

TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Federico L. De Fazio

Director de Tesis: Jan-R. Sieckmann

Co-directora de Tesis: Laura Clérico



Universidad de Buenos Aires

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho

Septiembre del 2017

ÍNDICE

SIMBOLOGÍA UTILIZADA	1
AGRADECIMIENTOS	2
INTRODUCCIÓN	3
I. TEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	3
II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
III. ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO	12
IV. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	16
V. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	17
SECCIÓN I: EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL	21
CAPÍTULO 1: EL CONCEPTO DE NORMA DE DERECHO SOCIAL	22
I. LA CONCEPCIÓN SEMÁNTICA DE LAS NORMAS.....	23
<i>I.1. Enunciado normativo y norma.....</i>	<i>24</i>
<i>I.2. Problemas de la concepción semántica de las normas</i>	<i>26</i>
<i>I.2.1. Enunciados normativos explícitos e implícitos</i>	<i>27</i>
<i>I.2.2. Enunciados normativos y enunciados proposicionales.....</i>	<i>28</i>
II. NORMAS DE DERECHO SOCIAL COMO NORMAS CON RANGO CONSTITUCIONAL.....	30
III. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	35
<i>III.1. El concepto de derecho subjetivo.....</i>	<i>36</i>
<i>III.2. Los derechos sociales como derechos a una acción positiva fáctica.....</i>	<i>39</i>
<i>III.3. La estructura alternativa del objeto de los derechos sociales.....</i>	<i>46</i>
IV. RECAPITULACIÓN.....	49
CAPÍTULO 2: LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL.....	52
I. LA DISTINCIÓN ESTRICTA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.....	53
<i>I.1. La teoría de R. Dworkin.....</i>	<i>54</i>
<i>I.1.1. La aplicación a la manera “todo-o-nada” de las reglas</i>	<i>55</i>
<i>I.1.2. La “dimensión del peso” de los principios</i>	<i>57</i>

II. EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS.....	61
<i>II.1. La teoría de R. Alexy</i>	61
<i>II.2. Conflictos entre reglas y colisiones entre principios</i>	62
II.2.1. El conflicto entre reglas.....	63
II.2.2. La colisión entre principios.....	64
II.2.3. La ley de la colisión.....	65
<i>II.3. El distinto carácter prima facie de las reglas y los principios</i>	68
<i>II.4. Objeciones a la teoría de Alexy</i>	70
II.4.1. La objeción de M. Atienza y J. Ruiz Manero.....	71
II.4.2. La objeción de J. Habermas.....	73
II.4.3. La objeción de A. Aarnio y J. Sieckmann.....	75
III. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL.....	78
<i>III.1. Un “modelo combinado” de reglas y principios de derecho social</i>	78
<i>III.2. Objeciones en contra del concepto de los principios de derecho social</i>	85
III.2.1. La objeción institucional.....	85
III.2.2. La objeción basada en la especial protección de los derechos fundamentales.....	93
III.2.3. La objeción basada en el “contenido esencial” de los derechos sociales.....	98
III.2.4. La objeción basada en las “falsas expectativas”.....	103
IV. RECAPITULACIÓN.....	104
SECCIÓN II: LA VALIDEZ DE REGLAS DE DERECHO SOCIAL.....	107
CAPÍTULO 3: ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS, SOBRE EL USO DE LOS PRECEDENTES Y DE LAS ANALOGÍAS.....	108
I. LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS.....	110
II. EL USO DE LOS PRECEDENTES.....	122
III. EL USO DE LAS ANALOGÍAS.....	131
IV. RECAPITULACIÓN.....	138
CAPÍTULO 4: EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	141
I. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN Y SU FUNDAMENTO.....	142
II. LA TESIS DE LA IDENTIDAD ESTRUCTURAL ENTRE EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN Y POR EXCESO.....	146
III. LA ESTRUCTURA DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	149
III.1. Los presupuestos del examen de proporcionalidad por omisión.....	150
<i>III.1.1. La omisión de una o varias acciones positivas fácticas</i>	150
<i>III.1.2. La limitación de un principio de derecho social</i>	156

III.2. El sub-examen de idoneidad	158
<i>III.2.1. La determinación y la legitimidad del fin</i>	159
<i>III.2.2. La idoneidad de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas</i>	161
<i>III.2.3. Resultados del sub-examen de idoneidad</i>	164
III.3. El sub-examen de necesidad	166
<i>III.3.1. La igual idoneidad de las medidas alternativas</i>	167
<i>III.3.2. La menor lesividad de las medidas alternativas</i>	170
<i>III.3.3. Resultados del sub-examen de necesidad</i>	172
III.4. El sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto.....	174
<i>III.4.1. La ley de la ponderación</i>	175
<i>III.4.2. Pesos relativos abstractos</i>	180
<i>III.4.3. Grado de limitación y grado de realización</i>	185
<i>III.4.4. Resultados del sub-examen de proporcionalidad</i>	191
IV. OBJECIONES EN CONTRA DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN	194
<i>IV.1. La objeción basada en la falta de certeza de su resultado</i>	195
<i>IV.2. La objeción de subjetividad</i>	197
<i>IV.3. La objeción de inconmensurabilidad</i>	199
<i>IV.4. La objeción particularista</i>	201
V. RECAPITULACIÓN.....	203
CONCLUSIONES	207
ANEXO: TABLA DE REGLAS Y FORMAS DE ARGUMENTACIÓN	218
BIBLIOGRAFÍA	223

SIMBOLOGÍA UTILIZADA

\neg ...: Negación

O ...: Operador de la Obligación

P ...: Operador del Permiso

Ph ...: Operador de la Prohibición

...: Conjunción

... v ...: Disyunción

... \rightarrow ...: Condicional

... > ...: Realiza en mayor medida

... < ...: Realiza en menor medida

... \geq ...: Realiza en igual o mayor medida

(x) ...: Cuantificador universal

... A_{pf} : Acción positiva fáctica

... M_{alt} : Medida Alternativa

... *opt*: Realizar en un grado de cumplimiento óptimo (optimizar)

... *exa*: Realizar en un grado de cumplimiento exacto

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación doctoral fue realizada gracias al apoyo financiero brindado, en un primer momento, por una beca de estancia de investigación otorgada por el servicio alemán de intercambio académico (DAAD), cuyo lugar de trabajo fue el *Institut für Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre* de la Universidad de Erlangen-Nürnberg y, en un segundo momento, por una beca de culminación de doctorado otorgada por el CONICET, que tuvo por lugar de trabajo el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Quiero expresar mi profunda gratitud a mis co-directores de tesis, Jan-R. Sieckmann y Laura Clérico, y a mi directora de beca en el CONICET, Nancy Cardinaux. Sin sus orientaciones el desarrollo de este trabajo hubiera sido francamente imposible. Hago extensivo mi agradecimiento, por el apoyo institucional, a la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

I. Tema, objetivos y metodología de la investigación

Esta tesis trata sobre los derechos sociales que se encuentran incorporados en las Constituciones y que forman parte del catálogo de derechos fundamentales. 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 estudiar este mismo objeto de estudio.

Es posible diferenciar tres líneas de investigación que han abordado la cuestión 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. Las investigaciones filosóficas, en general, buscan fundamentar por qué los derechos sociales deben ser considerados derechos humanos universalmente válidos, que exigen un reconocimiento necesario dentro del catálogo de derechos fundamentales de una Constitución.¹ Las investigaciones históricas se proponen reconstruir

¹ Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, cap. IV; Bilchitz, D., *Poverty and Human Rights: The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford, OUP, 2007; Etchichury, H., *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013; Fabre, C., *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, OUP, 2000; Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005, cap. III; Michelman, F., "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, N° 83, 1969, pp. 7-59; Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, cap. VIII; Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Barcelona, Trotta, 2008; Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1991; Shue, H., *Basic Rights*, New Jersey, Princeton, 1980.

cuáles fueron las causas sociales y políticas que motivaron su progresivo reconocimiento institucional en el pasado.² Por último, las investigaciones sociológicas suelen estar orientadas a constatar o bien el grado de eficacia de las políticas públicas que tienden a asegurar el cumplimiento de los derechos sociales³ o bien el grado de impacto material o simbólico que traen consigo las decisiones jurisdiccionales concernientes a ellos.⁴

Este trabajo no pretende profundizar ninguna de estas líneas de investigación, sino que su *objetivo general* es contribuir con el desarrollo de una línea de investigación específicamente jurídica sobre los derechos sociales. Una línea de investigación es jurídica cuando adopta la perspectiva del participante de una práctica legal,⁵ es decir, de aquel que se pregunta por aquello que está ordenado, permitido o prohibido dentro de un sistema jurídico.⁶ En este sentido, el *objetivo específico* que esta investigación persigue es fundamentar definiciones precisas en relación con el concepto y la estructura de: (i) las normas constitucionales que garantizan derechos sociales; (ii) los derechos sociales en sí mismos y (iii) los

² Baldassarre, A., *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Herrera, C., *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012; Herrera, C., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

³ Cf. Pautassi, L. (coord.), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social: debates actuales en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2010.

⁴ Cf. Afonso da Silva, V., "Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetividad y justiciabilidad: un análisis empírico", en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011c; Landau, D., "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2012; Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

⁵ Cf. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1993, pp. 31 y ss.; Hart, H., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, p. 128.

⁶ Alexy, R., y Dreier, R., "The Concept of Jurisprudence", *Ratio Juris*, Vol. 3, N° 1, 1990, p. 8. Esta perspectiva coincide, por lo general, con la que asume el juez. Cf. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2008, p. 17.

argumentos que permiten justificar normativamente la toma de decisiones jurídicas en la materia.

Toda vez que se trata de una investigación jurídica, su adecuado desarrollo requiere del diseño de una *metodología cualitativa o no cuantificable*, consistente en el análisis de fuentes documentales primarias y secundarias. Las fuentes documentales primarias a ser examinadas estarán circunscriptas a textos constitucionales y a determinadas líneas jurisprudenciales correspondientes a las jurisdicciones de Alemania, Argentina, Colombia y Sudáfrica. Éstas últimas serán seleccionados a modo de casos testigos. Las fuentes documentales secundarias refieren a aquellas investigaciones previamente realizadas por la dogmática jurídica, la teoría constitucional y la teoría general del derecho que permiten complementar el análisis de los textos constitucionales y de las líneas jurisprudenciales a ser abordados.

La *técnica metodológica* a implementar para el análisis de las fuentes primarias y secundarias es primordialmente analítica y consiste en un trabajo de reconstrucción racional de conceptos, es decir, en 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.⁷ La importancia de efectuar una reconstrucción racional de esta clase de conceptos es doble. En primer lugar, porque permite dotar de mayor precisión a nociones que son recurrentemente utilizadas dentro del ámbito de la filosofía del derecho, la teoría de la justicia, de los derechos humanos, de la constitución y la dogmática jurídica. En segundo lugar, porque también permite presentar en un lenguaje claro una teoría

⁷ Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 29. En el mismo sentido, véase: Nino, C., op. cit., 1989, p. 12.

sistemática que puede resultar de utilidad para el trabajo de los operadores jurídicos.

Con todo, si bien se pondrá el énfasis en los aspectos analíticos o conceptuales, esto no implica desatender completamente algunas cuestiones empíricas y normativas que pueden estar directamente relacionadas con el problema de investigación.⁸ Así, por un lado, esta tesis también pretende corroborar si los conceptos y estructuras reconstruidas en la fase analítica resultan ajustados a las prácticas jurídicas reales. Para ello se precisa de cierta información fáctica, como la descripción de cuál es el derecho vigente en un determinado sistema jurídico o cuáles son los argumentos que de hecho son utilizados por la jurisprudencia y la dogmática para justificar determinadas decisiones o interpretaciones jurídicas. Por el otro lado, el hecho de que los conceptos y estructuras de análisis resulten ajustados a las prácticas jurídicas reales, no permite derivar nada con respecto a su corrección jurídica. Por ello, la reconstrucción propuesta debe estar constantemente complementada con evaluaciones normativas que fundamenten tanto su compatibilidad con la normativa vigente como su racionalidad en general.

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, debe aclararse que, si bien la presente es una investigación jurídica, no por ello pretende desarrollar un trabajo de dogmática,⁹ es decir, no tiene la finalidad de reconstruir un sistema de conceptos referido a uno o varios derechos sociales reconocidos

⁸ 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, R. y Dreier, R., op. cit., p. 9; Alexy, R., 2008, p. 16.

⁹ 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: (1) la descripción del derecho vigente; (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos problemáticos. Cf. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010a, p. 345 y ss.

por un determinado sistema jurídico.¹⁰ 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 de análisis que son comunes a todos derechos sociales de cualquier ordenamiento normativo. Es precisamente por ello que 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 último se deriva otra característica que define a esta tesis. Toda vez 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 teorías que aportan argumentos normativos tanto a favor como en contra del otorgamiento de derechos sociales. Ejemplos de teorías materiales en favor del otorgamiento de derechos sociales son aquellas que se apoyan sobre las nociones de necesidad, libertad fáctica o desarrollo personal de los individuos.¹¹ Ejemplos de teorías materiales en contra del otorgamiento 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.¹² Tomadas en sí mismas, todas estas teorías

¹⁰ 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: Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1995; Langford, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Liebenberg, S., *Socio-economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta & Co Ltd, 2010; Sepúlveda, M., *The Nature of the Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003

¹¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 447; Arango, R., op. cit., 2005; Bilchitz, D., op. cit., 2007; Fabre, C., op. cit., 2000; Nino, C., op. cit., 1989; Shue, H., op. cit., 1980.

¹² Böckenförde, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1994; Forsthoft, E., "Concepto y esencia del estado social de derecho", en: Abendroth, W.; Forsthoft, E. y Doehring, K. (eds.), *El estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y

tienen algo de insuficiente. Pues, al ser teorías que remiten a una “única referencia normativa”¹³ no permiten saturar todo el abanico de argumentos posibles. Es por ello que aquí se persigue el propósito de reconstruir una teoría “estructural”¹⁴ 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, fundamentar algunos criterios conceptuales y lógicos que permiten evaluar la racionalidad de esas interpretaciones o decisiones, con independencia de cuál sea su contenido material.

II. Problema de investigación

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.¹⁵

Constitucionales, 2014, pp. 71-106; Grosman, L., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la constitución*, Buenos Aires, Librería, 2009; Isensee, J., „Verfassung ohne soziale Grundrechte“, *Der Staat*, N° 3, 1980, pp. 367-384; Nozick, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994; Rosenkrantz, C., “La pobreza, la ley y la constitución”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, N° 15, 2002 (http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/15); Schmitt, C., *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de derecho privado, 1934.

¹³ 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, R., op. cit., 2008, p. 20.

¹⁴ Alexy, R., op. cit., 2008, pp. 22 y ss.

¹⁵ Un reciente trabajo empírico revela que los derechos sociales han obtenido reconocimiento en 195 Constituciones del mundo. Cf. Jung, C.; Hirschl, R. y Rosevear, E., “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *American Journal of Comparative Law*, N° 62, 2015, pp. 1043-1094. Además, para aquellas teorías que fundamentan a los derechos sociales como derechos humanos universalmente válidos, estos problemas son necesarios con independencia de su incorporación positiva en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución. Al respecto puede verse: Cf. Alexy, R., *Teoría del*

Un primer problema es de índole institucional y está relacionado con la tensión que puede existir entre los derechos sociales y las instituciones democrático-representativas. Éste 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.¹⁶ Es por ello que aquí no se agregará nada que no haya sido dicho con anterioridad.

Por el contrario, esta tesis se concentrará sobre un segundo problema de índole metodológico y que se relaciona con la racionalidad de las decisiones jurídicas que ordenan otorgar derechos sociales.¹⁷ Éste plantea el interrogante respecto de cómo puede ser justificada

discurso y derechos humanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; Habermas, J., op. cit., 2005; Nino, C., op. cit., 1989; Sieckmann, J., "Derechos humanos y autonomía", en: Capaldo, G., Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 631-644. Por tanto, todo lo que aquí sea dicho también resulta aplicable para estas teorías. Ello es así porque de la validez necesaria de los derechos sociales en tanto derechos humanos, no puede derivarse nada en relación a cómo deben ser distribuidas las competencias institucionales o cuándo deben ser definitivamente otorgados tales derechos. Cf. De Fazio, F. y Aldao, M., "Los Derechos Sociales Fundamentales en Carlos S. Nino. Una línea fértil para la metodología jurídica", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 38, 2015, pp.301-317.

¹⁶ Etchichury, H., op. cit., 2013; Etchichury, H., "Poder judicial, democracia y derechos sociales", *Revista electrónica del instituto de investigaciones jurídicas "A. L. Gioja"*, N° 7, 2011, pp. 29-49; Fabre, C., op. cit., 2000; Gargarella, R., Domingo, P., y Roux, T., (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Hampshire, Ashgate, 2006; Gargarella, R., "Primeros apuntes para una teoría de los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *Jueces para la democracia*, N° 31, 1998, pp. 11-15; Grosman, L., op. cit., 2009; Klatt, M., "Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance", *I·CON*, Vol. 13, N° 2, 2015, pp. 354-382; Morales, L., *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2015; Nino, C., op. cit., 1989; Rosenkrantz, C., op. cit., 2002; Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton, 2008; Young, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, OUP, 2012.

¹⁷ 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. Cf. Wróblewski, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, Jurídica, 1979, 63; Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 306. Véase, también: Atienza, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 183; MacCormick, N., "La argumentación silogística: una defensa matizada", *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 30, Alicante, 2007, pp. 321-334.

racionalmente la premisa normativa mayor de esta clase de decisiones, es decir, aquella proposición referida a la validez de una norma constitucional que prescribe la realización de un derecho social y bajo la cual debe ser subsumido el caso individual o concreto.

El origen de este segundo problema proviene del hecho de que las cláusulas constitucionales que pretenden garantizar derechos sociales suelen estar redactadas a través de formulaciones muy sucintas¹⁸ y con términos excesivamente vagos, generales o abstractos.¹⁹ Así, por ejemplo, el artículo 11^a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual goza de rango constitucional dentro del sistema jurídico argentino, reza:

(E1) “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 del citado enunciado, puede ser fundamentada la validez de una norma constitucional que ordena la realización del derecho a la vivienda. Sin embargo, el inconveniente radica en que dicho texto no explicita cuál es el grado exacto de realización en que debe ser cumplido. De esta manera, la amplitud de 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

¹⁸ Esto es tomado de Kriele, quien identifica a los enunciados constitucionales con “cláusulas generales lapidarias”. Cf. Kriele, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, Duncker und Humblot, Berlin, 1976, p. 197.

¹⁹ Un análisis detallado acerca de los problemas de interpretación del lenguaje jurídico, puede hallarse en: Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990; Carrió, G., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 2008; Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1973, Cap. 5.

