

FEDERICO DE FAZIO

# TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Prólogo de  
Laura Clérico y Jan Sieckmann

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> .....	11
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	17
<b>SIMBOLOGÍA UTILIZADA</b> .....	19
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	21
1. TEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA .....	21
2. PROBLEMA .....	24
3. ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO .....	26
4. HIPÓTESIS .....	28
5. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN .....	28
<b>PRIMERA PARTE. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL</b> .....	31
<b>CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE NORMA DE DERECHO SO- CIAL</b> .....	33
1. LA CONCEPCIÓN SEMÁNTICA DE LAS NORMAS .....	34
1.1. Formulación normativa y norma .....	34
1.2. Problemas de la concepción semántica de las normas .....	36
1.2.1. Formulaciones normativas explícitas e implícitas .....	36
1.2.2. Formulaciones normativas y enunciados descriptivos...	37
2. NORMAS DE DERECHO SOCIAL COMO NORMAS CON RAN- GO CONSTITUCIONAL .....	38

	<u>Pág.</u>
3. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES .....	41
3.1. El concepto de derecho subjetivo .....	42
3.2. Los derechos sociales como derechos a una acción positiva fáctica .....	44
3.3. La estructura disyuntiva del objeto de los derechos sociales ....	48
4. RECAPITULACIÓN .....	50
<b>CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL .....</b>	<b>53</b>
1. LA DISTINCIÓN FUERTE ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS .....	54
1.1. La teoría de R. Dworkin .....	55
1.1.1. La aplicación a la manera «todo-o-nada» de las reglas	55
1.1.2. Objeciones.....	56
1.1.3. La «dimensión del peso» de los principios .....	57
1.1.4. Objeciones.....	58
2. EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS .....	61
2.1. La teoría de R. Alexy.....	62
2.2. Conflictos entre reglas y colisiones entre principios .....	62
2.2.1. Conflictos entre reglas.....	63
2.2.2. Colisiones entre principios.....	64
2.2.3. La «ley de la colisión» .....	64
2.3. El distinto carácter prima facie de las reglas y los principios ...	66
2.4. Objeciones contra la teoría de Alexy.....	67
2.4.1. La objeción de M. Atienza y J. Ruiz Manero.....	68
2.4.2. La objeción de J. Habermas .....	69
2.4.3. La objeción de A. Aarnio y J. Sieckmann.....	71
3. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL..	72
3.1. Un modelo combinado de reglas y principios de derecho social .....	73
3.2. Objeciones contra el concepto de los principios de derecho social .....	77
3.2.1. La objeción institucional .....	77
3.2.2. La objeción basada en la especial protección de los de- rechos fundamentales .....	82
3.2.3. La objeción basada en el «contenido esencial» de los derechos sociales .....	86

	<u>Pág.</u>
3.2.4. La objeción basada en las «falsas expectativas».....	88
4. RECAPITULACIÓN .....	89
<b>SEGUNDA PARTE. LA VALIDEZ DE REGLAS DE DERECHO SOCIAL .....</b>	<b>91</b>
<b>CAPÍTULO III. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS, SOBRE EL USO DE LOS PRECEDENTES Y DE LAS ANALOGÍAS .....</b>	<b>93</b>
1. LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS .....	95
1.1. El artículo 27 (3) de la Constitución Nacional sudafricana.....	98
1.2. Los artículos 1 (1) y 20 (1) de la Ley Fundamental alemana....	100
2. EL USO DE LOS PRECEDENTES .....	102
2.1. Las sentencias T-271/95 y 518/97 de la Corte colombiana.....	106
3. EL USO DE LAS ANALOGÍAS.....	108
3.1. Las sentencias T-271/95 y 502/95 de la Corte colombiana.....	111
4. RECAPITULACIÓN .....	113
<b>CAPÍTULO IV. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN.....</b>	<b>117</b>
1. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD Y SU FUNDAMENTO.	118
2. LA TESIS DE LA IDENTIDAD ESTRUCTURAL.....	121
3. LA ESTRUCTURA DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN .....	123
3.1. Las precondiciones del examen de proporcionalidad por omisión .....	123
3.2. El subexamen de idoneidad.....	127
3.2.1. La determinación y la legitimidad del fin.....	128
3.2.2. La idoneidad de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas .....	129
3.2.3. Resultados del subexamen de idoneidad.....	131
3.3. El subexamen de necesidad.....	133
3.3.1. La igual idoneidad de las medidas alternativas.....	133
3.3.2. La menor lesividad de las medidas alternativas.....	135
3.3.3. Resultados del subexamen de necesidad.....	136
3.4. El subexamen de proporcionalidad .....	138

	<u>Pág.</u>
3.4.1. La «ley de la ponderación» .....	139
3.4.2. Pesos relativos en abstracto.....	142
3.4.3. Grado de limitación y grado de realización .....	145
3.4.4. Resultados del subexamen de proporcionalidad .....	149
4. OBJECIONES CONTRA LA RACIONALIDAD DE LA PONDE- RACIÓN.....	151
4.1. La objeción basada en la falta de certeza de su resultado .....	151
4.2. La objeción de subjetividad.....	153
4.3. La objeción de incommensurabilidad.....	154
4.4. La objeción particularista .....	155
5. RECAPITULACIÓN .....	156
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>159</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>167</b>

## PRÓLOGO

*¿Por qué emprender la lectura de esta obra? Existen varias razones. He aquí un ramillete que seguramente será complementado por el/la lector/a cuando la recorra y estudie.*

