puede admitirse la existencia de deberes jurídicos implícitos? 3) ¿Cómo se fundamenta una posición jurídica?

Una interpretación restrictiva del alcance del concepto de derecho subjetivo limita a normas *legales* el fundamento normativo de los derechos subjetivos; niega la existencia de deberes jurídicos *implícitos* como fundamento de los primeros; e identifica el fundamento de las posiciones jurídicas con la existencia de una norma jurídica explícita (criterio empírico).

En contraste, según una interpretación extensiva, las normas jurídicas de orden legal no son fuente exclusiva de derechos subjetivos. También las normas constitucionales, particularmente las de derechos fundamentales, consagran derechos subjetivos, en virtud de la fuerza normativa, esto es, vinculante de la Constitución (Art. 4 de la Constitución Política colombiana). Además, según esta interpretación, existen deberes jurídicos tanto explícitos como implícitos. Los primeros están instituidos en normas jurídicas (p. ej., el deber de solidaridad del artículo 95 num. 1 CP); los deberes implícitos son aquellos que pueden ser deducidos lógicamente de una norma jurídica (p. ej., el derecho a la vida es inviolable -Art. 11 CP- presupone lógicamente el deber jurídico de no matar) o de un conjunto de normas jurídicas mediante una interpretación sistemática. Finalmente, bajo la interpretación extensiva, una posición jurídica puede fundamentarse no sólo mediante una norma jurídica, con lo cual se privilegiaría una interpretación literal o semántica, sino también mediante normas jurídicas adscriptas²¹, con lo que se admite una interpretación teleológica y sistemática del derecho.

Una interpretación extensiva del concepto de derechos subjetivos debe preferirse a una interpretación restrictiva, debido al rol de los derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos modernos²². Por otra parte, una

base ampliada para la fundamentación de posiciones jurídicas no atenta contra la seguridad jurídica o la libertad individual, ya que quien afirma tener un derecho subjetivo debe fundamentarlo jurídicamente en forma correcta.

Resta ahora precisar los conceptos de derechos fundamentales y de derechos sociales fundamentales, para luego establecer sus relaciones con el concepto de derechos subjetivos.

2. Concepto de derechos fundamentales

Robert Alexy define los derechos fundamentales como derechos tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría simple del Parlamento²³. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia. En consecuencia, el concepto "derechos fundamentales" se compone de (i) los elementos del derecho subjetivo y (ii) del elemento de su fundamentalidad.

(i) Los derechos fundamentales presuponen normas constitucionales, deberes constitucionales y posiciones jurídico-constitucionales. Si aceptamos -con ánimo de simplificación- que las posiciones jurídico-constitucionales implican conceptualmente, por lo menos, una norma y un deber constitucionales que les den sustento, puede afirmarse que los derechos fundamentales son posiciones jurídico-constitucionales, las cuales se fundan en razones válidas y su desconocimiento ocasiona un daño injustificado a un sujeto jurídico.

(ii) El grado de importancia o fundamentalidad -elemento implícito en el concepto de "derechos fundamentales"- presupone un juicio valorativo (plano axiológico), el cual, a su vez, se basa en una proposición normativa (plano deóntico)²⁴. La introducción de juicios valorativos como

21. Sobre el concepto de normas adscriptas de derecho constitucional ver Robert Alexy, *op. cit.*, (nota 4), p. 66.

22. Joel Feinberger, *op. cit.*, (nota 19), p. 58: "A world without claim-rights, no matter how full of benevolence and devotion to duty, would suffer an intransigent moral impoverishment. Persons would no longer

hope for decent treatment from others on the ground of desert or rightful claim (...) The harm to individual self-esteem and character development would be incalculable".

23. Robert Alexy, *op. cit.*, (nota 4), p. 432.

24. Aquí nos separamos de un criterio empírico o literal de fundamentalidad, según el cual los derechos fundamentales serían los consagrados como tales en una Constitución. Aunque convencio-

elemento del concepto de derechos fundamentales abre la puerta a la problemática de la fundamentación de proposiciones normativas. La fundamentación objetiva de juicios de valor o de proposiciones normativas iusfundamentales no es imposible²⁵. En la práctica se lleva a cabo con ayuda de las reglas de la argumentación jurídica²⁶.