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. Por tanto, la *pregunta específica* que esta investigación pretende resolver es la siguiente: *¿es posible fundamentar racionalmente como parte del significado de los enunciados constitucionales la validez de normas que ordenan la realización de derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento?*²⁰

El desarrollo de un estudio concreto orientado a dilucidar esta pregunta de investigación se justifica sobre la base de tres razones. La primera razón se apoya en el hecho de que se trata de un problema de investigación escasamente tratado por parte de la literatura especializada. En efecto, la mayoría de las investigaciones jurídicas dedicadas 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 este estudio arroje pueden servir como aporte relevante para

²⁰ 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, referidas a 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 la realización de 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 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.

aquellas otras investigaciones dedicadas a responder el ya mencionado problema institucional. La tercera razón señala que se trata de una pregunta de investigación que cuenta con un notable significado práctico. Pues, su resolución representa un presupuesto necesario para cualquier investigación dogmática sobre derechos sociales o para cualquier decisión jurídica que ordene otorgar un derecho social en un caso dado.

III. Estado del arte y marco teórico

Dentro del *estado del arte* que se ha referido directa o indirectamente al interrogante de investigación aquí planteado, es posible distinguir entre tres posiciones básicas que pueden ser denominadas, respectivamente: “teorías escépticas”, “teorías del contenido esencial” y “teorías de la optimización”.

Las “teorías escépticas” rechazan terminantemente que, a partir de cláusulas constitucionales tan indeterminadas, puedan ser racionalmente fundamentadas normas constitucionales que ordenan derechos sociales en una medida exacta de cumplimiento.²¹ Sin embargo, esta primera teoría padece el déficit de presuponer una concepción demasiado acotada de la argumentación jurídica, conforme la cual solamente serían admisibles aquellas interpretaciones o proposiciones normativas cuyo respaldo provenga exclusivamente de argumentos semánticos, esto es, argumentos basados en el significado literal del texto constitucional.²² En este sentido, basta con analizar los actuales desarrollos de la teoría de la argumentación

²¹ Cf. Böckenförde, E., op. cit., 1994, p. 586; Ferraz, O., “Poverty and Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N° 3, 2008, p. 586; Tushnet, M., op. cit., 2008, p. 228.

²² En este sentido, Arango califica a esta posición como una concepción “discreta” de la interpretación del texto de las constitucionales. Cf. Arango, R., op. cit., 2005, p. 122.

jurídica²³ como así también algunos casos jurisprudenciales²⁴ para advertir que una teoría semejante es, cuanto menos, exagerada. Pues, es posible esgrimir otros argumentos, más allá de los estrictamente semánticos, como fundamento admisible en favor de la adscripción de normas al significado de las disposiciones constitucionales, como, por ejemplo, otros cánones de la interpretación jurídica, precedentes judiciales, casos análogos o juicios de proporcionalidad.²⁵

Precisamente, es en virtud de este déficit que en los últimos años han aparecido dos nuevas teorías que afirman que, aun en el caso de enunciados constitucionales muy indeterminados, es posible adscribir racionalmente, como parte de su significado, normas que ordenen derechos sociales en una medida exacta de cumplimiento.

La primera variante en este sentido puede ser denominada “teoría del contenido esencial”. De acuerdo con esta teoría, el grado exacto de cumplimiento debido de los derechos sociales es equivalente al grado más esencial o básico de su realización.²⁶ Sin embargo, y como se verá en detalle más adelante,²⁷ esta teoría aún no ha podido explicitar ningún criterio normativo último o procedimiento de argumentación que resulte

²³ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a; Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2004; Atienza, M., *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005; Atienza, M., op. cit., 2013; MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, caps. v-vii; MacCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, caps. 6-10; Peczenik, A., *The Basis of Legal Justification*, Sweden, Doctoral Dissertation, Lund University, 1983.

²⁴ Cf. Caps. 3 y 4.

²⁵ Cf. Cap. 2.II.

²⁶ Cf. Parra Vera, O., “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en: Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 53-78; Liebenberg, S., op. cit., 2010, p. 165 y ss.

²⁷ Cf. Cap. 2.III.3.3.

convinciente para determinar en abstracto cuál es el “contenido esencial” que se corresponde con cada uno de los derechos sociales.²⁸

En contraposición, existe una segunda variante que puede ser denominada “teoría de la optimización”. De acuerdo con esta teoría, el grado exacto de cumplimiento debido de los derechos sociales es equivalente al grado óptimo de su realización, es decir, al grado máximo de su realización que resulte fáctica y normativamente posible.²⁹ Esta teoría sí ha representado un importante avance en la producción de conocimiento relacionado con el interrogante de investigación que aquí se plantea; principalmente, porque ha dado cuenta de un argumento que se encuentra con frecuencia subyacente dentro del ámbito de la práctica judicial y que es habitualmente denominado, indistintamente, bajo los nombres de “examen de proporcionalidad” o de “razonabilidad”. Con todo, es aún mucho que lo 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 llamado “examen de proporcionalidad” o “de razonabilidad”.³⁰ En segundo lugar, porque el análisis jurisprudencial

²⁸ Al respecto, debe consultarse: Lehmann, K., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale International Law Journal*, N° 33, 2008, p. 185; Young, K., “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, N° 1, 2008, pp. 113-175; Young, K., op. cit., 2012, pp. 66-98.

²⁹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 454; Arango, R., op. cit., 2005, p. 199 y ss.; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 191 y ss.; Etchichury, H., op. cit., 2013, pp. 178 y ss.; Clérico, L. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001 [versión en español: La estructura del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 319 y ss.]; Young, K., op. cit., 2012, pp. 120 y ss.

³⁰ 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. Cf. Alexy, R., op. cit., 2001, p. 369 y ss.; Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 429; Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 800; Borowski, M., op. cit., 2007, p. 104; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 323; Young, K., op. cit., 2012, pp. 188 y ss.; Young, K., “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en: Jackson, V. y Tushnet, M. (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 14. Esto será tratado con detalle más adelante. Véase: Cap. 4.II.

permite también detectar la presencia de otras clases de argumentos distintos del “examen de proporcionalidad” o “de razonabilidad”, los cuales no sólo deben ser explicados, sino además complementados sistemáticamente con éste.

En razón de todo ello, esta tesis tomará como punto de partida los avances proporcionados por esta última teoría y buscará expandirlos y profundizarlos. A tales efectos, se valdrá de un *marco teórico* compuesto tanto por teorías generales como por teorías específicas referidas al tema concreto de investigación.³¹ Las teorías generales pueden ser clasificadas en dos tipos. Por un lado, teorías que se dedican a fundamentar la distinción lógica o estructural entre dos clases de las normas: las reglas y los principios.³² La distinción estricta entre reglas y principios será clave en esta investigación no sólo para captar cuál es la concepción estructural de las normas que está presupuesta en la argumentación judicial, sino además para alcanzar una fundamentación adecuada acerca de la admisibilidad del examen de proporcionalidad por omisión. Por el otro lado, también se presupondrá a la teoría del discurso racional³³ como una reconstrucción conceptual adecuada de la argumentación jurídica.³⁴ Esta teoría brindará un criterio general para identificar cuáles son las sentencias judiciales concernientes a derechos sociales que se encuentran justificadas y sobre las cuales puede elaborarse el trabajo de reconstrucción racional. Así, de

³¹ Sautu, E. et al., *Manual de Metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*, Buenos Aires, Prometeo, 2010, p. 23.

³² Alexy, R., op. cit., 2008, cap. III; Atienza, M., y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4° ed. Barcelona, Ariel, 2010, pp. 23-33; Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury, 1997, pp. 29-64; Sieckmann, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 52-85. La fundamentación de la distinción lógica o estructural entre reglas y principios será objeto del capítulo II del presente trabajo.

³³ Cf. Apel, K., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991; Habermas, J., “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, en: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, pp. 57-134; Habermas, J., op. cit., 2005.

³⁴ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a; Atienza, M., op. cit., 2005 y 2013; Peczenik, A., op. cit., 1983.

acuerdo con la teoría del discurso, una sentencia concerniente a derechos sociales está justificada si y solo si la misma podría ser aceptada, en virtud de las razones que la respaldan, por cualquier participante de un procedimiento de argumentación jurídico-racional. Por último, las teorías específicas son todas aquellas teorías que ya se han valido previamente de estas teorías más generales y las han aplicado al ámbito particular de las normas y decisiones jurídicas concernientes a derechos sociales.³⁵

IV. Hipótesis de investigación

La *hipótesis* que aquí se sostiene afirma que existen, al menos, dos grupos de argumentos que permiten fundamentar, como significado de los enunciados constitucionales, normas que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. El primer grupo está conformado por aquellas reglas y formas de la argumentación que no implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Ejemplos al respecto son los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. En cambio, el segundo grupo está conformado por aquellas reglas y formas de la argumentación que sí implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Estas últimas pueden ser sintetizadas por medio del examen de proporcionalidad por omisión.

³⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 454; Arango, R., op. cit., 2005; Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, Cap. 3.III y cap. 6.II.4; Bilchitz, D., op. cit., 2007; Borowski, op. cit., 2007, pp. 175 y ss.; Clérico, L., op. cit., 2009, cap. IV; Etchichury, H., op. cit., 2013; Young, K., op. cit., 2012.

V. Estructura de la investigación

La argumentación tendiente a demostrar la hipótesis estará estructurada en dos secciones. La primera sección pertenece al ámbito de la teoría de las normas y tiene el objetivo de precisar qué es aquello que, según la hipótesis, puede ser fundamentado por medio de una argumentación racional. A tal efecto, se explicitará tanto el concepto como la estructura de las normas constitucionales que ordenan la realización de derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento.

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 la realización de un derecho social. Pero, para que esta definición se encuentre justificada será necesario clarificar 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 los enunciados constitucionales, sino también aquellas que están indirectamente estatuidas y que pueden ser fundamentadas en virtud de otros argumentos jurídicos que no son estrictamente semánticos. 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 al 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. Ello, toda vez que las reglas de derecho social son normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, mientras que los principios de derecho social son normas que ordenan la realización de un derecho social en el mayor grado posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Esto último quiere decir que los principios de derecho social ordenan la optimización de un determinado derecho social.

Con todo, esta distinción solamente puede ser aceptada si se fundamentan tres presupuestos. El primer presupuesto refiere a cuál es el criterio que permite explicitar la existencia de una distinción estricta, 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” o “de la importancia”. El segundo presupuesto refiere a que el punto decisivo para explicar conceptualmente esa distinción estricta entre reglas y principios puede apoyarse en la idea de los “mandatos de optimización”. Pero esto requerirá no sólo 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 indica que la distinción estructural entre las reglas y los principios en general resulta también aplicable al caso de las normas de derecho social en particular. Para justificar esto deberá desplegarse una argumentación dogmático-interpretativa que no solo demuestre que la distinción entre reglas y principios de derecho social es ajustada a las prácticas jurídicas reales, sino también que es compatible en términos normativos con una adecuada teoría de la Constitución. Si todo esto es logrado, entonces se habrá dado un paso decisivo en la

argumentación. Pues, quedaría establecido que la justificación de la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales depende de que una regla de derecho social pueda ser racionalmente fundamentada como parte del significado de uno o varios enunciados constitucionales.

La segunda sección abandonará el ámbito de la teoría de las normas para pasar al ámbito de la metodología jurídica. Esta sección tiene la finalidad de precisar cómo es posible fundamentar reglas de derecho social como parte del significado de uno o varios enunciados constitucionales. Así, en el *capítulo tercero* se demostrará que una primera manera de fundamentar la validez de reglas de derecho social es por medio de argumentos que no implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. A tal efecto, serán reconstruidas las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. Ciertamente, el hecho de que se trate de tres clases de argumentos que exigen a primera vista de realizar un juicio de proporcionalidad supone un grado menor de complejidad en su análisis. Sin embargo, ello no significa que estén exentos de problemas. Su reconstrucción requerirá resolver interrogantes concretos relacionados con sus respectivos conceptos, fundamentos, grados de vinculación y composiciones estructurales.

El *capítulo cuarto* estará destinado a comprobar que también es posible fundamentar la validez de reglas de derecho social por medio de argumentos que sí implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Esto sucede en todos aquellos casos en que, si bien puede adscribirse al significado de uno o varios enunciados constitucionales una norma de derecho social, no pueden ofrecerse argumentos interpretativos, basados en precedentes o en analogías en favor de su estructura de regla. En estos supuestos, debe interpretarse que es válido

un principio de derecho social. Pese a ello, se fundamentará que a partir de la validez de un principio puede obtenerse una regla de derecho social, siempre y cuando pueda demostrarse que, como resultado de un juicio de proporcionalidad, el principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor a aquel que resultaba “óptimo”. Por supuesto, esto requerirá de explicitar cuándo es que puede considerarse que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado menor al “óptimo” o “sub-optimizado”. A tales efectos, se ofrecerá una reconstrucción lo más completa posible del examen de proporcionalidad por omisión y se dará respuesta a aquellas objeciones más importantes que se elevan en contra de la racionalidad de la ponderación.³⁶

Por último, se presentarán las *conclusiones* generales de la investigación y se indicarán cuáles son sus proyecciones futuras tanto en lo que refiere a la investigación jurídica sobre derechos sociales en general como a la forma de su enseñanza y aplicación práctica por parte de los operadores jurídicos. Asimismo, se adjuntará un anexo en donde podrán encontrarse sistematizadas todas y cada una de las reglas y formas de argumentación que a lo largo de este trabajo serán reconstruidas.

³⁶ El término “ponderación” es ambiguo. A veces se lo utiliza como sinónimo de valoración, esto es, de una interpretación no mecánica de la ley o de los precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, este no será el sentido aquí presupuesto. Más bien, se hará uso de un sentido más restringido, que lo circunscribe al uso del argumento que conforma el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*. Este argumento está guiado por aquello que Alexy ha dado en llamar “ley de la ponderación”, que reza: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 138. Mayores especificaciones al respecto se encontrarán en: Cap. 4.III.4.

**SECCIÓN I: EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DE LAS
NORMAS DE DERECHO SOCIAL**

CAPÍTULO 1: EL CONCEPTO DE NORMA DE DERECHO SOCIAL

Entre las normas constitucionales y los derechos sociales existe una relación primaria. Siempre que se afirma que existe un determinado derecho social necesariamente se presupone la validez de una norma constitucional que así lo prescribe.³⁷ Ahora bien, lo inverso no es necesariamente cierto. No toda norma constitucional, por válida que sea, permite fundamentar la existencia de un derecho social. Esto justifica que la presente investigación deba comenzar con la dilucidación del concepto de norma de derecho social.

En este primer capítulo se asumirá el siguiente concepto: una norma de derecho social es toda aquella norma constitucional que ordena la realización de un derecho social. Esta definición cuenta con una enorme ventaja: su simplicidad. No obstante, carga con una serie de presupuestos que exigen ser aclarados y/o fundamentados. En primer lugar, presupone una determinada concepción de las normas en general. Sin embargo, el concepto de norma es altamente controversial. En segundo lugar, si bien es obvio que una norma constitucional es toda aquella norma que puede extraerse de una Constitución, existen extendidas polémicas con respecto a cuáles son las normas que pueden ser racionalmente fundamentadas como válidas a partir del texto constitucional. Por último, también pueden presentarse genuinos interrogantes en relación con cuál es el concepto de

³⁷ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 31; Arango, R., op. cit., 2005, p. 10.

los derechos sociales. A lo largo del presente capítulo se responderán, en el orden sugerido, tales interrogantes.

I. La concepción semántica de las normas

Las normas de derecho social son un caso especial de las normas. Por tanto, portan con todos los problemas que este concepto más general posee. Como ya se advirtió, el concepto de norma es altamente controversial. Las principales discusiones refieren a la determinación de cuál es su *status* ontológico.³⁸ Una investigación sobre este último asunto desbordaría los objetivos del presente trabajo. Por ello, será suficiente con presuponer un concepto de las normas que resulte compatible con la perspectiva de investigación específicamente jurídica que aquí se pretende desarrollar. Tal condición es reunida por el concepto “semántico” de norma.³⁹ En lo que sigue será presentado.

³⁸ Alchourrón, C., y Bulygin, E., “Norma Jurídica”, en: Garzón Valdés, E. y Laporta, F., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 134. Desde un punto de vista ontológico, las normas pueden ser definidas o bien como entidades abstractas o bien como entidades empíricas. A su vez, las concepciones que definen a las normas como entidades abstractas pueden ser diferenciadas entre aquellas que las entienden como el significado de actos de voluntad y aquellas que las entienden como el significado de enunciados normativos. Por su parte, las concepciones que definen a las normas como entidades empíricas pueden ser diferenciadas entre aquellas que las entienden como objetos psíquicos y aquellas que las entienden como objetos sociológicos. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 25.

³⁹ El concepto semántico de norma es compatible con la perspectiva de investigación que aquí se adopta por dos razones. En primer lugar, porque el objeto de investigación de la ciencia jurídica son normas como entidades abstractas, puesto que trata sobre la pregunta sobre lo que es jurídicamente debido. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 25. En segundo lugar, porque se trata de un concepto que no presupone nada acerca de la estructura y criterios de validez de las normas jurídicas. Esto permite elaborar un concepto lo suficientemente fuerte como para proseguir con la investigación que aquí se propone, pero lo suficientemente débil como para evitar algunos de los principales problemas analíticos que se discuten dentro de la teoría general del derecho. Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 40; Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 28.

I.1. Enunciado normativo y norma

La concepción semántica de las normas parte de la distinción analítica entre los enunciados normativos y las normas. Un enunciado normativo es una expresión lingüística utilizada para prescribir, es decir, para calificar algo como obligatorio, prohibido o permitido.⁴⁰ En cambio, una norma es el significado de un enunciado normativo.⁴¹

Un ejemplo de enunciado normativo es el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone:

(E2) “Los Estados-parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Un ejemplo de norma es el significado que se extrae del citado enunciado normativo:

(N1) está ordenado a los Estados-parte reconocer el derecho de toda persona el nivel más alto posible de salud física y mental.

⁴⁰ Alchourrón, C., y Bulygin, E., op. cit., 1996, p. 134.

⁴¹ Alchourrón, C., y Bulygin, E., op. cit., 1996, p. 134; Alexy, R., op. cit., 2008, p. 34; Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 26; v. Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 109.

De la distinción propuesta se derivan dos cosas. En primer lugar, que puede darse el caso de que diferentes enunciados normativos establezcan una misma norma.⁴² Así, la versión en idioma inglés del artículo 12° del PIDESC dispone:

(E3) “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”.

Es seguro que los enunciados normativos “E2” y “E3” son diferentes. No obstante, bien puede fundamentarse que ambos enunciados expresan una misma norma “N1”.

En segundo lugar, también resulta posible que a un mismo enunciado normativo pueda serle adscrita más de una norma como parte de su significado.⁴³ Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 11° de la Constitución Política de Colombia. Dicho enunciado reza:

(E4) “El derecho a la vida es inviolable”

La Corte Constitucional colombiana ha determinado que, de acuerdo con una interpretación finalista o teleológica de dicho enunciado, es posible fundamentar no sólo la existencia de un derecho contra el homicidio, sino también de un derecho a acceder a aquellas prestaciones de salud que

⁴² Alchourrón, C., y Bulygin, E., op. cit., 1996, p. 134.