*Este libro contiene varios aciertos. El primer acierto consiste en no escribir desde la excepcionalidad. Existen numerosas investigaciones sobre los derechos sociales. Sin embargo, muchas de ellas han tomado como punto de referencia el caso atípico de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que no reconoce expresamente derechos sociales. Hoy existe un consenso extendido acerca de que esa excepcionalidad es injustificada, ya sea porque tenemos muy buenas razones a favor del reconocimiento de derechos sociales en las constituciones, ya sea porque una muy buena parte de las Constituciones del mundo sí reconocen derechos sociales<sup>1</sup>.*

*El segundo acierto de este libro es presuponer una perspectiva reconstructiva. La Teoría Principialista de los Derechos Sociales considera «la forma en que hablan los juristas [...] del tema» y analiza «los elementos constitutivos de dichos discursos, tanto en la fundamentación teórica como en el ejercicio judicial en la práctica»<sup>2</sup>. De cara a la realidad de esas prácticas se plantea el desafío analítico de determinar el concepto y la estructura de: «i) las normas constitucionales que garantizan derechos sociales; ii) los derechos sociales en sí mismos y iii) los argumentos que permiten justificar normativamente la adjudicación judicial de derechos sociales». Así, lleva adelante una reconstrucción racional de conceptos, entendiendo*

---

<sup>1</sup> JUNG, HIRSCHL y ROSEVEAR, 2015: 1043-1094.

<sup>2</sup> ARANGO, 2005: XXIV.

por esto aquello que ALCHOURRÓN y BULYGIN definen como la «sustitución de nociones vagas o inexactas por otras nociones más rigurosas o exactas que también puedan ser aplicadas en la mayoría de los contextos en que las anteriores son utilizadas»<sup>3</sup>. A su vez, como en la Teoría de los Derechos Fundamentales de ALEXI, este libro asume una teoría estructural de los derechos. Parte del presupuesto de que existen diversas teorías materiales plausibles sobre los derechos sociales. Como advierte ALEXI en relación con los derechos fundamentales en general «sería muy sorprendente que los derechos fundamentales puedan ser remitidos a un único principio, dada la variedad y complejidad de aquellos que regulan y la experiencia de que en preguntas prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí»<sup>4</sup>. En este sentido, una teoría estructural ofrece marcos dentro de los que se puede discutir racionalmente sobre el contenido de los derechos sociales a la luz de las circunstancias particulares del caso en el que se presenta el problema o disputa normativa y, así, es porosa a visibilizar la pluralidad de voces en disputa.

El tercer acierto es plantear la pregunta de investigación con precisión, sin por ello desatenderse de otras discusiones que siguen atravesando el campo de los derechos sociales en su faz de prestación. Para Federico DE FAZIO la pregunta que importa es si «¿existe un procedimiento de argumentación que permita adscribir como significado de las cláusulas constitucionales normas que ordenen derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento?» Su respuesta es positiva y contundente: afirma que este procedimiento existe y que está compuesto por dos grupos de argumentos. Por un lado, aquellos argumentos que exigen de explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios como, por ejemplo, los argumentos interpretativos del texto constitucional, basados en el uso de casos precedentes o análogos. Por el otro, aquellos argumentos que sí requieren explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios y que han sido sistematizados dentro del examen de proporcionalidad por omisión. Esta es la tesis central que atraviesa el libro. Se trata de una tesis clara, innovadora y, a su vez, desafiante.

La justificación de la tesis está estructurada en cuatro pasos que conforman los capítulos del libro. En el capítulo primero propone volver sobre la teoría de las normas que prescriben derechos fundamentales, más precisamente, sobre el concepto de norma de derecho social. Asume la concepción semántica de las normas, ya que es esta «la más compatible con una perspectiva de investigación específicamente jurídica», es decir, la perspectiva

---

<sup>3</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 29.

<sup>4</sup> ALEXI, 2008: 20

*del participante que acepta las reglas de juego del derecho y se pregunta por lo debido, permitido u obligatorio. La concepción semántica de las normas le permite distinguir entre las cláusulas constitucionales y las normas de derecho social. A partir de allí se pregunta cuáles son las normas de derecho social que pueden ser fundamentadas como parte del significado de las cláusulas constitucionales. DE FAZIO se inclina por una concepción amplia. Justifica que no solo es posible adscribir normas de derecho social directamente estatuidas por medio de argumentos literales (algo que ARANGO denomina «concepción discreta de la interpretación constitucional»), sino también indirectamente estatuidas por medio de otros argumentos admisibles en el contexto del discurso jurídico<sup>5</sup>. En este punto debilita a una teoría más restrictiva de los derechos sociales, que sostiene que solo se pueden adscribir normas de derecho social como fruto de la interpretación literal. DE FAZIO objeta, con razón, que esta teoría padece de dos problemas: insuficiencia e incoherencia teórica. Por un lado, «presuponen una idea muy escueta de la argumentación jurídica». Por el otro lado, algunas de esas mismas teorías suponen ideas más complejas de la argumentación jurídica cuando trabajan con derechos en su faz de no intervención, pero no están dispuestas a suponerlas cuando trabajan con derechos en su faz de prestación. Sobre el final del primer capítulo, DE FAZIO aclara que, a los fines de su investigación, hará uso de un «concepto estricto de los derechos sociales» que los entiende como derechos subjetivos a acciones positivas fácticas o prestaciones fácticas. Esta focalización le permite acotar problemas y trabajar sobre las discusiones más relevantes que se han suscitado en relación con los derechos sociales. Luego, afina aún más la mira con admirable precisión para sostener que el objeto de los derechos sociales en su faz de prestación puede exhibir tanto una estructura definida como disyuntiva. La estructura es definida cuando existe solo una única acción positiva fáctica idónea para alcanzar el grado de su cumplimiento debido. Aquí no hay opción. En cambio, exhibe una estructura disyuntiva cuando existen más de una única acción positiva fáctica que resultan alternativas idóneas para alcanzar el grado de su cumplimiento debido. Aquí sí existe un margen de opción: el obligado a cumplir definitivamente con un derecho social cuenta con un ámbito de discrecionalidad para adoptar cualquiera de las prestaciones que resultan idóneas. Sin embargo, aclara que esto no implica de por sí un problema de racionalidad para la toma de decisiones jurídicas.*