Una vez establecido el contenido del concepto de derechos fundamentales, resta referirnos a los desacuerdos doctrinales sobre su alcance. Una parte de la doctrina constitucional restringe el concepto de los derechos fundamentales a los llamados "derechos negativos". Solo los derechos de estatus negativo²⁷ o derechos de libertad –como por ejemplo la libertad de expresión, de pensamiento o de religión–, que imponen un límite al Estado mediante deberes de abstención, tendrían el carácter de derechos fundamentales²⁸. En la actualidad, sin embargo, la mayoría de la doctrina constitucional se separa de esta tesis. La restricción de los derechos fundamentales a los derechos negativos es injustificada. Derechos positivos –derechos prestacionales– también hacen parte de los derechos fundamentales, más aún cuando clásicos derechos de libertad –como por ejemplo el derecho de defensa, el derecho al debido proceso o el derecho de propiedad– también presentan carácter prestacional²⁹.

La respuesta a la pregunta de si los derechos fundamentales abarcan únicamente derechos negativos, o si incluyen también derechos positivos (con la obligación de hacer correlativa), es neutral respecto del contenido del concepto de derechos fundamentales. El alcance de los

nalmente puedan delimitarse ciertos derechos fundamentales, esta delimitación no agota el concepto de su fundamentalidad.

25. Esta opinión no es compartida por el escepticismo ni por el subjetivismo éticos, los cuales niegan la posibilidad de fundamentar juicios de valor, o la posibilidad de hacerlo objetivamente. Ver C.S. Nino, *op. cit.*, (nota 20), capítulo 1.

26. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p. 283 y ss.

27. G. Jellinek, *op. cit.*, (nota 9).

28. Hans Rupp, "Von Wandel der Grundrechte", *AöR* 101, (1976), p. 161 y ss.; E. W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1992, p. 143.

29. Alfonso Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa* 15-16, (1994), pp. 659-660.

derechos fundamentales depende de la interpretación de las proposiciones normativas que consagran derechos fundamentales. Los mejores argumentos hablan en favor de una interpretación extensiva del concepto de derechos subjetivos. Esta interpretación se apoya en una presunción a favor de la libertad –principio *pro libertate*–, la cual rige los ordenamientos jurídicos que han adoptado cartas de derechos.

3. Concepto de derechos sociales fundamentales

Los derechos sociales fundamentales son: (i) derechos fundamentales (género próximo)³⁰; (ii) con carácter positivo general (diferencia específica)³¹.

(i) La adscripción de los derechos sociales fundamentales al género de "derechos fundamentales" presupone que la adscripción de los primeros a la categoría de "derechos subjetivos" sea posible. Esto es precisamente lo que en este artículo se pretende demostrar³².

(ii) Antes de proceder a ello, debemos precisar el elemento que diferencia los derechos sociales fundamentales de los demás derechos fundamentales, a saber, su carácter positivo general.

Algunos autores identifican los derechos sociales fundamentales con derechos a actuaciones fáctico-positivas del Estado (derechos prestacionales en sentido estricto)³³, mientras otros con derechos a bienes materiales (Teilhaberechte)³⁴. Los primeros –derechos prestacionales en sentido estricto– se refieren a los derechos a actuaciones fáctico-positivas (como por ejemplo la intervención policiva

30. Ver *supra*, punto 2. Concepto de derechos fundamentales.

31. El carácter "positivo" se refiere al deber activo (o deber de actuar) correlativo; el carácter "general" al fundamento del derecho social fundamental.

32. Ver *infra*, punto 4. Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos.

33. Robert Alexy, *op. cit.*, (nota 4), p. 482.

34. D. Murswiek, "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte", in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg, 1992, p. 243.

para proteger a alguien de un peligro inminente), en contraposición a los derechos a actuaciones normativo-positivas del Estado (como por ejemplo la expedición de una normatividad específica). Los segundos se refieren al derecho fundamental de cada persona a participar en los beneficios materiales de la vida en comunidad.

Una caracterización más adecuada de los derechos sociales fundamentales resulta, sin embargo, de relacionar los derechos prestacionales con los llamados "derechos especiales"³⁵ y con los "derechos generales"³⁶. Los derechos prestacionales en sentido amplio –derechos a actuaciones normativo-positivas– tienen el carácter de derechos especiales, en la medida que requieren de una actuación normativa del Estado para su realización. En contraste, los derechos prestacionales en sentido estricto –derechos a actuaciones fáctico-positivas o derechos sociales fundamentales– tienen el carácter de derechos generales, ya que no requieren de una actuación ulterior del Estado para su realización.