⁴³ *Ibidem*.

sean necesarias para preservar la vida de las personas.⁴⁴ Por tanto, surge la siguiente norma como parte del significado del enunciado “E4”:

(N2) está ordenado garantizar a toda persona el derecho de acceder a aquellos servicios de salud que resulten necesarios para preservar su vida.

I.2. Problemas de la concepción semántica de las normas

De acuerdo con la distinción propuesta anteriormente, la validez de una norma depende de la identificación de, al menos, un enunciado normativo. Sin embargo, pueden surgir dos problemas vinculados con la identificación de estos últimos. El primer problema refiere a que los enunciados normativos no siempre están formulados de manera expresa. Un segundo problema se relaciona con el hecho de que un mismo enunciado puede ser utilizado tanto para formular una norma como para describirla.

⁴⁴ Cf. Corte Constitucional de Colombia, T-571/92, considerando III.2.: “El derecho a la salud contiene una serie de elementos, que se enmarcan, en primer lugar, como un resultado - efecto del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. El reconocimiento del derecho a la salud prohíbe conductas de los individuos que causen daño a otro, imponiendo a éstos las sanciones y responsabilidades a que haya lugar. Por ello se afirma que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Esto significa que al reconocerle a alguien el derecho a la vida se le está reconociendo como algo suyo el derecho a ser y a permanecer en el ser. De tal modo que no sólo se viola este derecho con el homicidio, sino con todo acto que no le permita ser lo que es, que le impida obrar conforme a la dignidad humana que le corresponde por el hecho de ser persona”.

I.2.1. Enunciados normativos explícitos e implícitos

La identificación de enunciados normativos no presentaría demasiados problemas si todos ellos estuvieran expresados en términos explícitos. Un enunciado normativo es explícito cuando utiliza literalmente expresiones deónticas que representan a los operadores de la obligación, la prohibición o el permiso. Pero este puede no ser el caso. Existen enunciados normativos que expresan lingüísticamente una o varias normas, aunque lo hacen de manera implícita. Un enunciado normativo es implícito cuando no utiliza literalmente expresiones deónticas. Esta es, precisamente, la forma más común en que las normas de derecho social están formuladas. Piénsese, por ejemplo, en el ya citado artículo 12° del PIDESC, que reza:

(E2) “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Este enunciado se vale del modo indicativo del lenguaje. Con todo, resultaría insólita una interpretación que entendiera a su significado como la descripción de un estado de cosas presente y no como una norma de mandato. Si esto es así, entonces surge la pregunta metodológica con respecto a cuál es el criterio que permite identificar cuándo se está en presencia de un enunciado normativo, aunque implícito, y cuándo no. En este sentido es posible presentar un criterio denominado “de traducción”.⁴⁵ El criterio “de traducción” indica que todo enunciado que no utilice

⁴⁵ Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 29.

explícitamente expresiones deónticas pero que, en su debido contexto, pueda ser traducido a expresiones deónticas, sin por ello alterar su significado, es un enunciado normativo.⁴⁶ Por ejemplo, el citado enunciado “E2” puede ser traducido de la siguiente manera:

(E2’) “Está ordenado a los Estados-parte reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

La expresión deóntica “ordenado” convierte al enunciado normativo implícito “E2” en un enunciado normativo explícito “E2’”. Ambos contienen la misma norma de mandato identificada como “N1”. Por ello, un enunciado normativo es, estrictamente hablando, un enunciado que o bien contiene explícitamente expresiones deónticas o bien puede ser traducido a expresiones deónticas.⁴⁷

I.2.2. Enunciados normativos y enunciados proposicionales

Ahora bien, todos los enunciados normativos, ya sean estos o bien explícitos o bien traducidos a términos explícitos, padecen de otro tipo de ambigüedad. La misma proviene del hecho de que, a través de un mismo enunciado, es posible expresar tanto una norma como la descripción de una norma.⁴⁸ Esta ambigüedad no puede ser eliminada en abstracto. Empero, ello no significa que no pueda ser solucionada dentro de los contextos particulares de argumentación. Por este motivo, es preciso trazar una

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ v. Wright, G. H., *op. cit.*, 1970, p. 119.

distinción analítica entre los enunciados normativos y los enunciados proposicionales referidos a normas.⁴⁹

Los enunciados normativos y los enunciados proposicionales referidos a normas se diferencian en virtud del contenido que expresan como significado. Los enunciados normativos expresan normas. En cambio, los enunciados proposicionales referidos a normas expresan proposiciones normativas. Las normas y las proposiciones normativas se distinguen por dos razones fundamentales. La primera razón se apoya en el hecho de que las normas pueden ser calificadas con valores de validez o invalidez, justicia o injusticia, entre otros, pero nunca con valores de verdad o falsedad. Las proposiciones normativas, en cambio, sí pueden ser calificadas con valores de verdad o falsedad.⁵⁰ La segunda razón se apoya en el hecho de que las normas y las proposiciones normativas cumplen funciones lógicas diferentes.⁵¹ Ello es algo que puede ser puesto en evidencia a través del análisis de situaciones de negación en cada una de ellas. La negación de una norma “No es obligatorio hacer p ” ($\neg Op$) tiene un sentido distinto que la negación de una proposición normativa “No vale una norma que ordene hacer p ” ($\neg VAL Op$). De la negación de la obligación “ Op ” se sigue que está permitido no hacer “ p ” (porque $\neg Op$ es equivalente a $P\neg p$). Sin embargo, de la negación de la proposición normativa “ $VAL Op$ ” sólo se sigue que no es válida una norma con tal contenido ($\neg VAL Op$) y no la validez del correspondiente permiso ($VAL P\neg p$).⁵²

⁴⁹ En este sentido: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1979, p 84; v. Wright, G. H., op. cit., 1970, p. 119.

⁵⁰ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1979, p 84; v. Wright, G. H., op. cit., 1970, p. 119.

⁵¹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., 1993, p. 142.

⁵² Sieckmann, J., op. cit., 2015, p. 897. Algo semejante entienden Alchourrón y Bulygin al considerar que las proposiciones normativas cuentan con dos tipos de negaciones: las negaciones externas e internas. Así, la negación externa de la proposición << p está permitido>> consiste en decir que no existe una norma que permite “ p ”. La negación interna de la misma proposición consiste en decir que existe una norma que no permite (es decir,

II. Normas de derecho social como normas con rango constitucional

Hasta ahora solamente se sabe que una norma de derecho social es el significado de un enunciado normativo. Sin embargo, ello no implica un gran avance. Aún debe aclararse en qué sentido una norma de derecho social es, a la vez, una norma con rango constitucional.

De acuerdo con la concepción semántica de las normas, una norma de derecho social cuenta con rango constitucional cuando puede ser fundamentada como parte del significado de, al menos, un enunciado constitucional. Esta definición no puede presentar mayores problemas desde un punto de vista puramente conceptual. No obstante, sí puede ocasionar discusiones de orden metodológico. Así, dentro de la dogmática constitucional existe un extendido debate respecto de cuáles normas de derecho social pueden ser racionalmente fundamentadas como parte del significado de los textos constitucionales. Este debate puede ser resumido en dos posiciones básicas.

Una primera posición sostiene que solamente es posible fundamentar racionalmente la validez de normas de derecho social cuando ellas se extraen directamente del texto de los enunciados constitucionales.⁵³ Esta clase de normas de derecho social pueden ser denominadas “directamente estatuidas”.⁵⁴ Un ejemplo al respecto es brindado por el enunciado provisto en el artículo 26° (1) de la Constitución Nacional de Sudáfrica, que dispone:

que prohíbe “p”). Las normas, en cambio, solo cuentan con una negación interna. Cf. Alchourrón, C. Y Bulygin, E., op. cit., 1993, p. 142.

⁵³ Esta posición se encuentra representada en: Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 586 y ss.

⁵⁴ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 49.

(E5) “Todos tienen el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”.⁵⁵

A través de la mera mención del texto del enunciado constitucional, es posible fundamentar racionalmente la validez de una norma de derecho social directamente estatuida, que puede ser representada en los siguientes términos:

(N3) está ordenado garantizar a toda persona el derecho de acceder a una vivienda adecuada.

Con todo, es dudoso que esta primera posición resulte totalmente plausible. Ello en razón de que presupone una concepción de la argumentación jurídica demasiado escueta. En efecto, de acuerdo con esta postura solamente son racionales aquellas fundamentaciones de normas que se basan en argumentos semánticos. Sin embargo, es posible pensar en otras reglas y formas de la argumentación jurídica que también permitan fundamentar racionalmente la validez de normas de derecho social.⁵⁶

Por lo tanto, resulta preferible una segunda posición, que sostiene que no sólo es posible fundamentar racionalmente la validez de normas de

⁵⁵ “Everyone has the right to have access to adequate housing”.

⁵⁶ Esto ha sido ampliamente desarrollado por las teorías de la argumentación jurídica. véase: Alexy, R., op. cit., 2010a; Atienza, M., op. cit., 2004; Atienza, M., op. cit., 2005; Atienza, M., op. cit., 2013; MacCormick, N., op. cit., 1978, caps. v-vii; MacCormick, N., op. cit., 2005, caps. 6-10; Peczenik, A., op. cit. 1983. Con respecto al caso específico de las normas de derecho social, véase: Arango, R., op. cit., 2005, p. 39.

derecho social “directamente estatuidas”, sino, también, “indirectamente estatuidas” por los enunciados constitucionales. Una norma de derecho social es “indirectamente estatuida” por, al menos, un enunciado constitucional cuando a su favor es posible aducir una fundamentación jurídicamente correcta⁵⁷ en virtud de otros argumentos interpretativos (más allá de los semánticos), de argumentos basados en opiniones dogmáticas, precedentes, analogías, argumentos jurídicos especiales, juicios de proporcionalidad o de argumentos prácticos en general.⁵⁸

Un primer ejemplo se extrae del derecho constitucional colombiano. El ya citado artículo 11° de la Constitución colombiana reza:

(E4) El derecho a la vida es inviolable

Es evidente que directamente del texto de dicho enunciado constitucional no puede obtenerse ninguna norma de derecho social. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana ha fundamentado que, por medio de una argumentación finalista o teleológica, es posible adscribir a su significado la siguiente norma de derecho social “indirectamente estatuida”:

⁵⁷ Una fundamentación jurídica es correcta cuando los argumentos que la respaldan deberían ser aceptados por cualquier participante en un discurso jurídico ideal. Esta formulación es un caso especial del principio de discurso reconstruido por J. Habermas. Cf. Habermas, J., op. cit., 2005, p. 172. En un sentido similar, véase: Apel, K., op. cit., 1991. En relación con el discurso jurídico en particular, véase: Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 293 y ss.; Sieckmann, J., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 67.

⁵⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 55; Arango, R., op. cit., 2005, p. 129.

(N2) está ordenado garantizar a toda persona el derecho de acceder a aquellos servicios de salud que resulten necesarios para preservar su vida.

Un segundo ejemplo al respecto puede obtenerse del derecho constitucional alemán. Así, el artículo 1º (1) de La Ley Fundamental de Bonn establece:

(E6) “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es deber de toda autoridad estatal”.⁵⁹

Por su parte, el artículo 20 (1) reza:

(E7) “La República Federal de Alemania es un Estado Democrático y Social”.⁶⁰

En virtud de la interpretación sistemático-teleológica⁶¹ de ambos enunciados, tanto la dogmática como la jurisprudencia están de acuerdo

⁵⁹ „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“.

⁶⁰ „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“.

⁶¹ El argumento sistemático-teleológico refiere a la relación teleológica de una norma con otras normas. La estructura de este argumento sigue las reglas y formas de la argumentación teleológica. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 331. Véase, también: MacCormick, N., op. cit., 1978, cap. vii.

con que es posible fundamentar la validez de la siguiente norma de derecho social:

(N4) está ordenado el derecho de todo ser humano a un mínimo digno de subsistencia (*Grundrecht auf menschenwürdiges Existenzminimum*).⁶²

Por supuesto, esta segunda posición está expuesta a una objeción normativa, que sostiene que la posibilidad de fundamentar normas de derecho social “indirectamente estatuidas” implica una reducción significativa de la previsibilidad y, por tanto, una vulneración del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, esta objeción no está justificada sobre la base de dos argumentos.

En primer lugar, la situación de imprevisibilidad descrita no abarca por igual a todas las normas de derecho social “indirectamente estatuidas”. Por ejemplo, no puede decirse que exista imprevisibilidad en todos aquellos supuestos en que sea válida una norma de derecho social en virtud de un precedente judicial. En segundo lugar, si bien es cierto que la posibilidad de fundamentar normas “indirectamente estatuidas” implica una menor realización del principio de seguridad jurídica, ello no significa necesariamente su vulneración. En el marco de los Estados constitucionales, el principio de seguridad jurídica constituye un valor

⁶² Cf. BverfG, 1 BvL 1/09; Merold, A., *Freiheit durch den Staat: eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums*, Hamburg, Kovac (Dissertation: Universität Bremen), 2016; Winkler, I. y Mahler, C., “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic rights Jurisprudence?”, *Human Rights Law Review*, 13:2, 2013, pp. 388-401.

importante, más no el valor supremo.⁶³ Esto significa que se encuentra en un plano de paridad con otros principios, lo que puede dar lugar a relaciones de tensión o colisión. Solo puede hablarse de una vulneración al principio de seguridad jurídica cuando éste se presenta como una razón definitiva. Pero para ello debe resolverse, con carácter previo, la colisión entre principios. Por tanto, el principio de seguridad jurídica solo puede representar un argumento que *prima facie* habla en contra de la validez de una norma de derecho social “indirectamente estatuida” en un caso determinado. Pero de ninguna manera constituye, sin más, un argumento definitivo en todos los casos.

III. El concepto y la estructura de los derechos sociales

Con lo anterior queda circunscripto el concepto de norma de derecho social solamente a normas con rango constitucional. Empero, entre éstas y aquellas no existe una relación de total identidad, sino una relación género-especie. Esto significa que toda norma de derecho social es una norma constitucional, pero que lo inverso no es necesariamente cierto. Por tanto, es preciso establecer una última especificación.

Una norma constitucional es, exclusivamente, una norma de derecho social cuando su contenido ordena la realización de un derecho social. Lo que esto quiera decir depende de cuál sea el concepto de derecho social presupuesto. Aquí se asume el siguiente: un derecho social es un derecho subjetivo a una acción positiva fáctica.⁶⁴ Es evidente que esta definición de los derechos sociales requiere de una fundamentación más extensa. Ello,

⁶³ Cf. Alexy, R., op. cit., 1993, p. 58; Habermas, J., op. cit., 2005, Cap. IX; Heller, H., *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 240; Radbruch, G., „Gesetzliches Unrecht un Übergesetzliches Recht“, en: *Rechtsphilosophie*, 2da Auflage, Heidelberg, Müller, 2003, p. 216.

⁶⁴ Arango, R., op. cit., 2005, p. 113.

en primer lugar, porque da por supuesto un determinado concepto de derecho subjetivo. Sin embargo, sobre el concepto de derecho subjetivo existe de todo menos claridad. En segundo lugar, porque adopta un concepto estricto de los derechos sociales, que los circunscribe estructuralmente al ámbito de los derechos subjetivos a una acción positiva fáctica. Sin embargo, no es para nada obvio qué es lo que esto significa. Además, exige fundamentar por qué el concepto de los derechos sociales debe ser reducido estructuralmente a esta clase de los derechos subjetivos.

III.1. El concepto de derecho subjetivo

La aclaración de qué significa que un derecho social es un “derecho subjetivo”,⁶⁵ remite a la definición de uno de los conceptos que más polémica ha despertado dentro de la filosofía y teoría del derecho. La historia de dicha polémica puede ser resumida mediante la clásica discusión entre la teoría del interés⁶⁶ y la teoría de la voluntad.⁶⁷ Sin embargo, buena parte de esta polémica puede ser evitada en términos analíticos si se distingue entre tres tipos de enunciados posibles referidos a los derechos subjetivos.⁶⁸ Así, debe diferenciarse entre: (i) los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos, (ii) los enunciados referidos derechos a los subjetivos en sí y (iii) los enunciados referidos a los poderes jurídicos.

⁶⁵ Existe una discusión dentro de la teoría constitucional con respecto a si las normas constitucionales prescriben la realización de derechos sociales en tanto derechos subjetivos o si, por el contrario, se trata de meras normas objetivas. Esto no puede ser abordado aquí y deberá ser presupuesto. Aunque cabe decir que la discusión parece estar saldada en favor del entendimiento de los derechos sociales como derechos subjetivos. Para una fundamentación completa al respecto, véase: Arango, R., op. cit., 2005; Fabre, C., op. cit., 2000; Etchichury, H., 2013.

⁶⁶ von Jhering, R., *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comares, 1998.

⁶⁷ Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt A/M, Thomas Kipp, 1906.

⁶⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 156.

Los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos tienen la siguiente estructura:

(i) el reconocimiento del derecho subjetivo de *a* frente a *b* a *x* está justificado en virtud de las razones $R_1, R_2, (\dots), R_n$.

Los enunciados referidos a los derechos subjetivos en sí tienen la siguiente estructura:

(ii) *a* tiene frente a *b* un derecho subjetivo a *x*.

Y los enunciados referidos a los poderes jurídicos⁶⁹ tienen la siguiente estructura:

(iii) *a* puede hacer valer frente a *b* su derecho subjetivo a *x* por medio de una demanda judicial.

La teoría del interés representa a los enunciados referidos a las razones para los derechos subjetivos (i). Por su parte, la teoría de la voluntad representa a los enunciados referidos a los poderes jurídicos (iii). No obstante, ambas teorías suponen la pre-existencia enunciados referidos a los derechos en sí (ii). Precisamente, el concepto de derecho subjetivo aquí presupuesto se circunscribe a esta última clase de enunciados. Éstos no se interesan ni sobre las razones que fundamentan el reconocimiento de un derecho subjetivo ni sobre su exigibilidad judicial. Más bien, representan una concepción puramente analítica de los derechos subjetivos, que pone el foco en el análisis estructural de las relaciones triádicas que los

⁶⁹ En el ámbito continental, ha sido Kelsen quien estableció el concepto de “poder jurídico”. El mismo surge de unos de los habituales usos del concepto “derecho subjetivo” y que fue catalogado por Kelsen como “derecho subjetivo en su sentido técnico”. Un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción ante los jueces por incumplimiento de la obligación. Cf. Kelsen, H., op. cit., 1979, p. 147.

componen.⁷⁰ Por lo tanto, un derecho social es un derecho subjetivo en el sentido de que se trata de una relación triádica en la que un sujeto titular *a* tiene frente a un sujeto destinatario *b* un derecho a un objeto *x*.