*El objeto del segundo capítulo es la distinción estructural de las normas de derecho social entre reglas y principios. El autor no se resigna frente a*

---

<sup>5</sup> Los aportes de este primer capítulo implican nuevos conocimientos sobre el carácter de la norma adscrita aun para aquellos que no estén directamente interesados en el tema de la adjudicación de derechos sociales.



*los cuestionamientos dirigidos contra esta distinción estructural. Los identifica y debilita. Trabaja sobre la base de dos postulados. Por un lado, que los principios exhiben una dimensión del peso que falta en las reglas. Por el otro, que esto es así porque los principios son mandatos de optimización, mientras que las reglas son mandatos de cumplimiento exacto. Ahora bien, ¿por qué aplicar esta distinción entre reglas y principios a las normas de derecho social? Aquí propone una argumentación contra-fáctica signada por el siguiente interrogante: ¿qué sucedería si las normas de derecho social fueran reconstruidas a través de modelos dogmáticos de o bien puras reglas o bien puros principios? Demuestra que ninguno de los dos modelos puros puede reconstruir adecuadamente la práctica jurídica real y, por tanto, propone un modelo combinado. Ello, por un lado, porque las Constituciones pueden establecer determinaciones normativas que permitan adscribir como parte de su significado reglas de derecho social; por el otro lado, porque la práctica es rica en demostrar que los conflictos entre derechos son moneda común y que los derechos sociales no pierden su validez como consecuencia de que resulten desplazados a la luz de las circunstancias del caso. Una vez justificada la plausibilidad de la distinción y derrotadas las objeciones, DE FAZIO define el concepto de las reglas y de los principios de derecho social. Así, las reglas son «normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento». Estas normas son razones dirigidas directamente a la acción y permiten la toma de decisiones jurídicas. Por el contrario, los principios son «normas constitucionales que únicamente ordenan optimizar un derecho social». Se trata de razones de segundo orden que requieren de un juicio de proporcionalidad a los fines de obtener, como su resultado, una regla que resuelva el caso.*

*Justamente, la distinción entre reglas y principios es el puntapié que lo habilita a sostener, desde el punto de vista de la metodología jurídica, que existe un procedimiento de argumentación que permite adscribir racionalmente, como parte del significado de las cláusulas constitucionales, reglas de derecho social, es decir, normas constitucionales que ordenan realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. He aquí el último tramo medular de la obra.*

*Así, el capítulo tercero está destinado a demostrar que, en algunos contextos, es posible fundamentar la validez de reglas de derecho social sin la necesidad de explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios. A tales fines, se reconstruyen las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. Un ejemplo del uso de argumentos interpretativos surge de la decisión Hartz IV sobre mínimo existencial (BVerfG, Tribunal Constitucional Federal Alemán). En Harz IV, el tribunal sostiene que: «El derecho fundamental*

*a un mínimo digno de subsistencia emerge del art. 1.1 en conjunción con el art. 20.1 de la Ley Fundamental. [...] Este derecho fundamental [...] tiene un significado autónomo [...] y [...] básicamente no es disponible». DE FAZIO demuestra, aplicando su teoría, y con esto poniendo de relieve su riqueza, que el tribunal llega a esta conclusión por medio del uso de un argumento sistemático-teleológico, esto es, sin la necesidad de ponderar. Asimismo, se vale de ejemplos provenientes del derecho colombiano para ilustrar cómo es el uso de casos precedentes y análogos. En este punto, DE FAZIO sostiene que los precedentes y las analogías se parecen a los argumentos interpretativos en el sentido de que se basan en decisiones autoritativas previas. Por ello, no los separa como una tercera operación básica del derecho, como sí lo hace ALEXY en su texto *Two or Three?*, quien sostiene que las tres operaciones básicas de la argumentación jurídica se corresponden con la distinción entre reglas, principios y casos.*

*En el capítulo cuarto demuestra y justifica una segunda manera de fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social que sí suponen explicitar una relación de precedencia entre principios. En este sentido, ofrece una reconstrucción «lo más completa y precisa posible acerca de las reglas y formas de argumentación que conforman al examen de proporcionalidad por omisión». Este examen es el que permite determinar cuándo un principio de derecho social ha sido «optimizado» y cuándo «suboptimizado». De acuerdo con DE FAZIO, el examen de proporcionalidad por omisión cuenta con una estructura idéntica respecto del examen de proporcionalidad por exceso, puesto que en ambos casos deben ser aplicados los tres subexámenes una sola vez sobre la medida que fue efectivamente adoptada por el demandado. Admite, sin embargo, la existencia de una diferencia: en el primer caso lo que debe ser examinado es una acción negativa, mientras que en el segundo una acción positiva. Pero sostiene que esto es una cuestión meramente contingente que no permite inferir un procedimiento de argumentación más complejo. Con esta tesis DE FAZIO echa nueva luz y esclarece la discusión sobre la estructura del examen de proporcionalidad cuando se evalúan restricciones a los derechos por omisión. Luego se dedica a los tres subexámenes de proporcionalidad en sentido amplio: el de idoneidad, el de medios alternativos o necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Sostiene a modo de resumen que «es posible justificar que un principio de derecho social se halla suboptimizado cuando: i) existe la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que lo limita y que ii) o bien carece de idoneidad para fomentar a un fin legítimo iii) o bien es innecesaria para promoverlo iv) o bien su adopción es desproporcionada en sentido estricto». La omisión de una o varias acciones positivas fácticas carece de idoneidad cuando su adopción no contribuye en ningún grado ni sentido con el fomento de un fin legítimo. Por su parte, la omisión de*