Los derechos sociales fundamentales son, por lo

35. Por "derechos especiales" se entienden los derechos que surgen mediante un título de adquisición, como un contrato o una ley; cfr. Ernst Tugendhat *op. cit.* (nota 4), p. 338; otros autores (p. ej., Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 p. 499, n. 7) identifican los derechos especiales con los derechos que una teoría política estipula para uno o una parte de los miembros de una comunidad, y los derechos universales con los derechos que estipula para todos los miembros de una comunidad. Esta distinción toma el ámbito de validez de la norma y no su fuente como criterio de distinción.

36. Por "derechos generales" se entienden los derechos cuya fuente no es un título de adquisición, sino que valen categóricamente, vgr. su titular los tiene porque se encuentra en una situación cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño injustificado. Los derechos humanos corresponden a esta última categoría.

“La adscripción de los derechos sociales fundamentales al género de ‘derechos fundamentales’ presupone que la adscripción de los primeros a la categoría de ‘derechos subjetivos’ sea posible”

tanto, de derechos positivo-generales³⁷ con alto grado de importancia. Para su satisfacción no se requiere de una actuación normativa previa por parte del Estado. Un derecho positivo general presupone solamente que su titular se encuentre en una posición jurídica que pueda justificar correctamente, esto es, desde el ordenamiento jurídico en su integridad³⁸.

La pregunta por el concepto de derechos sociales fundamentales no debe confundirse con la pregunta por su contenido material. Qué derechos³⁹ y en qué grado⁴⁰ son derechos sociales fundamentales, o cómo se

determina dicho contenido material⁴¹, son aspectos de un estudio más amplio que exige un análisis individualizado de cada uno de los derechos tradicionalmente denominados “sociales, económicos y culturales”.

37. El concepto de derechos generales no es utilizado aquí como sinónimo de “derechos morales”. Los derechos morales encuentran las razones para su fundamentación en el discurso moral. Los derechos generales son derechos jurídicos, institucionales. Éstos encuentran las razones para su fundamentación en el discurso jurídico, según las reglas constitutivas del mismo (ver J. Feinberg, nota 19). Ordenamientos jurídicos modernos -con Carta de derechos y jurisdicción constitucional- incluyen reglas que presuponen la continuidad entre el discurso jurídico y el discurso moral, particularmente los principios de igualdad fáctica y de coherencia, en los cuales, por lo general, se fundamentan posiciones jurídicas concretas. Los mencionados principios pasan a ocupar el lugar más importante en la interpretación constitucional (Cfr. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988, p. 132 y ss.).

38. La identificación de los derechos sociales fundamentales con los derechos positivos generales hace necesario el desarrollo de temas vinculados como su fundamentación filosófica, la asignación de deberes generales positivos a potenciales obligados (Estado, particulares, o ambos), la vulneración de derechos fundamentales por omisión y la subsidiariedad de los derechos sociales fundamentales. El tratamiento de estos temas excede el propósito del presente escrito.

39. Baste mencionar aquí algunos: el derecho a la comida, al vestido, a la vivienda, a la salud, a la educación, al trabajo y a la seguridad social.

4. Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos

Que los derechos sociales fundamentales quedan cobijados bajo el concepto de "derechos subjetivos" es la tesis que debemos demostrar. Para ello debemos partir de los supuestos ya mencionados:

1. Los derechos sociales fundamentales, por definición (tienen carácter positivo general), no tienen como título de adquisición el texto expreso de la Constitución. En este sentido, tienen como única fuente posible *normas adscriptas de derecho fundamental*, o sea, deben ser fundamentados mediante una argumentación correcta⁴². El que determinados derechos positivos generales estén estatuidos explícitamente en la Constitución como derechos fundamentales (p. ej., derechos fundamentales de los niños -Art. 44 CP- en especial el derecho a recibir atención médica gratuita durante el primer año de vida -Art. 50 CP) no es, entonces, un argumento concluyente para la demostración de la tesis.

2. El que derechos positivos generales sean deducidos de deberes constitucionales implícitos (p. ej., el derecho fundamental a la protección policiva en caso de peligro, deducido del deber del Estado de proteger la vida y la integridad física - Arts. 2 inc. 2 y 11 CP) tampoco es

concluyente para demostrar que los derechos sociales fundamentales se subsumen bajo el concepto de derechos subjetivos, ya que deberes constitucionales son condición necesaria, mas no suficiente para la existencia de un derecho. Bien podría afirmarse que el Estado tiene el deber de ayudar al herido, sin que éste tenga el derecho de exigir al Estado dicha prestación, v.gr., porque otros están prioritariamente obligados (familiares inmediatos) mediante ley.