En contra de esta noción de los derechos subjetivos puede objetarse que resulta superflua.⁷¹ Pues, tal como ha sido definido, un derecho subjetivo no es otra cosa que el reflejo o la contrapartida de un deber del destinatario *b* frente a un titular *a* un objeto *x*.⁷² Por tanto, su entendimiento bien puede ser reducido al concepto de las obligaciones jurídicas en general. Es cierto que el concepto presupuesto no es otra cosa que el correlato de las obligaciones jurídicas. Sin embargo, ello no significa que resulte superfluo. En primer lugar, porque se trata de una noción muy utilizada en el lenguaje habitual de la práctica jurídica. No reconstruirlo implicaría abandonar la posibilidad de captar una parte relevante de la argumentación jurídica.⁷³ En segundo lugar, porque si bien es cierto que todo derecho subjetivo tiene como correlato una obligación, lo inverso no es necesariamente cierto.⁷⁴ Las obligaciones jurídicas pueden ser distinguidas entre aquellas que tienen una estructura relacional y no-relacional. Las primeras suponen una relación triádica entre un sujeto obligado, un sujeto beneficiario y un objeto. En cambio, las segundas suponen una relación diádica entre un sujeto obligado y un objeto. Precisamente, si es posible distinguir entre obligaciones relacionales y no-relacionales es gracias al concepto de derecho subjetivo, el cual se correlaciona únicamente con las primeras y en ningún caso con las segundas.

⁷⁰ Esta concepción reconoce su origen en: Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, CEAL, 1968. Con respecto a los derechos sociales en particular, véase: Arango, R., op. cit., 2005; Morales, L., op. cit., 2015; Cruz Parcero, J., *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁷¹ Kelsen, H., op. cit., 1979, p. 141.

⁷² Ibidem.

⁷³ Cf. Ross, A., *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

⁷⁴ Ibidem.

III.2. Los derechos sociales como derechos a una acción positiva fáctica

La cuestión referida a qué significa que un derecho social es un derecho a una “acción positiva fáctica” remite a su definición estructural. La estructura de los derechos subjetivos puede ser representada por medio de tres relaciones triádicas básicas: (i) las libertades jurídicas, (ii) las competencias y (iii) los derechos a algo.⁷⁵ Aquí interesarán solamente estas últimas.

Los derechos a algo son relaciones triádicas en las que un titular “*a*” tiene frente a un destinatario “*b*” un derecho subjetivo a que éste omita o haga una determinada acción “*x*”. Su estructura general puede ser representada del siguiente modo:

(DA) *Dabx*

En donde “*D*” refiere a la relación triádica del derecho a algo, “*a*” al titular del derecho, “*b*” al destinatario del derecho y “*x*” a la acción negativa o positiva que es objeto del derecho.

De esta estructura general surgen derechos subjetivos de lo más variados, según lo que se presuponga en lugar de “*a*”, “*b*” o “*x*”. De acuerdo con la definición estricta que aquí se presupone, se limitará el uso del término “derechos sociales” a aquellos derechos a algo, cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular “*a*” que simboliza a una persona física; un sujeto destinatario “*b*” que puede representar tanto al Estado como a una

⁷⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 163.

persona física o jurídica de derecho privado y un objeto “x” conformado por una acción positiva fáctica.

Los sujetos titulares de los derechos sociales son siempre personas físicas, puesto que su ejercicio o goce es distribuible en términos individuales.⁷⁶ Podría pensarse que esta concepción individualista de los derechos sociales es incompatible con las razones de solidaridad que le dieron origen histórico.⁷⁷ Sin embargo, es dudoso que el concepto de los derechos sociales pueda ser derivado, sin más, de una determinada “tesis histórica”.⁷⁸ En primer lugar, porque se trata de derechos que han obtenido reconocimiento institucional en los más variados sistemas políticos, económicos y sociales. En segundo lugar porque, incluso asumiendo que fuera posible justificar una “tesis histórica” universalmente aceptable acerca del origen de los derechos sociales, nada impediría que, en el presente o en el futuro, puedan cumplir funciones distintas de aquellas que fueron previstas al momento de su consagración.⁷⁹ En este sentido, si bien puede estarse de acuerdo en que la igualdad ante la ley surgió como protección de la clase burguesa frente a la nobleza, ello no impidió que con posterioridad sirva como argumento a favor del voto femenino o del matrimonio entre personas del mismo sexo.⁸⁰ De la misma manera, aun si se admitiera que los derechos sociales fundamentales fueron concebidos en su origen como derechos indivisibles de una clase o colectivo, ello no

⁷⁶ Arango, R., op. cit., 2005, p. 60; Fabr , C., op. cit., 2000, p. 26; Morales, L., op. cit., 2015, p. 63. Ello, sin perjuicio de que puedan conectarse en un caso determinado con algún “derecho colectivo” o que puedan ser considerados “derechos de incidencia colectiva”, que puedan dar lugar a “amparos colectivos”. En este sentido, puede consultarse: Scioscioli, S., *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado Federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 335 y ss.

⁷⁷ Atria, F., “ Existen Derechos Sociales?”, *Discusiones: Derechos Sociales*, N  4, Bahía Blanca, 2004, p. 22.

⁷⁸ Pintore, A., “Derechos insaciables”, en: De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 250.

⁷⁹ Gargarella, R., “Derecho y disociación. Un comentario a << Existen derechos sociales?>> de Fernando Atria”, *Discusiones: Derechos Sociales*, N . 4, Bahía Blanca, 2004, p. 62.

⁸⁰ *Ibidem*. También: Etchichury, H., op. cit., 2013, p. 94.

representaría un argumento normativo suficiente para evitar que en otros contextos puedan cumplir la función de derechos individuales.

Mayores problemas ocasiona la definición de quiénes pueden ser los sujetos destinatarios u obligados por los derechos sociales. En este sentido, Arango afirma que solamente el Estado puede ser responsable por el cumplimiento de tales derechos.⁸¹ Ello en virtud de dos argumentos. El primer argumento es normativo y apunta a evitar cargas desiguales dentro de una sociedad. El segundo argumento es pragmático e indica que solamente la organización estatal puede cumplir de forma eficiente con las obligaciones que surgen de los derechos sociales. Es cierto que estos dos argumentos permiten justificar que en la mayoría de los casos sea el Estado quien deba cargar con la obligación directa de garantizar derechos sociales. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de que personas físicas o jurídicas de derecho privado también puedan ser obligadas directas, en virtud de tener una relación especial con el sujeto titular.⁸² Tal sería el caso, por ejemplo, de una empresa de medicina prepaga con respecto a uno de sus afiliados. Por lo tanto, los sujetos destinatarios de los derechos sociales pueden ser no sólo el Estado, sino también personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Por último, debe especificarse qué significa que el objeto de los derechos sociales esté compuesto por acciones positivas fácticas. Como ya se advirtió anteriormente, el objeto de los derechos a algo varía según se trate de una acción negativa o positiva. Los derechos a acciones negativas se corresponden con aquello que habitualmente es denominado “derechos de defensa” o “de no-intervención”. En cambio, los derechos a acciones positivas se corresponden con aquello que habitualmente es denominado

⁸¹ Arango, R., op. cit., 2005, p. 91.

⁸² Fabre, C., op. cit., 2000, p. 43. Ello, sin perjuicio de que el Estado cargue con una obligación subsidiaria.

“derechos de prestación”. A su vez, los “derechos de prestación” pueden ser distinguidos según se trate de una acción positiva normativa o fáctica. Una acción positiva normativa refiere a la creación de normas. Ejemplos al respecto son los llamados “derechos de protección frente a terceros” o “derechos de organización y procedimiento”. En cambio, una acción positiva fáctica refiere a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio.⁸³ Por ejemplo, el otorgamiento de un subsidio mínimo vital, de una vivienda, de un medicamento o de un servicio de salud. Precisamente, el concepto estricto de los derechos sociales que aquí se asume limita su análisis a esta última clase de los derechos.⁸⁴

Ahora bien, en contra de esta definición estricta puede objetarse que resulta demasiado distorsionadora; pues, en realidad, los derechos sociales suelen exhibir otras estructuras en relación con su objeto, más allá de las acciones positivas fácticas.⁸⁵ Así, por ejemplo, es posible alegar que el derecho a la salud origina no solo un derecho a una acción positiva fáctica (cuando se reclama la entrega de un medicamento o un subsidio para afrontar su pago), sino también un derecho a una acción positiva normativa (cuando se exige al Estado que reglamente un plan médico obligatorio) o, incluso, a una acción negativa (cuando se solicita que no se interrumpa un determinado tratamiento médico). Esto conduciría a concluir que es preferible una definición más amplia de los derechos sociales.

Aquí no se niega que una definición más amplia de los derechos sociales es perfectamente plausible. De hecho, las definiciones amplias suelen ser más adecuadas para el desarrollo de investigaciones de

⁸³ Por supuesto, no se descarta que la ejecución de una acción material esté mediada por la creación de una o varias normas. Sin embargo, ello resulta indiferente desde el punto de vista de la realización del derecho a acciones positivas fácticas. Lo decisivo es que la ejecución de la acción positiva permita alcanzar materialmente el estado de cosas ordenado. Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 171.

⁸⁴ Arango, R., op. cit., 2005, p. 111.

⁸⁵ Cf. Shue, H., op. cit., 1980, p. 60; Abramovich, V. y Courtis, C., op. cit., 2002, p. 30.

dogmática jurídica sobre derechos sociales, esto es, investigaciones tendientes a sistematizar proposiciones normativas en relación con uno o varios derechos sociales de una jurisdicción determinada. Con todo, existen dos razones que permiten fundamentar por qué esta investigación prefiere inclinarse por un concepto estricto. La primera razón está relacionada con la delimitación de su objeto de investigación. Como se ha advertido en la introducción, este estudio no pretende desarrollar un trabajo de dogmática jurídica, sino de teoría general del derecho. Esto quiere decir que pretende fundamentar conceptos y estructuras de análisis que son comunes a todos derechos sociales de cualquier ordenamiento jurídico. Siendo así, se torna necesario reducir el objeto de la investigación, a los fines de hacerlo abarcable y manejable. La segunda razón es analítica. Si se revisa la literatura más relevante dedicada al problema de investigación aquí propuesto, rápidamente se advertirá que las discusiones teóricas que existen en torno a la racionalidad de las decisiones jurídicas sobre derechos sociales se presentan, exclusivamente, cada vez que éstos exhiben la estructura de derechos a una acción positiva fáctica y no en el resto de los casos. Por lo tanto, son también razones de relevancia teórica las que aconsejan circunscribirse en torno a una definición estricta.

De esta manera, si se acepta la fundamentación anterior, entonces la estructura de los derechos sociales puede ser representada de la siguiente manera:

(DS) $DabA_{pf}$

En donde “D” refiere a la relación triádica de los derechos a algo; “a” al titular del derecho, que solo puede ser una persona física individualmente considerada; “b” al sujeto destinatario del derecho, que puede ser tanto el

Estado como una persona física o jurídica de derecho privado; por último, “ A_{pf} ” simboliza la acción positiva fáctica que es objeto del derecho, que puede ser tanto el otorgamiento de un bien material como la prestación de un servicio.

La explicitación estructural de los derechos sociales permite también precisar cuáles son las relaciones triádicas que le son correlativas y opuestas.⁸⁶ Así, a un derecho social se le correlaciona una obligación jurídica a una acción positiva fáctica y se le opone un no-derecho a una acción positiva fáctica. Estos enunciados pueden ser representados, respectivamente, de la siguiente manera:

(O) $O_{ba}A_{pf}$

En donde “O” refiere a la relación triádica de la obligación jurídica; “ b ” representa al portador de la obligación; “ a ” al beneficiario de la obligación y “ A_{pf} ” a la acción positiva fáctica que es objeto de la obligación. Por su parte:

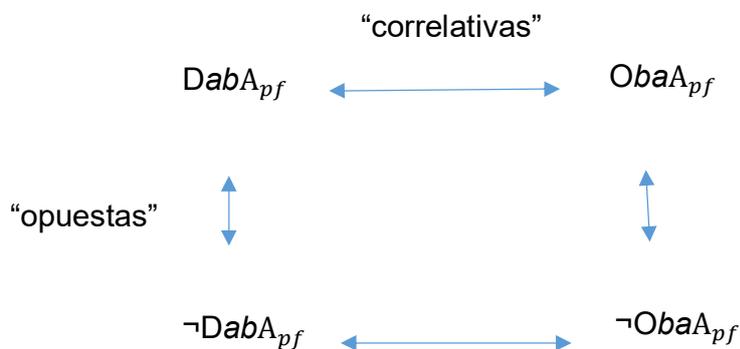
(NDS) $\neg D_{ab}A_{pf}$

En donde “ $\neg D$ ” representa a la relación triádica del no-derecho a algo, “ a ” representa a quien carece de un derecho; “ b ” quien se encuentra

⁸⁶ Hohfeld, W., op. cit, 1968, p. 46.

liberado por el no-derecho y “ A_{pf} ” a la acción positiva fáctica que es objeto del no-derecho.

La combinación de todas estas estructuras permite reconstruir el siguiente sistema de relaciones triádicas correlativas y opuestas relacionadas con los derechos sociales:



Fuente: elaboración propia

Así, al derecho social de “ a ” frente a “ b ” se le correlaciona una obligación jurídica de “ b ” frente a “ a ” a una acción positiva fáctica. Asimismo, al derecho social de “ a ” frente a “ b ” se le opone un no-derecho de “ a ” frente a “ b ” a una acción positiva fáctica. Por último, al no-derecho de “ a ” frente a “ b ” a una acción positiva fáctica se le correlaciona una no-obligación o libertad de “ b ” frente a “ a ” a una acción positiva fáctica.

III.3. La estructura alternativa del objeto de los derechos sociales

De acuerdo con la definición anterior, los derechos sociales han quedado clasificados dentro del género de los derechos de prestación, aunque con la diferencia específica de que tratan sobre acciones positivas fácticas. En este punto es importante detenerse sobre una diferencia lógica que divide a los derechos de prestación y a los derechos de defensa en relación con la estructura de su objeto⁸⁷ y que es relevante a la hora de discutir acerca de la racionalidad de las decisiones jurídicas concernientes a derechos sociales.

Los derechos de defensa cuentan siempre con un objeto con estructura conjuntiva.⁸⁸ Esto quiere decir que si está definitivamente prohibido el homicidio, entonces se encuentran al mismo tiempo prohibidas todas y cada una de las acciones homicidas. De esto puede derivarse que los derechos de defensa siempre exigen realizar una acción negativa definida, consistente en omitir la acción positiva que provoca su vulneración.

Contrariamente, los derechos de prestación pueden contar con un objeto con estructura disyuntiva o alternativa.⁸⁹ Esto significa que si está definitivamente ordenado salvar a quien se está ahogando, ello no implica que al mismo tiempo estén prescriptas todas y cada una de las acciones tendientes a salvarlo, a saber, lanzarse a nadar, arrojar un salvavidas o

⁸⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 408; Alexy, R., "Sobre la estructura de los derechos de prestación", en: Beade, G., y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 356; Clérico, L., "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en: Beade, G. y Clérico, L., op. cit., 2011, p. 395; O'Neil, O., *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 132; Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 39.

⁸⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 409.

⁸⁹ Ibidem.

acercarse con un bote.⁹⁰ Más bien, implica que está prescripta o bien la primera acción o bien la segunda o bien la tercera. De esto se deriva que los derechos de prestación pueden exigir la realización tanto de acciones positivas definidas como alternativas.⁹¹

Exigen realizar una acción positiva definida cuando solamente existe una única medida idónea para lograr su cumplimiento.⁹² En estos supuestos, los derechos de prestación no se diferencian en nada de los derechos de defensa.⁹³ Un ejemplo de un derecho social que exige una acción positiva fáctica definida se presenta en todos aquellos casos en que el derecho a la salud solamente puede ser cumplido a través de un único medicamento específico.⁹⁴ Esto puede ser representado del siguiente modo:

(AD) A_{pf1}

En donde " A_{pf} " representa a la acción positiva fáctica y la identificación numérica representa a su carácter definido.

En cambio, los derechos de prestación exigen una acción positiva alternativa cuando existe más de una única medida idónea para lograr su cumplimiento. En estos casos, si bien el destinatario del derecho no puede elegir entre hacer algo o no hacerlo, sí cuenta con un margen de

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Clérico, L., *op. cit.*, 2011, p. 397.

⁹² En este sentido, Clérico habla de "medio necesario". Véase: Clérico, L., *op. cit.*, 2011, p. 393.

⁹³ Alexy, R., *op. cit.*, 2008, p. 410.

⁹⁴ Ejemplos al respecto pueden hallarse en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-271/95, T-502/95 y T-518/97, que serán analizadas en los capítulos 3 y 4 del presente trabajo.

discrecionalidad para escoger alguna de las opciones que se presentan como alternativas igualmente idóneas.⁹⁵ Un ejemplo de un derecho social que exige una acción positiva fáctica alternativa se da cuando el derecho a la vivienda puede ser cumplido alternativamente o bien con la entrega de un inmueble en propiedad o bien con el pago de un alquiler o bien con la entrega de un subsidio habitacional. Esto puede ser representado así:

(AA) $A_{pf1}; A_{pf2}; A_{pf3}; A_{pf\langle n \rangle}$

O, más resumidamente:

(AA') $A_{pf\langle n \rangle}$

En donde " A_{pf} " representa a la acción positiva fáctica y " $\langle n \rangle$ " a su carácter disyuntivo o alternativo.

La consideración de esta diferencia lógica es importante porque permite determinar el alcance de la objeción dirigida contra la racionalidad de las decisiones jurídicas concernientes a derechos sociales. Así, algunas teorías rechazan la racionalidad de esta clase de decisiones, en virtud de que las normas de derecho social no solo no determinarían cuál es el grado exacto de realización en que estos derechos deben ser cumplidos⁹⁶, sino tampoco cuáles son las acciones positivas fácticas que en concreto deben

⁹⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 411; Clérico, L., op. cit., 2011, p. 394.

⁹⁶ Böckenförde, E., op. cit., 1993, p. 79.

ser realizadas.⁹⁷ Esta objeción es perfectamente atendible en lo que refiere a la determinación del grado de cumplimiento debido de los derechos sociales.⁹⁸ Pero no lo es en lo que refiere a la determinación de la acción positiva fáctica que debe ejecutarse. Ello, primeramente, porque tal indeterminación no es necesaria en todos los supuestos. Muchas veces, la determinación del grado de cumplimiento debido trae aparejada la determinación de la acción positiva fáctica a ejecutar. Esto sucede, como ya se advirtió, cuando existe un derecho social que exige una acción positiva fáctica definida. Ahora bien, sí se evidencia una indeterminación necesaria en todos aquellos casos en que exista un derecho social que ordene la realización de una acción positiva fáctica disyuntiva o alternativa. Sin embargo, esto no implica de por sí un problema de racionalidad para la toma de decisiones jurídicas. Solo significa que el obligado a cumplir definitivamente con un derecho social, cuenta con un margen de discrecionalidad para elegir cuál de las acciones positivas fácticas alternativas adoptar.