*una o varias acciones positivas fácticas resulta innecesaria cuando pueden hallarse medidas alternativas a la omisión, esto es, alguna acción positiva fáctica, que permita fomentar al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización, pero que contribuya con una menor limitación del principio de derecho social. Finalmente, la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es desproporcionada en sentido estricto cuando la intensidad de la afectación del principio de derecho social es mayor que la importancia de la satisfacción del fin legítimo<sup>6</sup>. Como resultado del examen de proporcionalidad por omisión es posible justificar una relación de precedencia condicionada a favor de algunos de los principios en colisión. Cuando esta precedencia condicionada se inclina en beneficio de un principio de derecho social, entonces no hay opción; concluye DE FAZIO: «debe aceptarse la validez de una regla de derecho social».*

*En suma, son varios los motivos que aconsejan la lectura de este libro: análisis minucioso, reflexión crítica, claridad y riqueza en la argumentación, relevancia práctica, profundidad teórica y originalidad. Se trata de una obra que no solo resulta de importancia para la academia interesada en la teoría y filosofía del derecho, la dogmática constitucional, de derechos humanos y de derecho comparado, sino también para las y los operadores/as jurídicos que se plantean el desafío cotidiano de contribuir al logro del goce efectivo de los derechos sociales. La apuesta del libro es clara: mejorar la adjudicación en derechos sociales por medio de la mejora del razonamiento jurídico. Se trata de una apuesta necesaria y no menor.*

*Por todo ello celebramos el trabajo realizado por DE FAZIO como así también los dictámenes de los/las evaluadores/as anónimos/las y la decisión de los Directores de la Colección Filosofía y Derecho de apoyar la publicación de esta obra que combina trabajo analítico y desarrollo teórico con relevancia práctica y, sin lugar a dudas, aporta nuevos conocimientos.*

Laura CLÉRICO  
Jan SIECKMANN

---

<sup>6</sup> Por último, en este capítulo identifica las objeciones en contra de la racionalidad de la ponderación en general. Estas son reinterpretadas en relación con la adjudicación en derechos sociales. Estas objeciones son debilitadas en forma contundente hilando con los conocimientos ganados a lo largo de cada uno de los cuatro capítulos que conforman la tesis.

# INTRODUCCIÓN

## 1. TEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Este estudio trata sobre los derechos sociales que se encuentran incorporados al catálogo de derechos fundamentales de las Constituciones. Es mucho lo que se ha investigado sobre este tema durante las últimas tres décadas. Por ello, primeramente, es preciso ofrecer un breve panorama acerca de cuáles son las líneas de investigación que, desde perspectivas y métodos muy diversos, se han dedicado a examinar este mismo objeto de estudio.

Es posible diferenciar tres principales líneas de investigación que han abordado el tema de los derechos sociales: las filosóficas, las históricas y las sociológicas. Cada una de ellas se propone objetivos distintos con respecto al conocimiento de esta clase de derechos subjetivos. Así, las investigaciones filosóficas buscan responder al interrogante referido a si los derechos sociales deben ser considerados derechos humanos y si, por tanto, resulta moralmente obligatorio su reconocimiento institucional dentro del catálogo de derechos fundamentales de una Constitución<sup>1</sup>. Las investigaciones históricas procuran brindar una explicación genética acerca de cuáles fueron las circunstancias sociales y políticas que motivaron su progresivo reconocimiento institucional en el pasado<sup>2</sup>. Por último, las investigaciones sociológicas suelen estar orientadas a constatar o bien el grado de eficacia de las políticas públicas que pretenden asegurar el cumplimiento de los derechos

---

<sup>1</sup> ARANGO, 2005; BILCHITZ, 2007; FABRE, 2000; HABERMAS, 2005; MICHELMAN, 1969; NINO, 1989a; RAWLS, 1991; SHUE, 1980.

<sup>2</sup> BALDASSARRE, 2001; HERRERA, 2002 y 2012.

sociales<sup>3</sup> o bien el impacto material o simbólico que traen consigo las decisiones judiciales concernientes a ellos<sup>4</sup>.

Este trabajo no pretende profundizar ninguna de las líneas de investigación recientemente apuntadas, sino que procura indagar sobre un área del conocimiento mucho menos explorada. En este sentido, su objetivo general es contribuir con el desarrollo de una línea de investigación específicamente jurídica sobre los derechos sociales. Una investigación es específicamente jurídica cuando adopta la perspectiva interna o del participante que acepta una determinada práctica jurídica<sup>5</sup>, es decir, de aquel que se pregunta por aquello que está ordenado, permitido o prohibido dentro de un ordenamiento de derecho positivo<sup>6</sup>. De este modo, se buscará determinar cuáles son los derechos sociales que se encuentran ordenados por parte de las Constituciones y que justifican la toma de decisiones judiciales.