3. Basta fundamentar correctamente una posición jurídico-constitucional para demostrar la tesis inicial, según la cual, los derechos sociales fundamentales son compatibles con el concepto de derechos subjetivos. Esta fundamentación se ofrece en un caso concreto: se trata del derecho al mínimo vital necesario para una existencia digna, reconocido en múltiples sentencias de la Corte Constitucional colombiana⁴³.

5. Derecho fundamental al mínimo vital

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido tácitamente que los derechos sociales -vgr., los contenidos en el Capítulo 2 del Título II de la Constitución Política- pueden asumir el carácter de derechos fundamentales por conexidad y ejercerse como derechos subjetivos, cuando se satisfacen las condiciones claramente precisadas en sentencia SU-111/97⁴⁴:

40. Es posible plantear diversas teorías sobre el grado en que los mencionados derechos pertenecen a la clase de los derechos sociales fundamentales: a) teoría maximalista: todos los mencionados anteriormente (nota 36) en forma absoluta; b) teoría intermedia: sólo algunos (vgr., el derecho a la educación y a la salud), en forma absoluta; c) teoría minimalista plena: todos los mencionados en el grado mínimo indispensable para una existencia digna; d) teoría minimalista parcial: algunos de los mencionados en un grado mínimo establecido legalmente (vgr., educación básica gratuita, salud en caso de necesidad de atención inmediata).

41. El estudio del método adecuado para determinar el contenido material de los derechos sociales fundamentales hace parte del estudio más amplio sobre su justiciabilidad (constitucional). La tesis de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos constituye la introducción a dicho estudio; éste carecería de objeto si aquellos fueran entendidos como simples metas políticas o como mandatos constitucionales dirigidos al Legislador o a la Administración, como opina E.W. Bockenförde, op. cit., (nota 4), p. 80. Es por esto que el análisis conceptual cobra pleno sentido.

42. Ver *infra*, punto 5 (i).

43. Sentencias ST-426/1992 (fundamento 5), ST-427/1992 (f.12), ST-533/1993 (f. 5) y SU-111/1997 (f.16).

44. Sostiene la Corte en el fundamento número 16: "Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amenaza la puesta en acción de las garantías constitucionales".

1. un atentado grave contra la dignidad humana de una persona.

2. la persona afectada debe pertenecer a un sector vulnerable de la población;

3. el Estado deja de prestar el apoyo material mínimo, pese a poder hacerlo;

4. la omisión estatal injustificada lesiona directamente derechos fundamentales de la persona afectada.

Las condiciones anotadas (supuesto de hecho) describen una posición jurídico-constitucional (consecuencia jurídica). Pese a que ninguna norma constitucional consagra explícitamente el derecho al mínimo vital necesario para una existencia digna, la Corte Constitucional ha deducido esta posición jurídica mediante una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 11, 13 y 86 de la Constitución. Se trata aquí de un verdadero derecho positivo general de rango constitucional –derecho social

45. ST-426/1992. Afirma la Corte: "Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital (...) es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución" (f.5). "El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado" (f. 6).

46. ST-427/1992. Afirma la Corte: "La mayoría de la doctrina iuspublicista ha identificado los derechos económicos, sociales y culturales por su peculiaridad de obligar al Estado a conferir prestaciones en favor de grupos y personas. Esta concepción haría coincidir integralmente estos derechos con los denominados derechos prestacionales. Sin embargo, su fin común de propugnar por la realización del valor de igualdad, no impide distinguir estas dos categorías de derechos. Los primeros

"Los derechos subjetivos de rango constitucional, no se identifican con el texto literal de una norma legal, sino que se ganan en la interpretación. Ello obedece a la naturaleza abierta de las normas constitucionales iusfundamentales (vgr. el derecho a la igualdad)"

fundamental al mínimo vital- en cabeza de los sujetos jurídicos que se encuentren en el supuesto de hecho descrito. Se confirman de esta manera, anteriores sentencias en las cuales reconocen posiciones jurídico-constitucionales (derechos subjetivos) (1) a personas de la tercera edad⁴⁵, (2) a personas discapacitadas⁴⁶, o (3) a personas en situación de indigencia⁴⁷, cuando se encuentran bajo el supuesto de hecho descrito.