IV. Recapitulación

El concepto de norma de derecho social que aquí se asume reza: una norma de derecho social es toda aquella norma constitucional que ordena la realización de un derecho social. A pesar de su notable simplicidad, esa definición requirió explicitar y fundamentar cada uno de los presupuestos teóricos sobre los que se asienta.

⁹⁷ Böckenförde, E., op. cit., 1993, p. 77.

⁹⁸ Aunque, como se verá más adelante, puede demostrarse que existen reglas y formas de la argumentación que permiten fundamentar la validez de normas constitucionales que ordenan una realización de un derecho social en un grado exacto o definitivo de cumplimiento. Véase: Cap. 3 y 4.

En un primer lugar se ha puesto de relieve cuál es el concepto de norma presupuesto. Se ha adoptado el concepto “semántico” de las normas, en razón de ser el más adecuado teniendo en cuenta la perspectiva de investigación específicamente jurídica que aquí se desarrolla. El concepto “semántico” parte de la distinción analítica entre enunciado normativo y norma. Un enunciado normativo es una expresión lingüística que o bien contiene expresiones deónticas o bien puede ser traducido a expresiones deónticas y que es utilizada para prescribir. Una norma, en cambio, es el significado de un enunciado normativo.

En segundo lugar, se ha delimitado la utilización del concepto de norma de derecho social solamente para aquellas normas que cuentan con rango constitucional. Una norma cuenta con rango constitucional cuando puede ser fundamentada como parte del significado de, al menos, un enunciado constitucional. Existen normas de derecho social “directamente estatuidas” e “indirectamente estatuidas” por los enunciados constitucionales. Las primeras son aquellas que se extraen directamente del texto de los enunciados constitucionales. Las segundas son aquellas que, si bien no se extraen directamente del texto constitucional, es posible aducir a favor de su validez una fundamentación jurídicamente correcta en razón de otros argumentos interpretativos (más allá de los semánticos), de argumentos basados en opiniones dogmáticas, precedentes, analogías, argumentos jurídicos especiales, juicios de proporcionalidad o argumentos prácticos en general.

Por último, el tercer elemento que delimita conceptualmente a las normas de derecho social está constituido por el hecho de que se trata de normas que ordenan la realización de un derecho social. Aquí los derechos sociales han sido entendidos en un sentido estricto, esto es, como derechos subjetivos a una acción positiva fáctica. Los derechos sociales son derechos subjetivos en el sentido de que pueden ser representados como una

relación triádica entre un sujeto titular, un sujeto destinatario y un objeto. A su vez, que se trate de derechos a una acción positiva fáctica significa que su objeto exige la entrega de un bien material o la prestación de un servicio. Este objeto puede exhibir tanto una estructura definida como alternativa, dependiendo de cuántas sean las acciones positivas fácticas que resulten idóneas para realizar con el grado de cumplimiento debido de un derecho social.

CAPÍTULO 2: LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO SOCIAL

En el capítulo anterior han sido definidas las normas de derecho social como aquellas normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social. Sin embargo, no es mucho lo que se ha logrado con ello. Pues, la mera identificación de cuáles son las normas de derecho social válidas no siempre alcanza para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que mande el otorgamiento de un derecho social.⁹⁹ Esto último requiere, además, que la norma de derecho social, que pueda ser fundamentada como parte del significado de uno o varios enunciados constitucionales, ordene la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. La precisión que es lo que esto significa sugiere que deba proseguirse con un análisis acerca de las propiedades estructurales de esta clase de las normas.

En este segundo capítulo se defenderá la tesis de que las normas de derecho social deben ser distinguidas estructuralmente en dos clases: las reglas y los principios de derecho social. Son reglas de derecho social todas aquellas normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. Por el contrario, son principios de derecho social todas aquellas normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en el mayor grado posible, de acuerdo con

⁹⁹ Cf. Arango, R., op. cit., 2005, pp. 200 y ss.

las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. O, lo que es igual: son normas constitucionales que ordenan la optimización de un derecho social.

La fundamentación de esta tesis no puede ser más decisiva. Solamente con su ayuda es posible resolver de manera completa el problema de investigación metodológico aquí planteado. No obstante, se trata de una tesis que carga con una serie de presupuestos que son por demás polémicos y que exigen de una justificación exhaustiva. Así, en primer lugar, presupone que existe una separación estricta, y no meramente de grado, entre las reglas y los principios en general. Pero aquí puede presentarse el interrogante respecto de cuál es el criterio que permite fundamentar una distinción semejante. En segundo lugar, presupone que esa diferencia estricta entre reglas y principios de derecho social yace en su estructura. Pues, las reglas son definidas como “mandatos de cumplimiento exacto”, mientras que los principios como “mandatos de optimización”. Sin embargo, el concepto de “mandatos de optimización” ha sido blanco de numerosas críticas, las cuales exigen algún tipo de repuesta. Por último, también asume que la distinción estructural entre reglas y principios en general es aplicable al caso especial de las normas de derecho social. Pero para que esto resulte aceptable debe demostrarse que ello resulta adecuado en términos dogmático-interpretativos. Estas tres cuestiones serán tratadas a lo largo del presente capítulo.

I. La distinción estricta entre reglas y principios

Sostiene una tesis estricta de la separación¹⁰⁰ toda aquella teoría que afirme que la diferencia entre reglas y principios no es meramente de

¹⁰⁰ El término “tesis de la separación estricta” es tomado de Alexy (*„Die strenge Trennungsthese“*). Cf. Alexy, R. „Zum Begriff des Rechtsprinzips“, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p. 48. En el mismo sentido, véase: Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 53.

grado,¹⁰¹ sino entre dos clases de las normas. Por lo tanto, de acuerdo con esta posición, toda norma solamente puede ser o bien una regla o bien un principio.¹⁰² La pregunta es si existe algún criterio que permita fundamentar esto. Un análisis pionero en este sentido halla su origen en el influyente artículo de R. Dworkin titulado *The Model of Rules* (El modelo de las reglas).¹⁰³ Es por ello que en lo que sigue será discutido.

I.1. La teoría de R. Dworkin

Dworkin inicia su exposición mencionando el conocido caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto por el Tribunal de Nueva York en 1889.¹⁰⁴ El interrogante del caso era si un heredero testamentario debía recibir la herencia, incluso cuando éste, para asegurarse y adelantar su cobro, hubiera asesinado al testador. El heredero basó su pretensión en la regla jurisprudencial que

¹⁰¹ La tesis que sostiene que existe una diferencia meramente de grado entre reglas y principios es denominada “tesis débil de la separación” („*Die schwache Trennungsthese*“). Cf. Alexy, R., op. cit., 1995, p. 64. Representantes de esta posición pueden ser encontrados en: Hart, H., “Postscriptum”, en: Rodríguez, C., (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, p. 199; Raz, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5, 1972, p. 838; Carrió, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abaledo-Perrot, 1970, p. 59. Existe una tercera posición que afirma que no cabe establecer distinciones de ningún tipo entre reglas y principios. Esta posición es denominada “tesis de la conformidad” („*Die Übereinstimmungsthese*“). Cf. Alexy, R., op. cit., 1995, p. 64. Un representante de esta posición se encuentra en: Aarnio, A., “Las reglas en serio”, en: Aarnio, A.; Garzón Valdés, E y Usitalo, J., *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, es posible agrupar a la “tesis de la separación débil” y a la “tesis de la conformidad” bajo un mismo grupo de teorías que rechazan la “tesis de la separación estricta”. Pues, el debate que aquí interesa es, ni más ni menos, si es posible hallar criterios para fundamentar una “tesis estricta de la separación”. Cf. García Figueroa, A., *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 132.

¹⁰² Alexy, R., op. cit., 2008, p. 68.

¹⁰³ La distinción de Dworkin entre las reglas y los principios se encuentra, fundamentalmente, en: “The model of rules I” y “The model of rules II”. Ambos artículos han sido compilados en el libro *Taking Rights Seriously*. Cf. Dworkin, R., op. cit., 1997. Posteriormente, Dworkin ha modificado parcialmente esta terminología en su teoría. Cf. Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

¹⁰⁴ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 39.

prescribe que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido. El testamento bajo análisis cumplía, efectivamente, con tales condiciones. No obstante, el Tribunal decidió establecer una excepción a dicha regla, basándose en el principio que prescribe que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo o injusticia”. Finalmente, el testamento fue declarado inválido y no se efectuó la entrega de la herencia.

De acuerdo con Dworkin, existe una diferencia “lógica” entre la regla que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos es válido y el principio de que prohíbe beneficiarse de su propio dolo o injusticia.¹⁰⁵ Esta diferencia “lógica” se pone en evidencia sobre la base de dos criterios. El primer criterio supone que las reglas se aplican a la manera “todo-o-nada”, mientras que esto no es así en el caso de los principios.¹⁰⁶ El segundo criterio supone, a su vez, que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: “la dimensión del peso o la importancia”.¹⁰⁷

I.1.1. La aplicación a la manera “todo-o-nada” de las reglas

Que las reglas se apliquen a la manera “todo-o-nada” significa que si se cumple su supuesto de hecho, entonces o bien la regla es válida y su consecuencia jurídica determina concluyentemente la decisión del caso o bien es inválida y no aporta en nada a la decisión.¹⁰⁸ Aquí podría objetarse que las reglas pueden tener cláusulas de excepción. Sin embargo, esto no invalida su carácter “todo-o-nada”. Pues, un enunciado proposicional que describa la validez de reglas debe tener en cuenta también a sus excepciones. De lo contrario, se trataría de un enunciado incompleto. Si la

¹⁰⁵ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 40.

¹⁰⁶ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 40.

¹⁰⁷ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 43.

¹⁰⁸ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 40.

lista de excepciones es muy extensa, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla. Pero, en teoría, no hay razón por la cual no se las pueda enumerar a todas.¹⁰⁹

Contrariamente, no es así como operan los principios. Aun cuando resulten válidos y se cumpla su supuesto de hecho, éstos no necesariamente establecen consecuencias jurídicas de manera automática. Solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de otro principio que apunta en una dirección contraria.¹¹⁰ Así, por ejemplo, el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo suele quedar desplazado en favor de otros principios en los casos de usucapión.¹¹¹ Estos ejemplos en contrario no pueden ser vistos como cláusulas de excepción que integran enunciados proposicionales más extensos. Pues, ni siquiera en teoría pueden ser enumerados de antemano.

Sin embargo, es dudoso que el criterio de la aplicación a la manera “todo-o-nada” de las reglas sea totalmente adecuado para fundamentar una distinción estricta entre reglas y principios. Si se asume, tal como lo hace Dworkin, que los sistemas jurídicos están compuestos no solo por reglas, sino también por principios, entonces tampoco pueden ser enumeradas, ni siquiera en teoría, las excepciones a las reglas.¹¹² Pues, resulta lógicamente posible añadirles una cláusula de excepción, hasta entonces no prevista, como resultado de una ponderación entre el principio que subyace a la regla y un principio colisionante con mayor peso.¹¹³ Esto es precisamente lo que sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*. La posibilidad de que los principios añadan nuevas excepciones a las reglas impide que estas últimas puedan

¹⁰⁹ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 41.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 42.

¹¹² Alexy, R., op. cit., 1995, p. 71.

¹¹³ Cf. *Ibidem*.

ser siempre aplicadas a la manera “todo-o-nada”.¹¹⁴ Por lo tanto, este primer criterio debe ser descartado.

I.1.2. La “dimensión del peso” de los principios

Mucho más interesante resulta el segundo criterio identificado por Dworkin. Este supone que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la “dimensión del peso o la importancia”.

Que los principios cuenten con una “dimensión del peso” significa que cuando éstos entran en una contradicción, quien tenga resolver el problema debe considerar cuál es el peso o la importancia relativa de cada uno de ellos, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. Así, por ejemplo, en *Riggs vs. Palmer* se presentó una colisión entre el principio que ordena respetar las reglas testamentarias del *Common Law* y el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo o injusticia. Para resolver el caso, el tribunal neoyorkino debió fundamentar que, en ese caso concreto, el segundo principio gozaba de un peso mayor con respecto al primero. Pero esto no implicó la pérdida de la validez del principio desplazado.¹¹⁵ Todo lo contrario, éste sigue operando como una razón a tener en cuenta para la resolución de los casos futuros e incluso puede obtener precedencia si, ante nuevas circunstancias, éste cuenta con un peso o importancia mayor.

En cambio, las reglas no exhiben esa “dimensión del peso”. Cuando dos reglas entran en conflicto una de ellas debe dejar de ser válida.¹¹⁶ La

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 42.

¹¹⁶ Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 43. Sieckmann señala con acierto que, toda vez que las reglas son normas dirigidas directamente a la acción, la validez de dos reglas contradictorias es vista como un error. Esto no sucede con los principios que, en lugar de ser normas dirigidas directamente a la acción, son argumentos normativos para los juicios

declaración de su invalidez implica que la regla deja de operar como una razón para la toma de decisiones. Y esto no solo para el caso presente, sino, además, para el resto de los casos futuros.

La distinción estricta entre reglas y principios basada en el criterio de la “dimensión del peso” ha sido objetada detalladamente por J. Raz.¹¹⁷ Raz sostiene que Dworkin ha puesto en escena un punto importante: que las contradicciones entre normas pueden resolverse o bien invalidando a una de las normas o bien mediante la evaluación de su peso o importancia. Sin embargo, según Raz, esto no está directamente relacionado con una determinada cualidad lógica de las normas. La prueba de ello es que las reglas pueden exhibir, también, una “dimensión del peso” frente a situaciones de contradicción normativa.¹¹⁸ Raz propone dos ejemplos en ese sentido.

Un primer ejemplo lo extrae del discurso práctico general. Sugiere tomar, por un lado, la regla que ordena cumplir las promesas y, por el otro, la regla que prohíbe mentir. Es posible imaginar una situación hipotética en que solamente pueda ser cumplida una promesa mintiendo. Ante tal situación, resultaría absurda una decisión que resolviese el conflicto mediante la invalidez de una de las reglas. Lo más razonable es establecer una relación de preferencia entre ellas, tomando en cuenta cuál es su peso o importancia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso.¹¹⁹

El segundo ejemplo lo extrae del discurso jurídico. En el caso *Riggs vs. Palmer* se suscitó una contradicción entre la regla de los testamentos que dispone que todo testamento firmado por tres testigos debe ser

de ponderación. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 83; , J., op. cit., *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 21 y ss.

¹¹⁷ Cf. Raz, J., op. cit., 1972. En el mismo sentido, véase también: Hart, H., op. cit., 1997 y Carrió, G., op. cit., 1970.

¹¹⁸ Raz, J., op. cit., 1972, p. 834.

¹¹⁹ *Ibidem*.

considerado válido y el principio de que prohíbe beneficiarse de su propia injusticia. Como bien señala Dworkin, este caso se resolvió considerando el peso relativo de las normas en concreto. Siendo esto así, entonces debe concluirse que la regla referida a la validez de los testamentos también adquirió una “dimensión del peso”.¹²⁰

Sin embargo, la objeción de Raz resulta poco convincente. Ello, en virtud de tres argumentos. En primer lugar, es cierto que el ejemplo de la contradicción entre la norma que ordena cumplir las promesas y la norma que prohíbe mentir debe ser resuelto tomando en cuenta sus respectivos pesos relativos en concreto. Con todo, ello solamente constituye una prueba de que son normas que exhiben una “dimensión del peso”. Pero no prueba, por sí solo, que tengan la estructura de reglas. Desde el punto de vista de una teoría que sostenga la “tesis estricta de la separación”, es posible responder que la mencionada contradicción se resuelve en la “dimensión del peso” precisamente en virtud de que se trata de normas con estructura de principios y no, como presupone Raz, de reglas.

En segundo lugar, si bien es cierto que en el caso *Riggs vs. Palmer* se agregó una nueva cláusula de excepción a una regla en virtud de un juicio de ponderación, ello no significa que la regla haya adoptado una “dimensión del peso”.¹²¹ Solamente puede concebirse una colisión cruzada entre un principio y una regla a costa de simplificar inadecuadamente la situación de contradicción. Más bien, en el caso *Riggs vs. Palmer* se trató de una colisión entre el principio subyacente a la regla, que ordena respetar en la mayor medida posible a las reglas testamentarias del *Common Law*, y el principio que prohíbe en la mayor medida posible que alguien pueda beneficiarse de su propia injusticia.

¹²⁰ Raz, J., op. cit., 1972, p. 837.

¹²¹ Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 74.

El tercer y último argumento está relacionado con las propiedades estructurales de los sistemas jurídicos. Incluso si se admitiera que la objeción de Raz es acertada y que las reglas exhiben también una “dimensión del peso”, entonces solamente se habría comprobado que no existen las reglas.¹²² De esta forma, habría que admitir que los sistemas jurídicos están compuestos exclusivamente por principios y que las decisiones judiciales dependen únicamente juicios de ponderación. Sin embargo, esto no puede ser aceptado como una reconstrucción adecuada, puesto que no resultaría descriptivo de cómo funcionan los sistemas jurídicos vigentes. Por lo tanto, si se parte de que los sistemas jurídicos contienen reglas, pero que, a la par de ellas, existen otras normas que exhiben una “dimensión del peso”, entonces la única alternativa plausible es buscar una explicación por medio de una teoría sobre los principios.¹²³

La neutralización de la objeción formulada por Raz es un indicio concreto de que el criterio de la “dimensión del peso” resiste a la crítica y que, por tanto, permite sentar las bases para distinguir de manera estricta entre dos clases de las normas en general: las reglas y los principios. No obstante, esto solamente significa un primer paso en la argumentación, puesto que aún debe clarificarse por qué razón los principios son normas que exhiben una “dimensión del peso”, mientras que las reglas no. Dilucidar esta cuestión exige ingresar en el complejo asunto referido a la definición conceptual de los principios.

¹²² Sieckmann, J., “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, en: Clérico, L.; Sieckmann, J. y Oliver-Lalana, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, p 46.

¹²³ *Ibídem*.

II. El concepto de los principios

En relación con el concepto de los principios existen varias teorías que se presentan como candidatas. Cabe mencionar no solo a la, quizás más conocida, teoría de R. Alexy, sino también a la de M. Atienza y J. Ruiz Manero¹²⁴ y a la de J. Sieckmann.¹²⁵ Un análisis acerca de cuál de estas concepciones es la más adecuada para dar cuenta de la distinción estricta entre reglas y principios resulta aquí indiferente.¹²⁶ Pues, más allá de los matices, con cualquiera de ellas es posible llegar a conclusiones semejantes.¹²⁷ Por tanto, aquí será suficiente con asumir la teoría de Alexy.

II.1. La teoría de R. Alexy

De acuerdo con Alexy, la distinción estricta entre reglas y principios se explica conceptualmente en razón de su estructura. Los principios exhiben una “dimensión del peso” porque son mandatos de optimización.¹²⁸ Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.¹²⁹ Por tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento debido depende de cuáles

¹²⁴ Cf. Atienza, M., y Ruiz Manero, J., op. cit., 2010, pp. 29 y ss.; Atienza, M., y Ruiz Manero, J., “Sobre principios y reglas”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, Alicante, 1991, pp. 101-120.