Toda vez que se trata de una investigación que busca resolver problemas jurídicos, su metodología es primordialmente analítica. La tarea principal de la metodología analítica es la reconstrucción racional de conceptos, es decir, la sustitución de nociones vagas o inexactas, pertenecientes al lenguaje habitual de la práctica jurídica, por otras nociones más rigurosas o exactas que también puedan ser aplicadas en la mayoría de los contextos en que las anteriores son utilizadas<sup>7</sup>. Concretamente, se pretenderá establecer definiciones precisas sobre el concepto y la estructura de: i) las normas constitucionales que garantizan derechos sociales; ii) los derechos sociales en sí mismos y iii) los argumentos que permiten justificar normativamente su adjudicación judicial. No obstante, el énfasis puesto en la metodología analítica no implica que se desentiendan por completo algunas cuestiones empíricas y normativas que pueden estar directa o indirectamente relacionadas con el problema de investigación<sup>8</sup>. Así, por un lado, este trabajo también pretende verificar si las definiciones y distinciones formuladas en la fase analítica resultan ajustadas al funcionamiento de las prácticas jurídicas reales. Para lograrlo, es necesaria cierta información fáctica, como la descripción de cuál es el derecho positivo dentro de un determinado sistema jurídico o cuáles son los argumentos que en los hechos

---

<sup>3</sup> PAUTASSI, 2010.

<sup>4</sup> AFONSO DA SILVA, 2011; LANDAU, 2012; RODRÍGUEZ GARAVITO, 2015.

<sup>5</sup> HART, 1963: 128.

<sup>6</sup> ALEXY y DREIER, 1990: 8; ALEXY, 1993: 31. Esta perspectiva coincide, por lo general, con la que asume el juez. ALEXY, 2008: 17.

<sup>7</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 29.

<sup>8</sup> En un sentido similar, ALEXY comenta que la teoría general del derecho y la dogmática jurídica son disciplinas prácticas, puesto que su pregunta central es determinar qué es lo debido. Como tales, deben poder integrar en la mayor medida posible dimensiones analíticas, empíricas y normativas. ALEXY, 2008: 16; ALEXY y DREIER, 1990: 9.

son utilizados por la jurisprudencia y la dogmática a la hora de justificar determinadas decisiones o interpretaciones jurídicas. Por otro lado, el hecho de que estas definiciones resulten ajustadas a las prácticas jurídicas reales no permite inferir nada con respecto a corrección. Por consiguiente, el análisis propuesto debe estar constantemente complementado con evaluaciones normativas que fundamenten tanto su compatibilidad con el derecho positivo como su racionalidad en general.

Asimismo, debe aclararse que, si bien la presente es una investigación jurídica, no por ello pretende desarrollar un trabajo de dogmática<sup>9</sup>, es decir, no tiene la finalidad de reconstruir un conjunto de proposiciones referido a uno o varios derechos sociales reconocidos dentro un determinado sistema jurídico<sup>10</sup>. Más bien, se trata de una investigación que se desarrolla dentro del nivel de la teoría general del derecho. Esto quiere decir que pretende fundamentar conceptos y estructuras lógicas que son comunes a todos los derechos sociales de cualquier ordenamiento de derecho positivo. Precisamente por ello, se trabajará indistintamente con fuentes normativas, jurisprudenciales y dogmáticas que provienen de jurisdicciones significativamente diversas como la alemana, la argentina, la colombiana y la sudafricana.

De esto, a su vez, puede derivarse una última característica que define a esta investigación. Dado que aquí no se pretende realizar un trabajo de dogmática jurídica, no resulta necesario fundamentar ninguna teoría material sobre los derechos sociales. Las teorías materiales son aquellas que aportan argumentos normativos tanto a favor como en contra de la adjudicación de derechos sociales. Ejemplos de teorías materiales a favor de la adjudicación de derechos sociales son aquellas que se apoyan sobre las nociones de necesidad, libertad fáctica o desarrollo personal de los individuos<sup>11</sup>. Ejemplos de teorías materiales en contra de la adjudicación de derechos sociales son aquellas que se apoyan sobre las nociones de igualdad formal ante la ley, escasez de recursos económicos o potestad decisoria del poder legislativo<sup>12</sup>. Tomadas en sí mismas, todas estas teorías tienen algo de insuficiente. Al tratarse de concepciones que remiten a una «única referencia

---

<sup>9</sup> Aquí se entiende por dogmática jurídica a la ciencia del derecho tal como es desarrollada por los juristas. Como se advirtió en la anterior nota al pie, se trata de una disciplina práctica que conjuga aspectos analíticos, empíricos y normativos. Así, las tres actividades principales que la componen son: i) la descripción del derecho vigente; ii) su análisis sistemático y conceptual y iii) la elaboración de propuestas para la solución de casos problemáticos. ALEXY, 2010a: 345 y ss.

<sup>10</sup> Existen muchas investigaciones dogmáticas sobre los derechos sociales, la mayoría de las cuales provienen del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional. Véase ABRA-MOVICH Y COURTIS, 2002; EIDE, KRAUSE Y ROSAS, 1995; ETCHICHURY, 2013; LANGFORD, 2008; LIEBEMBERG, 2010; SEPÚLVEDA, 2003.

<sup>11</sup> ARANGO, 2005; BILCHITZ, 2007; FABRE, 2000; NINO, 1989a.