Dos aspectos de esta línea jurisprudencial caben destacarse en relación con la tesis aquí defendida. (i) El primero tiene que ver con la validez de las razones y la ilegitimidad del daño que se ocasionaría en caso de su no reconocimiento (argumentación correcta). (ii) El segundo con el carácter interpretativo de los derechos subjetivos.

dependen de las condiciones y disponibilidades materiales del país y normalmente requieren de desarrollo legal para ser exigibles; los segundos, en cambio, buscan garantizar ciertas condiciones mínimas para la población, sin las cuales acabaría siendo desconocido el principio de dignidad humana y solidaridad social, justificándose así su exigibilidad directa frente al Estado, si se verifican las expresas condiciones establecidas en la Constitución. Lo anterior, explica la razón por la cual los derechos económicos, sociales y culturales tienen el carácter de derechos constitucionales prestacionales exclusivamente cuando por las circunstancias concretas pueden ser subsumidos bajo la cláusula abierta del artículo 13 de la Constitución" (f.12).

47. ST-533/1992. Afirma la Corte: "La Constitución consagra diversos mecanismos tendientes a garantizar a las personas en situación de indigencia los servicios públicos básicos de salud (CP art. 49), seguridad social integral (CP arts. 46 y 48) y el subsidio alimentario (CP art. 46). En principio, el legislador es la autoridad pública llamada a determinar la forma y la cobertura de su prestación. En casos excepcionales, no obstante, puede haber lugar a la aplicación inmediata (CP art. 85) de la protección especial a la persona, en particular cuando la marginalidad social y económica la coloca en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)" (f. 1).

(i) Las razones invocadas para proteger a personas en situaciones de extrema necesidad son los mismos principios y deberes consagrados en la Constitución. La ilegitimidad del daño se evidencia si se observa la consecuencia de negar dicha protección: la muerte o la degradación moral del individuo (de la tercera edad, discapacitado o enfermo y pobre). La corrección de la argumentación que da base al reconocimiento del derecho subjetivo no es moral (de acuerdo con una conducta moralmente exigible) sino jurídica. Ella es coherente con el ordenamiento jurídico visto como un todo: la negativa a reconocer un derecho subjetivo en estas circunstancias implicaría una "contradicción performativa".

(ii) Los derechos subjetivos de rango constitucional, como se desprende de los ejemplos presentados, no se identifican con el texto literal de una norma legal, sino que se ganan en la interpretación. Ello obedece a la naturaleza abierta de las normas constitucionales iusfundamentales (vgr. el derecho a la igualdad). La indeterminación de estas normas no significa, sin embargo, la plena libertad para el juez constitucional, y, con ello, la sustitución del Estado democrático de derecho por un Estado judicial⁴⁸. La jurisprudencia constitucional plantea una regla clara (supuesto de hecho) para el reconocimiento de derechos sociales fundamentales (consecuencia jurídica). En el caso concreto dicho reconocimiento depende de la gravedad del atentado contra la dignidad humana, la posibilidad de actuar dentro del marco jurídico para impedir sus consecuencias y la causalidad entre la omisión estatal y la lesión de los derechos fundamentales.

Conclusiones

Los derechos subjetivos pueden definirse como posiciones jurídicas, para las cuales pueden darse razones jurídicas válidas. Los derechos fundamentales pueden definirse como posiciones jurídico-constitucionales con alto grado de fundamentalidad. Los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales con carácter positivo general. Por definición, los derechos sociales fundamentales requieren para su fundamentación de una argumentación jurídica correcta.

Los derechos subjetivos no existen *a priori*, en la Constitución o la ley, sino que se consolidan en la práctica por los medios de la argumentación jurídica. Los derechos positivo-generales no son una excepción a esta regla; ellos asumen el carácter de verdaderos derechos subjetivos cuando se cumplen claras y precisas condiciones señaladas en la doctrina y la jurisprudencia.

El reconocimiento del derecho al mínimo vital muestra que los derechos sociales fundamentales constituyen verdaderos derechos subjetivos. Existen suficientes razones jurídicas válidas para afirmar que su no reconocimiento ocasiona un daño injustificado a su titular. Las condiciones bajo las cuales se concretan derechos subjetivos positivo generales se deducen de una interpretación coherente de los principios y reglas constitucionales.

48. La Corte Constitucional colombiana diferencia estrictamente los conceptos de "derechos sociales, económicos y culturales" y de "derechos sociales fundamentales" (o prestacionales en sentido estricto), y se mantiene coherente con el contenido y el espíritu de la Constitución (C.P. art.1). La importancia de los derechos sociales fundamentales es directamente proporcional al incumplimiento efectivo de los mandatos constitucionales dirigidos al Legislador. Entre más demore en hacer realidad el Estado social, más poder político desplaza a los jueces constitucionales, en detrimento de la democracia. Este es principio de inmutabilidad de los derechos fundamentales.