¹²⁵ Sieckmann, J., op. cit., 1990, pp. 52-85; Sieckmann, J., “Las propiedades lógicas de los principios”, en: *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 13-57; Sieckmann, J., op. cit., 2009, pp. 21-27.

¹²⁶ Sobre este asunto, puede verse: Sieckmann, J., op. cit., 1990, pp. 52-85; Sieckmann, J., op. cit., pp. 13-57; García Figueroa, A., op. cit., 1998, pp. 131-216.

¹²⁷ De hecho, Cruz Parceró propone una distinción semejante entre reglas y principios de derecho social, aunque utilizando el marco teórico de la teoría de Atienza y Ruiz Manero. Cf. Cruz Parceró, J., op. cit., 2007, pp. 61-99.

¹²⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 68.

¹²⁹ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 67.

sean las circunstancias empíricas y jurídicas existentes.¹³⁰ El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios opuestos.

En cambio, las reglas carecen de una “dimensión del peso” porque son mandatos de cumplimiento exacto.¹³¹ Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos. Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino o bien cumplidas o bien incumplidas y ello en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.¹³²

II.2. Conflictos entre reglas y colisiones entre principios

Alexy sostiene que una primera característica, ya identificada por Dworkin, que permite poner de relieve esta diferencia estructural entre reglas y principios yace en el diferente comportamiento que ambas clases de normas exhiben frente a situaciones de contradicción normativa.¹³³ Es común a los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios, una situación en la cual dos o más normas, cuyas consecuencias jurídicas resultan contradictorias, pretendan aplicación sobre un mismo caso. Sin embargo, la diferencia radica en que los conflictos entre reglas se solucionan exclusivamente en la “dimensión de la validez”, mientras que las

¹³⁰ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 68.

¹³¹ *Ibidem*. Alexy utiliza la expresión “mandatos definitivos”. Esta es una expresión sinónima de “mandato de cumplimiento exacto”.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 69.

colisiones entre principios se solucionan más allá de la “dimensión de la validez”, esto es: en la “dimensión del peso”.¹³⁴

II.2.1. El conflicto entre reglas

Que un conflicto entre reglas se resuelva exclusivamente en la “dimensión de la validez” significa que el mismo solo puede ser solucionado o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, al menos, una de ellas. Si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas, entonces ésta, si bien permanecerá válida, ya no resultará aplicable en aquellos casos futuros que presenten las mismas propiedades relevantes.¹³⁵ En cambio, si se declara inválida a una de las reglas, entonces ésta queda directamente expulsada del ordenamiento jurídico.

Un típico ejemplo de conflicto entre reglas lo ofrece un fallo emitido por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el que se presentó una contradicción entre una ley de un Estado federado, que prohibía la apertura de locales de venta los miércoles a partir de las 13 horas y una ley federal que lo permitía hasta las 19 horas. El Tribunal solucionó el caso siguiendo la norma que indica que el derecho federal debe primar por sobre el derecho de los Estados federados (Artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn). Por tanto, declaró nula a la primera regla mencionada.¹³⁶ Por supuesto, los criterios de solución de conflictos entre reglas pueden variar según el sistema jurídico. Aunque es común que se reconozcan a los siguientes: *lex*

¹³⁴ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 71.

¹³⁵ En este sentido, Afonso da Silva comenta que el agregado de una cláusula de excepción es una declaración parcial de invalidez. Cf. Afonso da Silva, V., *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 46.

¹³⁶ Alexy, R., “Sistema jurídico y razón práctica”, en: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 162.

posterior derogat legi priori, lex general derogat legi specialis, lex superior derogat legi inferiori. No obstante, e independientemente del criterio seleccionado, lo decisivo es que la decisión invalida parcial o totalmente a una de ellas y que ello tiene efectos en lo sucesivo.¹³⁷

II.2.2. La colisión entre principios

Que las colisiones entre principios se resuelvan más allá de la “dimensión de la validez”, esto es: en la “dimensión del peso”, significa que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder ante el otro. Sin embargo, ello no implica declarar inválido al principio desplazado ni que haya que introducirle una cláusula de excepción.¹³⁸ Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede a otro. Pero, bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser respondida de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente “peso relativo” y que debe primar el principio con mayor peso.¹³⁹

Un ejemplo típico de colisión entre principios es aquel que se suscita entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección del honor.¹⁴⁰ Esta clase de contradicciones no pueden ser solucionadas invalidando total o parcialmente a una de las normas, sino determinado una relación de precedencia condicionada en favor de una de ellas, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. De esta manera, si bien la precedencia de un principio desplaza a la realización del otro en el caso

¹³⁷ Cf. Borowski, M., op. cit., 2007, p. 80.

¹³⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 70.

¹³⁹ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 71.

¹⁴⁰ En este sentido, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Kimel, Eduardo c/ Argentina”.

concreto, éste último no queda excluido como una razón a tomar en cuenta para la resolución de casos futuros. Es por ello que resulta probable que en un nuevo caso esa relación de precedencia resulte inversa.¹⁴¹

II.2.3. La ley de la colisión

Las colisiones entre principios deben ser resueltas, entonces, a través de la determinación de una relación de precedencia. Ahora bien, las relaciones de precedencias pueden ser incondicionadas o condicionadas. Esto puede ser representado de la siguiente manera:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

Las proposiciones (1) y (2) representan relaciones de precedencias incondicionadas. Se puede hablar también de precedencias “abstractas”.¹⁴² Estas primeras dos posibilidades quedan excluidas por definición. Pues, se trata de relaciones de precedencias cuya solución se resuelve exclusivamente en la “dimensión de la validez”. Una reconstrucción semejante solo sería adecuada si fuera posible fundamentar un orden

¹⁴¹ Alexy, R., op. cit., 1993, p. 163.

¹⁴² Alexy, R., op. cit., 2008, p. 73.

escalonado o lexicográfico de los principios.¹⁴³ Por el momento, esto se presenta como algo imposible.¹⁴⁴

Por lo tanto, solamente cabe considerar a las proposiciones (3) y (4), las cuales representan relaciones de precedencia condicionadas. Se puede hablar también de precedencias “concretas”.¹⁴⁵ La determinación de una relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso concreto, se indican cuáles son las circunstancias por las cuales un principio debe preceder al otro y que justifican que deba seguirse su consecuencia jurídica. Esto se logra por medio de un juicio de proporcionalidad. Esta clase de juicios se fundamenta en razón de la propia estructura de los principios.¹⁴⁶ Pues, los sub-examen de idoneidad y necesidad responden a la exigencia de optimizar a los principios en relación con sus propiedades fácticas, mientras que el sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto responde a la exigencia de optimizar a los principios en relación con sus posibilidades jurídicas.¹⁴⁷ La cuestión relativa a cuál es la estructura de los juicios de proporcionalidad será tratado más adelante.¹⁴⁸

Más importante ahora es observar cómo es que las circunstancias “C” cumplen un doble rol. Por un lado, son las condiciones sobre las cuales se justifica una determinada relación de precedencia. Por el otro, constituyen el supuesto de hecho de una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que prevalece.¹⁴⁹ Como consecuencia

¹⁴³ Una teoría semejante es propuesta por John Rawls. Cf. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1991.

¹⁴⁴ Cf. Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, N° 5, 1998, p. 146.

¹⁴⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 74.

¹⁴⁶ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 91.

¹⁴⁷ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 92 y ss.

¹⁴⁸ Véase: Cap. 4.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

de ello, puede formularse la siguiente ley sobre la conexión que existe entre las relaciones de precedencia condicionadas y las reglas:

(K) si el principio P_1 , en las condiciones C_1 , tiene una precedencia sobre el principio P_2 ; y si de P_1 , en las circunstancias C_1 , se sigue la consecuencia jurídica OR_1 ; entonces, tiene validez la regla que contiene a C_1 como supuesto de hecho y a OR_1 como su consecuencia jurídica.¹⁵⁰

En términos formales:

(K') (1) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_1$
(2) $P_1 \rightarrow OR_1$
(3) $C_1 \rightarrow OR_1$ (1) y (2)

Esto ha sido resumido de una manera menos técnica por Alexy a través de la "Ley de la Colisión". La misma indica:

(K') las circunstancias concretas bajo las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que precede.¹⁵¹

Ahora bien, aquí puede presentarse el interrogante respecto a cuál es la naturaleza conceptual de la regla que surge como resultado de la

¹⁵⁰ Ibídem. La regla es denominada mediante una "K", ya que en la versión original en alemán representa la idea de „das Kollisionsgesetz“, cuya traducción al español significa "Ley de la Colisión".

¹⁵¹ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 74.

determinación de una relación de precedencia condicionada.¹⁵² Ello obtiene respuesta a través de la distinción entre las normas “directamente estatuidas” y las “normas indirectamente estatuidas”. Las primeras fueron definidas como aquellas que obtienen su fundamentación correcta con la sola mención del texto del enunciado normativo. Las segundas, en cambio, son aquellas que obtienen su fundamentación correcta por medio de otros argumentos jurídicos adicionales. Como se verá más adelante, un juicio de proporcionalidad representa una estructura de argumentación que permite fundamentar la adscripción de una norma al significado de un enunciado normativo. De ello se sigue que la regla que surge como su resultado es, en términos conceptuales, una norma “indirectamente estatuida”.

II.3. El distinto carácter *prima facie* de las reglas y los principios

Una segunda característica que permite evidenciar la diferencia estructural entre reglas y principios es que ambas clases de normas cuentan con un distinto carácter *prima facie*. Así, los principios son normas que ordenan que algo deba ser realizado en su mayor grado posible, teniendo en cuenta cuáles son sus posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que nunca determinan la solución de los casos concretos de manera definitiva, sino solamente *prima facie*.¹⁵³ Las reglas, en cambio, ordenan que algo sea realizado en el grado exacta en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos. Esto podría llevar a pensar que las reglas siempre determinan la solución de los casos concretos. Esto es lo que presupone Dworkin cuando afirma que las reglas se aplican a la manera “todo-o-nada”. Sin embargo, como ya se ha analizado, en un sistema jurídico compuesto tanto

¹⁵² Alexy, R., op. cit., 2008, p. 79.

¹⁵³ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 80.

por reglas como por principios nunca queda clausurada la posibilidad de que a una regla se le agregue una cláusula de excepción hasta entonces no prevista, en virtud de una nueva relación de precedencia condicionada entre principios.¹⁵⁴

Con todo, lo anterior no debe llevar a pensar que los principios y las reglas tienen un mismo carácter *prima facie*. Esta intuición solo sería correcta en caso de que existiese un sistema normativo que no otorgue ningún peso a los “principios formales”¹⁵⁵ que confieren mayor importancia a las determinaciones normativas ya establecidas. Pero esto no suele ser así. Habitualmente las reglas cuentan con un carácter *prima facie* más fuerte que los principios, en virtud de tratarse de una determinación ya tomada autoritativamente o temporalmente transmitida.¹⁵⁶ De esta manera, un principio es desplazado, simplemente, cuando en el caso que hay que decidir un principio opuesto tiene un peso relativo mayor. En cambio, una regla no es excluida, sin más, cuando en el caso concreto un principio opuesto tiene un peso relativo mayor que el principio material que le

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 81. Los “principios formales” pueden ser definidos como normas que fundamentan la obligatoriedad de una determinación normativa en razón de ser el resultado de un procedimiento anterior y con independencia de cuál sea su contenido específico. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 147 y Sieckmann, J., op. cit., 2009, p. 137; Afonso da Silva, V., op. cit., 2002, p. 145; Portocarrero Quispe, J., *Der autoritative Charakter von Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 18. Los “principios formales” se diferencian de los “principios materiales” únicamente en virtud de su contenido. Así, los primeros no presuponen ningún contenido específico que esté ordenado optimizar. Ello será dependiente de los procedimientos que otorgan validez a las determinaciones normativas. En cambio, los segundos sí presuponen un contenido específico, el cual permanece invariable. Tal es el caso del principio que ordena optimizar el derecho a la vida. Más allá de ello, los “principios formales” no se distinguen de los “principios materiales” en lo que respecta a su estructura. Son, también, mandatos de optimización. Esto quiere decir que se trata de normas que ordenan respetar a las determinaciones normativas que surgen de procedimientos anteriores en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas realmente existentes. En este sentido, son normas pasibles de ponderación. Alexy, R., “Formal Principles: Some Replies to Critics” *J•CON*, Vol. 12 No. 3, 2014, p. 515.

¹⁵⁶ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 81.

subyace. Se exige, además, que sean desplazados los “principios formales”.

A su vez, los principios tienen un carácter *prima facie* más débil que las reglas incluso en aquellos casos en que resultan reforzados por el sistema jurídico. Esto se da cuando un sistema jurídico establece en favor de un principio una precedencia *prima facie* en abstracto.¹⁵⁷ Las reglas de la carga de la argumentación no liberan de la necesidad de determinar los pesos relativos concretos de los principios a los efectos de determinar la solución para el caso. Solo tienen como consecuencia que cuando se da razones igualmente buenas o ante situaciones de duda, debe darse prioridad a un principio sobre el otro. Contrariamente, cuando se cumple con el supuesto de una regla válida, a la cual no cabe agregarle ninguna nueva cláusula de excepción, la misma permite resolver el caso concreto sin la necesidad de explicitar ponderación alguna.¹⁵⁸

II.4. Objeciones a la teoría de Alexy

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, el concepto de los principios como “mandatos de optimización” está expuesto a numerosas objeciones. Aquí se tomarán en cuenta, únicamente, algunas de las más relevantes. A continuación, se presentarán y evaluarán, respectivamente, las objeciones de Atienza y Ruiz Manero, de Habermas y de Aarnio y Sieckmann.

¹⁵⁷ En relación con el concepto de “peso abstracto”, véase: Cap. 2.III.3.2. y Cap. 4.III.4.2.

¹⁵⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 82.

II.4.1. La objeción de M. Atienza y J. Ruiz Manero

Según Atienza y Ruiz Manero, la tesis de los principios como “mandatos de optimización” es distorsionadora,¹⁵⁹ puesto que no es cierto que todos los principios resulten pasibles de un cumplimiento gradual. De acuerdo con ellos, existen algunos principios que solo pueden ser o bien cumplidos o bien incumplidos.

Así, los principios deben ser diferenciados entre “principios en sentido estricto” y “directrices”.¹⁶⁰ Los primeros son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada o definitiva. En cambio, los segundos son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta y, por lo tanto, pasible de ser cumplida en diferentes grados.¹⁶¹ Tomando en cuenta esa clasificación, la teoría de Alexy sólo sería adecuada en lo que se refiere a las “directrices”, pero no en lo que refiere a los “principios en sentido estricto”.¹⁶²

Un ejemplo de un “principio en sentido estricto” es aquel que se extrae del artículo 14 de la Constitución española.¹⁶³ El mismo dispone:

(E8) “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹⁵⁹ Atienza, M., y Ruiz Manero, J., op. cit., 2010, p. 34.

¹⁶⁰ Atienza, M., y Ruiz Manero, J., op. cit., 2010, p. 27. Esta distinción la toma de Dworkin. Cf. Dworkin, op. cit., 1997, p. 38 y 39.

¹⁶¹ Atienza, M., y Ruiz Manero, J., op. cit., 2010, p. 30.

¹⁶² Atienza, M., y Ruiz Manero, J., op. cit., 2010, p. 31.

¹⁶³ *Ibíd.*

La norma que de allí surge puede ser reconstruida, según Atienza y Ruiz Manero, de la siguiente manera: “Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”.¹⁶⁴ De esta reconstrucción se extrae que, independientemente que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe discriminar exige un juicio de ponderación, su consecuencia jurídica es de cumplimiento exacto, puesto que “o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”.¹⁶⁵

Sin embargo, la objeción de Atienza y Ruiz Manero no permite probar por sí sola la falsedad de la tesis de los principios como “mandatos de optimización”. Ello, toda vez que la norma reconstruida por Atienza y Ruiz Manero es una norma que exige un cumplimiento exacto, como consecuencia del agregado de la cláusula de excepción no escrita que dispone: “(...) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso (...)”. Siempre que a un principio se le agregue esa cláusula, el mismo contendrá una consecuencia normativa exacta.¹⁶⁶ Pero esto resulta

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., op. cit., 2012, p. 33.

¹⁶⁶ Alexy, R., „Zur Struktur der Rechtsprinzipien“, en: Schilcher, B. et. Al (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Osterreich Verlag, 2000, p. 41.

trivial,¹⁶⁷ ya que previamente debe ser relativizado de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas realmente existentes.

II.4.2. La objeción de J. Habermas

De acuerdo con Habermas, la definición de los principios como “mandatos de optimización” conduce a su asimilación con los valores, los cuales se diferencian conceptualmente de las normas.¹⁶⁸

Entre las normas y los valores existe una diferencia lógica.¹⁶⁹ Las normas tienen un sentido deontológico. Esto quiere decir que califican algo como debido u obligatorio. En cambio, los valores tienen un sentido teleológico. Es decir, califican algo como bueno o preferible. Además, las normas tienen una pretensión binaria de validez; obligan o no obligan. Mientras que los valores pueden ser realizados en diferentes grados. Asimismo, la validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal. Los valores, por su parte, tienen el sentido relativo de ser una preferencia vinculada a una determinada forma de vida. Por último, las normas no pueden contradecirse entre sí; deben formar un sistema coherente. Mientras que los valores sí pueden contradecirse y, de hecho, compiten por lograr una relación de preferencia.¹⁷⁰ Si, tal como lo define la teoría de Alexy, los principios son entidades capaces de ser cumplidas en diferentes grados, relativos a determinadas condiciones y que compiten entre sí por lograr una relación de precedencia condicionada, entonces debe concluirse que sufren una

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ Habermas, J., *op. cit.*, 2005, p. 329.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Habermas, J., *op. cit.*, 2005, p. 328.

pérdida de su carácter deontológico.¹⁷¹ De esta manera, resultan incompatibles con el propio concepto de las normas.

No obstante, esta objeción puede ser sorteada a través de las siguientes precisiones. Es cierto que las normas y los valores se diferencian conceptualmente.¹⁷² Las normas, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos.¹⁷³ Conceptos deontológicos son el mandato, la prohibición o el permiso. Común a todos ellos es que pueden referirse a un concepto deontológico fundamental: al concepto de deber ser. Los valores, en cambio, pertenecen al ámbito de los conceptos axiológicos.¹⁷⁴ Los conceptos axiológicos no se refieren al concepto deontológico fundamental del deber ser, sino al concepto de lo bueno. Ahora bien, los principios han sido definidos como “mandatos de optimización”. En cuanto mandatos, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, es decir, establecen algo como debido. De ello se sigue que se trata de normas y no valores.¹⁷⁵

Con todo, existe una semejanza entre las normas y los valores en lo que refiere a su estructura.¹⁷⁶ Así, un objeto puede ser valorado según diferentes criterios. Por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, belleza, entre otros. Estos criterios de valoración pueden entrar en colisión entre sí, de manera que se torna necesaria una ponderación, a los efectos de establecer una valoración definitiva.¹⁷⁷ De esta manera, puede notarse cómo los criterios de valoración se compadecen estructuralmente con los principios y el establecimiento de una valoración definitiva con las reglas. Pero tal semejanza estructural no supone su asimilación conceptual. Los valores

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² Alexy, R., op. cit., 2008, p. 118.