<sup>12</sup> BÖCKENFÖRDE, 1994; FORSTHOFF, 2014; INSENSEE, 1980; ROSENKRANTZ, 2002.

normativa»<sup>13</sup> no permiten saturar todo el abanico de argumentos posibles. Es por ello que aquí se persigue el propósito de reconstruir una teoría «formal» o «estructural»<sup>14</sup> de los derechos sociales, dentro de la cual pueden caber todas las teorías materiales lógicamente imaginables. Su propósito no es fundamentar un criterio normativo último y abstracto que pueda ser proyectado sobre cualquier interpretación o decisión jurídica, sino más bien explicitar algunos criterios conceptuales y lógicos que permiten evaluar la racionalidad de esas interpretaciones o decisiones, con independencia de cuál sea su contenido material.

## 2. PROBLEMA

La incorporación de derechos sociales al catálogo de derecho fundamentales de una Constitución trae aparejada dos problemas principales desde el punto de vista de la teoría jurídica<sup>15</sup>.

Un primer problema es de índole institucional y está relacionado con la tensión que existe entre los derechos constitucionales y las instituciones democrático-representativas. Este plantea el interrogante acerca de cuáles son los criterios que permiten definir límites claros entre la protección judicial de los derechos sociales y la potestad del poder legislativo para limitarlos y/o configurarlos. Sobre este asunto se han desarrollado numerosas investigaciones durante las últimas dos décadas<sup>16</sup>. Es por ello que aquí no se agregará nada que no haya sido dicho con anterioridad.

Por el contrario, este estudio se concentrará sobre un segundo problema de índole metodológica que se vincula con la racionalidad de las decisiones jurídicas que adjudican a los derechos sociales. Este plantea el interrogante

---

<sup>13</sup> ALEXY denomina a las teorías de los derechos fundamentales que remiten a una única referencia normativa como «teorías de un solo punto». De acuerdo con él, «sería muy sorprendente que justamente los derechos fundamentales puedan ser remitidos a un único principio, dada la variedad y complejidad de aquellos que regulan y la experiencia de que en preguntas prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí». ALEXY, 2008: 20.

<sup>14</sup> ALEXY, 2008: 22 y ss.

<sup>15</sup> Un reciente trabajo empírico revela que los derechos sociales han obtenido reconocimiento en 195 Constituciones del mundo. Véase JUNG, HIRSCHL Y ROSEVEAR, 2015. Además, para aquellas teorías que fundamentan a los derechos sociales como una especie de los derechos humanos, estos problemas son necesarios con independencia de su incorporación positiva en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución. Al respecto puede verse: ALEXY, 1996; NINO, 1989a. Por tanto, todo lo que aquí sea dicho también resulta aplicable para estas teorías. Ello es así porque de la validez moral de los derechos sociales, no puede derivarse nada con respecto a quién y cómo deben ser adjudicados. DE FAZIO Y ALDAO, 2015.

<sup>16</sup> En este sentido, puede consultarse: ETCHICHURY, 2011 y 2013; FABRE, 2000; GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX, 2006; GROSMAN, 2009; KLATT, 2015; NINO, 1989a; ROSENKRANTZ, 2002; TUSHNET, 2008; YOUNG, 2012.



referido a cuál es el procedimiento de argumentación que permite justificar la premisa normativa mayor de esta clase de decisiones<sup>17</sup>, es decir, aquella proposición que describe la validez de una norma constitucional que ordena otorgar un derecho social y bajo la cual debe ser subsumido el caso individual.

El origen de este segundo problema proviene de un hecho bien conocido: la mayoría de las cláusulas constitucionales que pretenden garantizar derechos sociales están redactadas a través de formulaciones sucintas<sup>18</sup> y con términos ambiguos o excesivamente vagos<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual goza de rango constitucional dentro del sistema jurídico argentino, reza:

(F1) «Los Estados-parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de [...] vivienda adecuado [...]».

No puede dudarse de que, como significado de la citada cláusula, puede ser fundamentada la validez de una norma constitucional que ordena realizar el derecho a la vivienda. Sin embargo, el inconveniente radica en que dicho texto no explicita cuál es el grado exacto en que debe ser cumplido. De esta manera, las interpretaciones que de él se hagan pueden ir desde la exigencia de un grado de cumplimiento máximo, que implique la entrega de una propiedad inmueble con todas las comodidades imaginables, hasta la exigencia de un grado de cumplimiento mínimo, que solamente obligue a reservar una cama en un albergue público. Esta misma dificultad puede ser trasladada al resto de los derechos sociales. Por tanto, la pregunta específica que esta investigación pretende resolver es la siguiente: ¿existe algún procedimiento de argumentación que permita fundamentar racionalmente, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenan realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento?<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Una decisión jurídica cualquiera puede considerarse racionalmente justificada cuando su fallo o resolución se deriva deductivamente a partir de premisas normativas y empíricas previamente fundadas. WRÓBLEWSKI, 1979: 63; ALEXY, 2010a: 306; MACCORMACK, 2007.

<sup>18</sup> Esto es tomado de KRIELE, quien identifica a las formulaciones constitucionales como «cláusulas generales lapidarias». KRIELE, 1976: 197.

<sup>19</sup> Un análisis detallado acerca de los problemas de interpretación del lenguaje jurídico, puede hallarse en: CARRIÓ, 1990 y 2008; NINO, 1973.