¹⁷³ von Wright, H., *La lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Eudeba, 1967, p. 7.

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ Alexy, R., op. cit., 1998, p. 145.

¹⁷⁶ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 123.

¹⁷⁷ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 122.

continúan teniendo un carácter axiológico y las normas un carácter deontológico. Así pues, lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de las normas es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo definitivamente mejor, en el modelo de las normas es lo debido definitivamente.¹⁷⁸ Ello pone de relieve que las normas y los valores no pueden ser distinguidos por razones estructurales.¹⁷⁹ En este sentido, Habermas se excede al asimilar el concepto de las normas con la composición estructural de las reglas.¹⁸⁰

II.4.3. La objeción de A. Aarnio y J. Sieckmann

Aarnio y Sieckmann sostienen, respectivamente, que los “mandatos de optimización”, así entendidos, tienen la estructura de “mandatos de cumplimiento exacto”. Ello toda vez que el mandato de optimizar no admite un cumplimiento gradual: se cumple o no se cumple; o bien se realiza en un grado óptimo o bien no se realiza en un grado óptimo.¹⁸¹ Si esto es así, entonces el concepto de “mandato de optimización” no es apto para reflejar la distinción estricta entre principios y reglas.¹⁸²

Esta objeción es acertada. Sin embargo, no derrumba la posibilidad de establecer una distinción estructural entre reglas y principios sobre la base de la noción de optimización. Aunque sí exige establecer más precisiones.¹⁸³ Es cierto que el “mandato de optimización” en sí mismo es

¹⁷⁸ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 125.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Arango, R., “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en: Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver-Lalana, D. (coords.), op. cit., 2011, pp. 73-90.

¹⁸¹ Aarnio, A., “Las reglas en serio”, en: Aarnio, A.; Garzón Valdés, E y Uusitalo, J., op. cit., 1997, p. 27; Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 65.

¹⁸² Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 64; Sieckmann, J., op. cit., 2009, p. 22 y 23.

¹⁸³ Alexy, R. op. cit., 2000, p. 300.

una regla. Sin embargo, debe admitirse que se trata de un tipo especial de regla.¹⁸⁴ Ello toda vez que su definición presupone la existencia de algo que debe ser optimizado.¹⁸⁵ Por tanto, se hace necesario diferenciar analíticamente entre dos niveles de los principios. Así, en un meta-nivel se encuentra el “mandato de optimización”. El mismo tiene estructura de regla y no puede cumplirse en diferentes grados, sino de manera exacta.¹⁸⁶ En un nivel inferior se encuentra el “objeto a ser optimizado”.¹⁸⁷ Éste último, en cambio, sí puede ser cumplido en diferentes grados. Contiene, tomado en sí mismo, un “deber ideal”.¹⁸⁸ Un “deber ideal” es un deber aún no relativizado de acuerdo con las posibilidades limitadas del mundo empírico y jurídico.¹⁸⁹ Entre el “objeto a ser optimizado” o “deber ideal”, por un lado, y el “mandato de optimización”, por el otro, existe una relación primaria,¹⁹⁰ ya que un determinado objeto sólo puede ser optimizado o cumplido idealmente si existe un mandato en un meta-nivel que así lo establece. Teniendo en cuenta lo anterior, la estructura de los principios debe ser representada de la siguiente manera:

¹⁸⁴ Borowski, M., op. cit., 2007, p. 108.

¹⁸⁵ Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 75; Alexy, R., op. cit., 2000, p. 301;

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ Alexy denomina al objeto de optimización como “mandato a ser optimizado” (*command to be optimized*). Cf. Alexy, R., op. cit., 2000, p. 300. Sin embargo esta denominación es confusa, ya que el objeto a ser optimizado no implica necesariamente que sea un mandato. Bien puede ser una permisión o una prohibición. Cf. Sieckmann, J., “Los derechos fundamentales como principios”, en: Sieckmann, J., (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 30; Poscher, R., “Aciertos, errores y falso auto-concepto de la teoría de los principios”, en: Sieckmann, J. (ed): op. cit., 2011, p. 82. Por ello, a los efectos de este trabajo se denominarán “objeto a ser optimizado”. Cf. Borowski, M., op. cit., 2007, p. 108.

¹⁸⁸ Alexy, R., op. cit., 1995, p. 202. Alexy, R., op. cit., 2000, p. 300; Alexy, R., “Deber Ideal”, en: Alexy, R.: *La Construcción de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2010c, p. 45.

¹⁸⁹ Alexy, R., op. cit., 2010c, p. 43.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

(P) $Oopt\ p$

en donde “O” representa el operador deóntico del mandato; “*opt*” significa “optimizar”. “*Oopt*” es un “mandato de optimización”. “p”, por su parte, representa al “objeto de la optimización”.

La representación sugerida es útil para poner de relieve de una mejor manera cómo es que la diferencia estricta entre reglas y principios puede ser explicada conceptualmente en razón de sus respectivas propiedades estructurales. Pues, del mismo modo que los principios, las reglas también puede ser diferenciadas analíticamente en dos niveles. Así, en un meta-nivel se encuentra un “mandato de cumplimiento exacto” y, por debajo, el “objeto a ser cumplido exactamente”. Éste último contiene un “deber real”. Un “deber real” es un deber que ya ha sido relativizado de acuerdo con las posibilidades limitadas del mundo empírico y jurídico. También existe una relación primaria entre el “objeto a ser cumplido exactamente” o “deber real”, por un lado, y el “mandato de cumplimiento exacto”, por el otro. Pues, un determinado objeto sólo puede ser cumplido exactamente si existe un mandato en un meta-nivel que así lo establece. Teniendo en cuenta lo anterior, la estructura de las reglas debe ser representada de la siguiente manera:

(R) $Oexa\ p$

En donde “O” representa el operador deóntico del mandato; “*exa*” significa “exactamente”. “*Oexa*” es un “mandato de cumplimiento exacto”. “p”, por su parte, representa al “objeto a ser cumplido exactamente”.

III. La estructura de las normas de derecho social

Todo lo dicho hasta aquí ha servido para fundamentar, por un lado, que existe una separación estricta entre las reglas y los principios en general y, por el otro, que ello se explica conceptualmente en razón de sus diferentes composiciones estructurales. Sin embargo, esto no dice mucho respecto de las normas de derecho social en particular. La demostración de que la diferencia entre reglas y principios es también aplicable al caso de las normas de derecho social requiere de una fundamentación adicional de índole dogmático-interpretativa.¹⁹¹ Una fundamentación semejante debe aspirar a corroborar dos cosas. En primer lugar, que la distinción entre reglas y principios de derecho social representa una reconstrucción dogmática ajustada a las prácticas jurídicas reales. En segundo lugar, que ello puede ser defendido normativamente desde el punto de vista de la teoría constitucional. Ambas cuestiones serán desarrolladas en lo que sigue.

III.1. Un “modelo combinado” de reglas y principios de derecho social

Es posible demostrar que la distinción entre reglas y principios de derecho social representa una reconstrucción dogmática ajustada a las prácticas jurídicas reales con la ayuda de una argumentación contra-fáctica. Esta argumentación parte del siguiente interrogante: ¿qué sucedería si las normas de derecho social fueran reconstruidas a través de modelos dogmáticos puros? Un modelo dogmático es “puro” cuando concibe a todas

¹⁹¹ Alexy, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Madrid, 2011, p. 20; Borowski, M., op. cit., 2007, pp. 68 y ss.

las normas de derecho social o bien exclusivamente como principios o bien exclusivamente como reglas.

Se puede comenzar analizando la alternativa de un “modelo puro de principios de derecho social”. Supone un modelo semejante toda aquella teoría dogmática que sostenga que, a partir de los enunciados constitucionales, solamente es posible fundamentar la validez de principios de derecho social. De ello se deduce que su aplicación depende exclusivamente de los juicios de proporcionalidad y que únicamente pueden existir reglas de derecho social como resultado de las sucesivas resoluciones jurisprudenciales.¹⁹²

En contra de un “modelo puro de principios de derecho social” puede objetarse que no toma en serio a las determinaciones normativas ya instituidas en las propias Constituciones.¹⁹³ Así, existen ocasiones en que, a partir de una argumentación basada exclusivamente en la interpretación del texto de los enunciados constitucionales, es posible fundamentar la validez de reglas de derecho social. Tal es el caso de la norma que se extrae del artículo 27(3) de la Constitución Nacional de Sudáfrica, que dispone:

(E9) “A nadie puede serle rechazado un tratamiento médico de emergencia”.¹⁹⁴

¹⁹² Un modelo semejante es presupuesto por Borowski, quien define estructuralmente a los derechos sociales como “posiciones jurídicas *prima facie*”. Cf. Borowski, M., op. cit., 2007, p. 409 y ss. En similar sentido, véase: Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 389. Dentro de la teoría constitucional también puede evidenciarse esta posición, aunque con algunas ambigüedades y matices, en Bilchitz quien habla de “derechos sociales condicionales”. Cf. Bilchitz, D., op. cit., 2008, p. 75 y ss.

¹⁹³ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 96.

¹⁹⁴ “No one may be refused emergency medical treatment”

Con la institucionalización de dicho enunciado, el constituyente sudafricano parece haber determinado explícitamente cuál es el grado exacto en que debe ser cumplido el derecho a la salud frente a situaciones de emergencia.¹⁹⁵ Esto es, precisamente, lo que interpreta la Corte Constitucional sudafricana cuando afirma: “El propósito de [este...] derecho parece ser el de asegurar que dicho tratamiento sea otorgado ante una emergencia, y que no se vea frustrado por razones burocráticas u otras formalidades. A una persona que padece una catástrofe imprevista que clama por una atención médica inmediata, [...] no debería serle rechazada una ambulancia u otro servicio de emergencia disponible ni debería dejar de ser aceptada por un hospital que está en condiciones de brindarle el tratamiento necesario”.¹⁹⁶

Si dicha interpretación resulta aceptable, entonces se encuentra fundamentada la siguiente regla de derecho social directamente estatuida como parte significado del enunciado constitucional “E9”:

¹⁹⁵ Ello es así, incluso, aunque se trate de una norma que padezca de vaguedades semánticas. Los problemas de indeterminación semántica son algo distinguible de los problemas de indeterminación estructural. Así, por ejemplo, el artículo 166 inciso 2 del Código Penal Argentino prescribe que se aplicará reclusión de cinco a quince años a quien cometiera un robo con arma. Esa norma es una regla ya que no admite un cumplimiento gradual. O bien se cumple o bien se incumple. Ello a pesar de que existen indeterminaciones semánticas en torno qué entra y qué no entra dentro del núcleo de significado del término “arma”. Con todo, la objeción de indeterminación semántica de la norma del artículo 27 (3) de la Constitución de Sudáfrica será analizado en detalle más adelante. Véase: Cap. 3.I.

¹⁹⁶ “The purpose of [this...] right seems to be to ensure that treatment be given in an emergency, and is not frustrated by reason of bureaucratic requirements or other formalities. A person who suffers a sudden catastrophe which calls for immediate medical attention, [...] should not be refused ambulance or other emergency services which are available and should not be turned away from a hospital which is able to provide the necessary treatment”. Cf. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97 (“Soobramoney”), Juez Chaskalson, Cons. 20.

(N5) Está ordenado exactamente el derecho de recibir un tratamiento médico de emergencia.

Como puede advertirse, la norma “N5” no admite cumplimientos graduales. Solamente puede ser o bien cumplida o bien incumplida. De ello se deriva que se trata de una norma que garantiza un derecho social no-restringible.¹⁹⁷ Esto quiere decir que toda omisión de una o varias acciones positivas fácticas, que provoque una realización del derecho social por debajo del grado exactamente ordenado, supone una vulneración del derecho y, por tanto, un incumplimiento de la Constitución.

Este ejemplo resulta suficiente para demostrar por qué un “modelo puro de principios de derecho social” resulta inadecuado. Pues, no puede descartarse de antemano la posibilidad de que el constituyente explicita sus propias determinaciones normativas a través del texto constitucional. Ahora bien, el rechazo del “modelo puro de principios de derecho social” no implica automáticamente la adecuación de un modelo totalmente opuesto, esto es, un “modelo puro de reglas de derecho social”. Supone un modelo semejante toda aquella teoría dogmática que sostenga que, a partir de los enunciados constitucionales, siempre es posible fundamentar directamente reglas de derecho social, las cuales, sin perjuicio de que precisen de alguna concretización semántica o estructural, pueden ser aplicadas sin la necesidad de ingresar en un juicio de proporcionalidad.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Cf. Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 65 y ss.

¹⁹⁸ Sostienen implícitamente un modelo puro de reglas de derecho social todas aquellas teorías que afirman que el grado debido de cumplimiento de un derecho social es equivalente al ámbito de su “contenido esencial”. En este sentido, véase: Gomez Canotilho, J., “Metodología <<Fuzzy>> y <<camaleones normativos>> en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 6, 1998, p. 45; Parra Vera, O., op. cit., 2006, pp. 53-78. En

En contra de un “modelo puro de reglas de derecho social” puede objetarse que no permite dar cuenta de la mayoría de las contradicciones normativas que se suscitan en la materia. Esto puede ser puesto de relieve, por ejemplo, a través del análisis de cómo se comporta, frente a situaciones de contradicción, la ya citada norma que ordena realizar el derecho a la salud que se extrae del artículo 11° de la Constitución Política de Colombia. En el ámbito de la práctica constitucional colombiana es habitual que se traben contradicciones entre, por un lado, la norma que ordena realizar el derecho a la salud y, por el otro, la norma que ordena respetar las competencias para asignar y administrar de forma eficiente los recursos destinados al sistema de salud.¹⁹⁹ Si la citada contradicción fuera reconstruida como un conflicto entre reglas, entonces solamente podría ser solucionada a través de la invalidez total o parcial de una ellas. Sin embargo, esto conduciría a resultados exagerados. Pues, si se decidiese invalidar la norma que establece las competencias presupuestarias y administrativas, entonces las autoridades del Estado y las administradoras de fondos destinados al sistema de salud quedarían imposibilitadas de prescribir cualquier tipo de determinación normativa. Por el otro lado, si se decidiese invalidar la norma que ordena realizar al derecho a la salud, entonces las autoridades del Estado y las administradoras de los fondos podrían prescribir determinaciones normativas sin ningún tipo de vinculación material.

La única alternativa adecuada es que dicha contradicción sea reconstruida como una colisión entre principios. Solamente de esta manera puede explicarse por qué la Corte Constitucional colombiana ha determinado que, en aquellas circunstancias en las cuales una persona infectada con el virus del HIV solicite un medicamento no contemplado en

relación con las objeciones que puede hacerse a esta posición, véase en este mismo capítulo: III.2.2.

¹⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769/08,

el plan médico básico establecido por ley, el principio de derecho a la salud goza de una precedencia condicionada con respecto al principio que establece competencias presupuestarias y administrativas.²⁰⁰ Pero que, en aquellas circunstancias en las cuales quien presente la tutela sea una persona solicitando la cobertura de un medicamento para el tratamiento del acné, esa relación de precedencia condicionada resulte totalmente inversa.²⁰¹

Por lo tanto, la norma que garantiza el derecho a la salud en Colombia debe ser reconstruida de la siguiente manera:

(N6) Está ordenado realizar el derecho a la salud en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.

O, más resumidamente:

(N6´) Está ordenado optimizar el derecho a la salud.

La norma “N6” sí es pasible de un cumplimiento gradual. Pues, solamente ordena la realización del derecho a la salud en términos ideales, de manera que su aplicación efectiva requiere de una relativización del grado de su cumplimiento de acuerdo con las posibilidades fácticas y

²⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia: T-271/95.

²⁰¹ Corte Constitucional de Colombia: T-073/07. En este caso, la Corte Constitucional consideró que el principio de derecho a la salud no tenía un peso relativo tan alto, en razón de que no había peligro para la vida e integridad física de la persona.

jurídicas del mundo real.²⁰² De esto se deduce que se trata de una norma que garantiza un derecho social restringible.²⁰³ Esto significa que no toda omisión de una o varias acciones positivas fácticas, que provoque una realización del derecho social por debajo del grado de su realización total, supone la vulneración del derecho o un incumplimiento de la Constitución. Esto es, precisamente, lo que quiere decir la Corte Constitucional colombiana cuando sostiene: “[...] el derecho a la salud no es absoluto, sino limitable. Sin embargo, las limitaciones al derecho deben ser razonables y proporcionales”.²⁰⁴ Esta misma idea también se verifica en diversas expresiones de la Corte Constitucional sudafricana cuando afirma en relación con el derecho a la vivienda: “(...) la obligación impuesta al Estado no es absoluta e incondicionada”²⁰⁵ (...) “Esta es una cuestión difícil que debe ser cuidadosamente explorada caso por caso”.²⁰⁶ Estos ejemplos permiten poner de relieve por qué tampoco un “modelo puro de reglas de derecho social” resulta suficiente.

²⁰² Alexy, R., op. cit., 1995, p. 204. En un sentido similar, puede decirse que se trata de normas que no pretenden regular directamente la acción, sino que solamente funcionan como razones que deben ser tomadas en cuenta en los juicios de proporcionalidad. Esto es compatible con la distinción propuesta por Sieckmann entre el nivel de las acciones y el nivel de la ponderación. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 83. En un sentido similar, Raz distingue entre “executive stage” y “deliberative stage” véase: Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 214.

²⁰³ Borowski, M., op. cit., 2003, pp. 65 y ss.

²⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 760/08, considerando 6.1.1.2.2.

²⁰⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), juez Yacob, considerando 38°: “(...) the obligation imposed upon the state is not an absolute or unqualified one”. La traducción fue extraída de:

http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiFtt_GwpjVAhXFIZAKHZP5BwQQFggI0MAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usg=AFQjCNHuikTxmJUEWRNEzWuBaQnc9yVPmw. Última vez visitado el día 20/07/2017.

²⁰⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), juez Yacob, considerando 20°: “This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis”. La traducción fue extraída de:

http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiFtt_GwpjVAhXFIZAKHZP5BwQQFggI0MAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usg=AFQjCNHuikTxmJUEWRNEzWuBaQnc9yVPmw. Última vez visitado el día 20/07/2017.

Visto, entonces, que ninguno de los “modelos dogmáticos puros” permite captar adecuadamente las propiedades estructurales de las normas de derecho social, solo cabe la posibilidad de considerar un “modelo combinado”. Un “modelo combinado” supone que las normas de derecho social pueden exhibir o bien la estructura de reglas o bien la estructura de principios. Por supuesto, la determinación concreta de cuándo se está ante una regla de derecho social y cuándo ante un principio de derecho social es asunto de la dogmática dedicada a los derechos sociales.