<sup>20</sup> Por supuesto, este no es el único interrogante metodológico que puede elevarse en contra de la racionalidad de las decisiones jurídicas concernientes a derechos sociales. Existen otras preguntas como, por ejemplo, aquellas referidas a la indeterminación semántica de algunos términos o a la indefinición estructural del objeto de estos derechos, es decir, respecto de cuál es la acción positiva que efectivamente debe ser ejecutada para cumplir con lo que el derecho exige. Sin embargo, el recorte propuesto se justifica en razón de que estas últimas dos preguntas solo pueden elevarse una vez que existe una respuesta afirmativa respecto de aquella que resulta central en este trabajo. Como se verá en detalle más adelante, la única manera de justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales es a través de la fundamentación de la validez de una norma constitucional que ordene realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. De lo contrario, la decisión carecerá necesariamente de respaldo. No obstante, esto no significa que una norma semejante no pueda padecer de



El desarrollo de un estudio concreto orientado a dilucidar esta pregunta de investigación se justifica sobre la base de tres razones centrales. La primera razón se apoya sobre el hecho de que se trata de un problema de investigación escasamente tratado por parte de la literatura especializada. En efecto, la mayoría de los análisis jurídicos dedicados al tema de los derechos sociales han preferido resolver, casi con exclusividad, el problema institucional relacionado con la tensión existente entre la protección judicial de los derechos sociales y la competencia del legislador para restringirlos y/o configurarlos. La segunda razón indica que, incluso, estas últimas investigaciones suelen presuponer alguna respuesta concreta en relación con el interrogante que aquí se plantea. Por lo tanto, los resultados que se obtengan pueden proveerles de información sumamente relevante. La tercera razón señala que se trata de una pregunta de investigación que cuenta con un notable significado práctico; pues, su esclarecimiento representa un presupuesto necesario para cualquier investigación dogmática sobre la temática o cualquier decisión jurídica que ordene otorgar un derecho social en un caso dado.

### 3. ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO

Dentro del estado del arte que se ha referido directa o indirectamente al interrogante de investigación presentado es posible distinguir entre tres posiciones básicas que pueden ser denominadas, respectivamente: «teoría escéptica», «teoría del contenido esencial» y «teoría de los principios».

La teoría escéptica rechaza terminantemente que, a partir de cláusulas constitucionales tan indeterminadas, puedan fundamentarse racionalmente normas que ordenan derechos sociales en una medida exacta de cumplimiento<sup>21</sup>. Sin embargo, esta primera teoría padece el déficit de presuponer una concepción demasiado acotada de la argumentación jurídica, conforme la cual solamente son admisibles aquellas proposiciones cuyo respaldo proviene de argumentos basados en la literalidad del texto constitucional<sup>22</sup>. En este sentido, basta con analizar los actuales desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica<sup>23</sup> como así también algunos casos jurisprudenciales para advertir que una teoría semejante es, cuanto menos, exagerada. No existen razones lógicas ni pragmáticas que impidan, en determinados

---

otras clases de indeterminaciones. Solamente quiere decir que las soluciones que se den a cada una de estas indeterminaciones deben ser representadas proposicionalmente como instancias de premisas normativas menores que concretizan aquella premisa normativa mayor previamente justificada.

<sup>21</sup> BÖCKENFÖRDE, 1994: 79; FERRAZ, 2008: 586; TUSHNET, 2008: 228.

<sup>22</sup> En este sentido, ARANGO califica a esta posición como una concepción «discreta» de la interpretación constitucional. ARANGO, 2005: 122.

<sup>23</sup> ALEXY, 2010a; ATIENZA, 2005 y 2013; MACCORMICK, 1978 y 2005; PECZENIK, 1983 y 1989.

contextos, ofrecer con éxito otros argumentos (más allá de los literales) a favor de determinadas proposiciones jurídicas como, por ejemplo, argumentos basados en otros cánones de la interpretación, precedentes judiciales, casos análogos o juicios de proporcionalidad. Es precisamente en virtud de este déficit que en los últimos años han surgido dos nuevas teorías que pretenden brindar una comprensión más adecuada sobre el asunto.

Una primera variante en este sentido es la teoría del contenido esencial. Esta teoría afirma que, como significado de las cláusulas constitucionales, pueden adscribirse racionalmente normas que ordenan cumplir con los derechos sociales solamente en su grado más básico o esencial de realización<sup>24</sup>. Sin embargo, y como se verá en detalle más adelante, esta teoría aún no ha podido explicitar ningún criterio normativo último o procedimiento de argumentación que resulte convincente para determinar en abstracto cuál es el contenido esencial que se corresponde con cada uno de los derechos sociales<sup>25</sup>.

Una segunda variante es la teoría de los principios. Según esta teoría, como significado de las cláusulas constitucionales pueden adscribirse racionalmente principios que ordenan optimizar derechos sociales, es decir, realizarlos en el mayor grado posible tanto desde el punto de vista fáctico como normativo<sup>26</sup>. Esta teoría sí ha representado un avance en la producción de conocimiento relacionado con el interrogante de investigación que aquí interesa; principalmente, porque ha dado cuenta de un argumento frecuentemente utilizado por la práctica forense y que es conocido bajo el nombre de «examen de proporcionalidad». Con todo, es aún mucho lo que esta teoría puede ser profundizada. En primer lugar, porque todavía no existe acuerdo entre sus propios precursores con respecto a cómo debe ser representado estructuralmente el mentado examen de proporcionalidad<sup>27</sup>. En segundo lugar, porque el análisis jurisprudencial también permite detectar la presencia de otras clases de argumentos distintos del examen de proporcionalidad, los cuales no solo deben ser explicados, sino además complementados sistemáticamente con este. En razón de todo ello, este estudio tomará como punto de partida los avances proporcionados por esta última teoría y buscará expandirlos y profundizarlos.

---

<sup>24</sup> PARRA VERA, 2006: 53-78; LIEBEMBERG, 2010: 165 y ss.

<sup>25</sup> A este respecto debe consultarse: LEHMANN, 2008: 185; MORALES, 2018: 258 y ss.; YOUNG, 2008: 113-175.

<sup>26</sup> Representantes de esta teoría son: ALEXY, 2008: 454; ARANGO, 2005: 199 y ss.; BERNAL PULIDO, 2003: 800 y ss.; BOROWSKI, 2007: 191 y ss.; CLÉRICO, 2009: 319 y ss.; YOUNG, 2012: 120.

<sup>27</sup> Existe una discusión relevante con respecto a si el examen de proporcionalidad aplicado a derechos positivos o de prestación exhibe una estructura idéntica o diferente con respecto al más conocido examen de proporcionalidad aplicado a derechos negativos o de defensa. ALEXY, 2011: 369; BARAK, 2012: 429; BERNAL PULIDO, 2003: 800; BOROWSKI, 2007: 104; CLÉRICO, 2009: 323. Esto será tratado con detalle más adelante. Véase cap. IV.

#### 4. HIPÓTESIS

En este trabajo se sostendrán dos hipótesis: una primaria y otra secundaria. La hipótesis primaria afirma que, en efecto, existe un procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenan realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. La hipótesis secundaria indica que este procedimiento está compuesto por dos grupos de argumentos. El primer grupo se corresponde con aquellos argumentos que exigen de explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios como, por ejemplo, los argumentos basados en la interpretación del texto constitucional, en el uso de casos precedentes o análogos. El segundo grupo se corresponde con aquellos argumentos que sí requieren explicitar una relación de precedencia condicionada entre principios y pueden ser sistematizados dentro del examen de proporcionalidad por omisión.

#### 5. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

La fundamentación tendiente a corroborar las hipótesis propuestas estará dividida en dos partes. La primera parte pertenece al ámbito de la teoría de las normas y tiene el objetivo de precisar qué es aquello que, según la hipótesis primaria, puede ser fundamentado por medio de un procedimiento de argumentación racional. A tales efectos, se explicitarán tanto el concepto como la estructura de las normas que ordenan realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento.

De este modo, el capítulo primero estará dedicado a fundamentar el concepto de las normas de derecho social en general. Allí se partirá de la siguiente definición: una norma de derecho social es toda aquella norma constitucional que ordena realizar un derecho social. Pero, para que esta definición resulte inteligible será necesario dilucidar tres interrogantes concretos. El primer interrogante refiere a cuál es el concepto genérico de las normas presupuesto. A tal efecto, se expondrá la concepción «semántica» de las normas. El segundo interrogante está relacionado con el problema relativo a cuándo puede considerarse que una norma goza de rango constitucional. En este sentido, se demostrará que pueden ser normas constitucionales válidas no solamente aquellas que están directamente estatuidas por el texto de las cláusulas constitucionales, sino también aquellas que están indirectamente estatuidas y que pueden ser fundamentadas en virtud de otros argumentos jurídicos que no son estrictamente literales. El tercer interrogante remite a cuál es el concepto de los derechos sociales. En este

punto, se explicitará un concepto estricto de los derechos sociales, que los circunscribe estructuralmente dentro del ámbito de los derechos subjetivos a una acción positiva fáctica.

El capítulo segundo estará dedicado a analizar las propiedades estructurales de las normas de derecho social. Allí se defenderá la tesis de que las normas de derecho social deben ser distinguidas estructuralmente entre reglas y principios. Así, las reglas de derecho social son normas constitucionales que ordenan realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, mientras que los principios de derecho social son normas que ordenan realizar un derecho social en el mayor grado posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Esto último significa que los principios ordenan optimizar a un determinado derecho social. Con todo, esta distinción solamente puede ser aceptada si se fundamentan tres presupuestos. El primer presupuesto refiere a si resulta posible hallar algún criterio de demarcación que permita justificar la existencia de una distinción fuerte, y no meramente de grado, entre las reglas y los principios en general. Se demostrará que un criterio pertinente es aquel que indica que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la «dimensión del peso». El segundo presupuesto indica que el punto decisivo para explicar conceptualmente esa distinción fuerte entre reglas y principios puede apoyarse en la idea de los «mandatos de optimización». Pero esto requerirá no solo fundamentar por qué se elige este concepto, sino también ofrecer respuestas a las objeciones más importantes que se le han dirigido. El tercer y último presupuesto asume que la distinción estructural entre las reglas y los principios en general resulta aplicable al caso de las normas de derecho social en particular. Para justificar esto deberá desplegarse una argumentación dogmático-interpretativa que demuestre que la distinción entre reglas y principios de derecho social no solo es ajustada a como funcionan las prácticas jurídicas reales, sino también compatible con una adecuada teoría de la Constitución. Si todo lo anterior es alcanzado, entonces se habrá dado un avance decisivo en vías de precisar el problema de investigación planteado; pues, dejaría establecido que la justificación de la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales depende de que pueda ser racionalmente adscrita, como parte del significado de (al menos) una cláusula constitucional, una regla de derecho social.

La segunda parte abandonará el ámbito de la teoría de las normas para pasar al ámbito de la metodología jurídica. En este punto, la finalidad consistirá en precisar cuál es el procedimiento de argumentación que permite fundamentar racionalmente que una determinada regla de derecho social forma parte del significado de (al menos) una cláusula constitucional.