III.2. Objeciones en contra del concepto de los principios de derecho social

Ahora bien, incluso admitiendo que la distinción estructural entre reglas y principios de derecho social resulta una reconstrucción ajustada a las prácticas jurídicas reales, con ello no puede considerarse agotado el ámbito posible de la discusión. Pues, aún es factible atacar el concepto de los principios de derecho social desde el punto de vista de la teoría constitucional. En lo que sigue serán analizadas cuatro objeciones básicas que pueden ser presentadas en este sentido.

III.2.1. La objeción institucional

La primera objeción sostiene que interpretar a las normas de derecho social como principios, en lugar de meras normas programáticas, conduce a una ampliación exagerada de su protección constitucional por vía jurisdiccional. Esto trae aparejado un desequilibrio en la distribución de competencias entre el poder judicial y el legislativo, ya que el juez se vería

empujado a desempeñar tareas legislativas,²⁰⁷ provocando, en última instancia, el advenimiento de un “gobierno de jueces”.²⁰⁸

La respuesta a esta objeción debe comenzar por aclarar algo. El concepto de principio de derecho social solo representa una reconstrucción analítica acerca de la estructura de las normas constitucionales que prescriben derechos sociales. Como tal, no está comprometido de forma necesaria con una teoría de la supremacía judicial.²⁰⁹ Tampoco lo está con una teoría de la supremacía legislativa²¹⁰ o con cualquiera de sus variantes intermedias.²¹¹ Su propósito es más modesto. Simplemente se limita a precisar que el nivel de vinculación de los derechos sociales es equivalente al grado de su realización óptima, es decir, al mayor grado posible de su realización. En este sentido, la cuestión referida a cuál es el órgano mejor ubicado para determinar cuándo un derecho social se encuentra optimizado

²⁰⁷ Bökenförde, E., op. cit., 1993, p. 78. En este sentido, también: Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 602.

²⁰⁸ Bökenförde, E., op. cit., 1993, p. 78.

²⁰⁹ Una teoría universal que defiende la supremacía judicial se encuentra en: Dworkin, R., “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en: Hongju, S. y Koh, H. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1994. De acuerdo con Dworkin, los jueces se encuentran mejor posicionados que los legisladores para interpretar la Constitución, en virtud de la forma en que razonan. En este sentido, sostiene que los jueces suelen razonar conforme a principios en sentido estricto o derechos individuales mientras que las legislaturas lo hacen conforme a objetivos colectivos. En este caso específico de los derechos sociales esta postura se encuentra representada en: Bilchitz, D., op. cit., 2007, cap. IV.

²¹⁰ Una teoría universal que defiende la supremacía legislativa se encuentra en: Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005. Waldron sostiene que la interpretación constitucional implica involucrarse en cuestiones prácticas sobre las que existen desacuerdos razonables. Por este motivo, es preferible que tales cuestiones sean sustanciadas en la legislativa, ya que solamente de esa manera puede garantizarse un procedimiento de toma de decisiones que permita la acción colectiva. En lo que refiere a los derechos sociales en particular, esta postura se encuentra representada en: Gargarella, R., “Justicia dialógica y derechos de salud”, en: Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M., *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abaledo Perrot, 2013, pp. 85-99; Tushnet, M., op. cit., 2008, cap. 8.

²¹¹ Una teoría intermedia puede encontrarse en: Morales, L., op. cit., 2015, cap. IX. Morales distingue entre dos niveles de los derechos sociales. El primer nivel está vinculado con aquellos intereses que son precondiciones materiales de la democracia. El segundo nivel está vinculado con aquellas exigencias de la justicia social. De acuerdo con su teoría, la supremacía judicial se justifica solamente en lo que refiere al primer nivel de los derechos sociales, mientras que la supremacía legislativa en lo que refiere al segundo.

y cuándo no es un asunto contingente, que depende de cada arreglo institucional en particular.

Ahora bien, la aclaración anterior solamente permite circunscribir el alcance de la objeción, pero no representa en sí misma una respuesta o refutación. Pues, aún resta dilucidar si, en aquellos sistemas constitucionales con supremacía judicial, el concepto de principios de derecho social conduce inexorablemente al advenimiento de un “gobierno de jueces”. La tesis que aquí se sostiene es que esta consecuencia no es necesaria. Pues, es posible alegar tres argumentos que permiten demostrar la presencia de una “relación de equilibrio” entre la competencia de la judicatura para controlar el cumplimiento de los derechos sociales y la competencia de legislador para limitarlos y/o configurarlos.

El primer argumento indica que el concepto de principios de derecho social es compatible con, al menos, cuatro márgenes de discrecionalidad que son potestad exclusiva del poder legislativo. Los primeros tres son de índole estructural; esto quiere decir que se encuentran constitucionalmente permitidos.²¹²

Así, el legislador cuenta con un primer margen de discrecionalidad para escoger cuáles fines perseguir y en qué grado realizarlos, incluso cuando ello pueda traer aparejado la limitación *prima facie* de un principio de derecho social. La única condición que se le exige es que no se trate de fines prohibidos por reglas constitucionales.²¹³ Esto último sucedería si, por ejemplo, se rechazara la entrega de un medicamento a un individuo o grupo de individuos en razón de su condición racial, sexual, social, entre otras. Pero, en el resto de los casos en que no exista una prohibición definitiva

²¹² Cf. Alexy, R., “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 66, 2002, p. 24; Clérico, L. op. cit., 2009, p. 84.

²¹³ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 24; Clérico, L. op. cit., 2009, p. 85.

sobre un determinado fin, el legislador es libre para optar perseguirlo en la medida en que se desee.

Un segundo margen de discrecionalidad surge de la posibilidad de que el legislador ofrezca razones que resulten lo suficientemente importantes para justificar la restricción de un principio de derecho social.²¹⁴ Esto se da, por ejemplo, cuando el legislador, con el fin de equilibrar el gasto de los seguros sociales, excluye del programa médico obligatorio la cobertura de un medicamento cuya ausencia no provoca riesgos para la vida o integridad física de los afiliados, como puede ser una pomada para el tratamiento del acné.²¹⁵ En estos supuestos, el legislador se encuentra autorizado a perseguir su propia ponderación y, por tanto, no resulta admisible ninguna obstrucción judicial.²¹⁶

Un tercer margen de discrecionalidad se deriva de la estructura alternativa o disyuntiva del objeto de los derechos sociales. Pues, incluso en aquellos supuestos en que, como resultado de un juicio de proporcionalidad, se determine que un derecho social debe ser realizado en un grado exacto de cumplimiento, el legislador conserva su competencia para elegir entre las diferentes acciones positivas fácticas que resultan alternativamente idóneas para lograr tal cometido.²¹⁷ Esto es, precisamente, lo que presuponen las diversas Cortes estudiadas cuando hacen afirmaciones del siguiente tenor: “[...] el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes [...]”²¹⁸ o “Es necesario reconocer que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado para

²¹⁴ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 25.

²¹⁵ Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/07.

²¹⁶ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 25 y ss.

²¹⁷ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 24.

²¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: “Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, voto de Enrique Petracci, considerando 11°.

cumplir con sus obligaciones constitucionales, y muchas de ellas pueden considerarse razonables”.²¹⁹

Por último, el cuarto margen de discrecionalidad no es estructural sino epistémico.²²⁰ Este se presenta cuando existen genuinas dudas respecto de la verdad o corrección de una o varias premisas empíricas o normativas afirmadas, lo que impide que pueda arribarse a una única respuesta correcta como resultado de un juicio de proporcionalidad. Es en este punto donde entran a jugar, de manera explícita, los denominados “principios formales”.²²¹ Existe una extensa discusión con respecto a cómo es que los “principios formales” participan en la ponderación.²²² Esto no puede ser resuelto aquí, ya que excede a los objetivos de este trabajo. Lo importante es que el solo hecho de que los “principios formales” formen parte de los juicios de proporcionalidad, supone que los argumentos autoritativos, que exigen el mayor respeto posible de las decisiones ya

²¹⁹ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), juez Yacoob, considerando 41°: “It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness”. La traducción fue extraída de: http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwFtt_GwpjVAhXFIZAKHZP5BwQQFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usg=AFQjCNHuikTxmJUEWRNEzWuBaQnc9yVPmw. Última vez visitado el día 20/07/2017.

²²⁰ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 49.

²²¹ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 49.

²²² Esta discusión puede ser resumida a través de dos posiciones básicas. Una primera posición puede ser denominada “agregativa”, la cual sostiene que los “principios formales” deben ser incluidos junto con los “principios materiales” en un mismo nivel de ponderación. Con ello, agregan un “peso adicional” a los argumentos que sostienen a la determinación normativa. Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 112. Una segunda posición puede ser denominada como “concepción de las interpretaciones rivales”, la cual sostiene que los “principios formales” no solo pueden una razón en favor de la autoridad que estableció la determinación normativa sino, también, de la autoridad que debe controlar tal determinación. Por ello, los “principios formales” deben ser ponderados entre sí en un nivel superior con respecto a la ponderación entre “principios materiales”. Cf. Sieckmann, J., „Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen“, *DVBl. - Das Deutsche Verwaltungsblatt*, 101, Ausgabe 02, 1997; Sieckmann, J., op. cit., 2008, p. 200 y ss.

tomadas por parte de las autoridades competentes, deban ser necesariamente considerados y sopesados.²²³

El segundo argumento que permite demostrar la existencia de una “relación de equilibrio” entre la judicatura y el poder legislativo, sostiene que el concepto de principios de derecho social no presupone nada en relación con cuál debe ser la intensidad del control que el tribunal debe ejercer.²²⁴ Dentro de la teoría general de los derechos constitucionales suele distinguirse entre niveles de control judicial leves, intermedios e intensivos, los cuales determinan en qué medida deben ser escrutadas las razones alegadas por el demandado (en este caso el Estado) y cómo deben ser distribuidas las cargas de la argumentación.²²⁵ Sin embargo, la determinación de cuál es el nivel de intensidad que debe adquirir el control de constitucionalidad no es algo que esté relacionado con la estructura de los principios de derecho social. Más bien, depende de otros factores que resultan contextuales y contingentes, entre los que pueden mencionarse el peso relativo en abstracto de los principios en conflicto²²⁶, la manera en que los derechos sociales están positivados en cada sistema constitucional en particular, la calidad del debate deliberativo previo y la participación efectiva de los afectados en dicho proceso de deliberación.²²⁷

²²³ En este sentido, Afonso da Silva ha reconstruido la siguiente regla de paridad: “cuanto más difícil sea deshacer, por medio de simple argumentación jurídica, la relación de paridad en la cual determinada discrecionalidad se basa, tanto mayor será el peso del respectivo principio formal. Afonso da Silva, V., “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, en: Sieckmann, J. (ed.), op. cit., 2011b, p. 252.

²²⁴ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 31; Rivers, J., “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 65, Issue 1, 2006, p. 177.

²²⁵ Klatt, M., op. cit., 2015, pp. 362 y ss.

²²⁶ Arango, R., op. cit., 2005, p. 212 y ss.

²²⁷ Morales, L., op. cit., 2015, p. 126. Algunas investigaciones comparativas son ilustrativas en este sentido. Cf. Arango, R., “Constitucionalismo social latinoamericano”, en: Arango, R., *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México D. F., Fontamara, 2012; Young, K., op. cit., 2012, part II; Young, K., y Lemaitre, J., “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, 2013, pp. 179-216.

Por último, el tercer argumento aduce que el concepto de principio de derecho social no está necesariamente comprometido con ninguno de los remedios que el poder judicial puede implementar. Dentro de la literatura más actualizada proveniente de la teoría constitucional y la sociología jurídica existe un extendido debate con respecto a cuál es la clase de remedios judiciales que resulta más adecuada u óptima para, por un lado, lograr una reparación eficaz en favor de los más necesitados y, por el otro, respetar las competencias de los órganos legislativos.²²⁸ En este sentido, se suele distinguir entre tres clases de remedios judiciales: individuales, débiles y estructurales.

Los remedios individuales son aquellos que ofrecen una solución concreta para el individuo que presentó la acción de amparo o de tutela. Su fortaleza es que no ocasiona demasiados costos de legitimación para los tribunales, ya que resulta la forma más tradicional de adjudicar derechos.²²⁹ Sin embargo, se le critican dos cosas. En primer lugar, que no es lo suficientemente efectivo para garantizar un cumplimiento global de los derechos sociales. En segundo lugar, que tiene efectos redistributivos perversos, puesto que suele beneficiar a clases medias y altas.²³⁰

²²⁸ Cf. Gargarella, R., "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en: Benson, S y Martí, J (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Hampshire, Ashgate, 2017, pp. 233-252; Landau, D., "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2012, pp. 189-247; Suntsein, C., "Social and Economics Rights? Lesson from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, N° 124, 2001; Tushnet, M., op. cit., 2008, pp. 228-264.

²²⁹ Landau, D., op. cit. 2012, p. 201.

²³⁰ Ibídem. Afonso da Silva, V., op. cit., 2013, p. 208 y ss. Sin embargo, esta segunda afirmación puede ser relativizada por medio de argumentos con base empírica. Pues, que los sectores más pobres o necesitados de la sociedad consigan una sentencia favorable y remedio individual depende, en gran medida, de cuán fácil y costoso sea el acceso a la justicia. En este último sentido, puede verse: Uprimmy Yepes, R., "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en: Gargarella, R., Domingo, P., y Roux, T., (eds.), op. cit., 2006, pp. 127-151; Clérico, L. y Vita, L., "Rechtsstreit um Gesundheit in Argentinien: Gerechtigkeit für alle?", *Zeitschrift für Menschenrechte*, V. 9:2, 2015, pp. 70-85.

Los remedios débiles son aquellos que, en lugar de ofrecer una solución particular para el caso concreto, intiman al poder legislativo a que reconsidere la política pública tomando en cuenta los intereses de las personas que se encuentran en la situación del o de los demandantes o afectados.²³¹ El ejemplo más paradigmático en este sentido es el adoptado por la Corte Constitucional sudafricana en el renombrado caso “Grootboom”. Allí, la Corte ordenó a reevaluar una política pública en materia de vivienda que solo se proponía objetivos a mediano y largo plazo, para adaptarla a los intereses de aquellos que, como los reclamantes, requerían de una solución inmediata o urgente.²³² Este remedio es, en términos comparativos, más respetuoso de las competencias del poder legislativo, puesto reserva en sus manos la toma de la decisión final.²³³ Sin embargo, se lo objeta su escasa o nula eficacia; pues, en los hechos, no ha provocado cambios legislativos significativos.²³⁴

Los remedios estructurales consisten en órdenes globales dirigidas al poder legislativo para que adopte determinadas reformas en sus políticas públicas. Como ejemplo paradigmático en este sentido suele citarse la sentencia T-760/08 sobre derecho a la salud dictada por la Corte Constitucional colombiana. Allí, la Corte acumuló una inmensa cantidad de casos individuales y, luego de ofrecer las respectivas soluciones concretas, ordenó al poder legislativo a que reforme la política pública de acuerdo con las observaciones generales enumeradas en la sentencia. Por supuesto, a esta clase de remedios puede objetársele que resulta menos respetuosa de

²³¹ En este sentido, véase: Suntsein, C., op. cit., 2001, p. 14; Tushnet, M., op. cit., p. 244.

²³² Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), considerando 99º.

²³³ Landau, D., op. cit., 2012, p. 201.

²³⁴ Bilchitz, D., op. cit., 2008, p. 2; Dixon, R., “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en: Garagrella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 52; Landau, D., op. cit., 2012, p. 201.

la potestad del legislador para planificar políticas públicas. Sin embargo, algunos autores destacan su alto nivel de efectividad.²³⁵

Más allá de los aspectos positivos y negativos que cada uno de los remedios puede exhibir en abstracto, su pertinencia o no depende, en última instancia, de cuál sea el contexto empírico concreto en el cual deban ser aplicados. Así, por ejemplo, su respectiva adecuación puede variar de acuerdo con el nivel de incumplimiento de los derechos sociales en términos globales²³⁶ o la calidad de la deliberación de los diferentes órganos legislativos y la efectiva participación de las personas afectadas.²³⁷ Por supuesto, una determinación semejante requiere de investigaciones empíricas que exceden el propósito de este trabajo. Sin embargo, el punto decisivo es que el concepto de los principios de derecho social no presupone necesariamente a ninguno de los remedios en particular.

III.2.2. La objeción basada en la especial protección de los derechos fundamentales

La segunda objeción señala que el concepto de los principios de derecho social no permite dar cuenta de la especial salvaguarda que las constituciones reconocen en favor de los derechos sociales, una vez que estos son incorporados al catálogo de derechos fundamentales. Pues, la definición propuesta no excluye la posibilidad de que los derechos sociales

²³⁵ Landau, D., op. cit., 2012, p. 202. Aunque, por supuesto, dicha eficacia dependerá del seguimiento que la Corta haga de las acciones de los otros órganos.

²³⁶ Arango, R., op. cit., 2012, pp. 203 y ss.

²³⁷ Los presupuestos filosóficos de esta idea pueden encontrarse en: Gargarella, R., "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, México, 2006, pp. 9-32. Esta concepción ha sido concretizada por Laura Clérico en el ámbito de la teoría de los principios y de la ponderación. Véase: Clérico, L., op. cit., 2009, p. 226.

resulten restringidos a los efectos de promover el bienestar general o intereses colectivos.²³⁸

Esta objeción parte de suponer un concepto sustancial de los principios de derecho social, que predetermine su precedencia absoluta por encima de cualquier razón de bienestar general que pueda alegarse.²³⁹ Sin embargo, es dudoso que un concepto semejante pueda ser fundamentado. Basta con analizar cualquier discusión filosófica, dogmática o jurisprudencial concerniente a derechos sociales para advertir que éstos no sólo pueden ser restringidos justificadamente para favorecer otros derechos individuales (por ejemplo, la igualdad ante la ley), sino también para favorecer razones de bienestar general (por ejemplo, el equilibrio presupuestario).²⁴⁰ Ahora bien, admitir esto no significa necesariamente que los derechos sociales queden totalmente desprovistos de protección constitucional. Pues, pueden presentarse tres argumentos que permiten demostrar que existe una compatibilidad entre el concepto de los principios de derecho social que aquí se defiende y la especial protección de los derechos sociales en tanto derechos fundamentales.

El primer argumento sostiene que un principio de derecho social solo puede ser restringido en favor de un interés colectivo, cuando éste

²³⁸ Cf. Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 591. Esta objeción también se ha presentado en contra del concepto de los principios, incluso en aquellos casos en que éstos garantizan derechos de defensa o libertades. En este sentido, puede verse: Cf. Dworkin, R., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 27; Habermas, J., op. cit., 2005, p. 330 y ss.; Kumm, M., "Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en: Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Oxford and Portland, 2007; p. 160; Sieckmann, J., "Zur Prinzipientheorie Robert Alexys. Gemeinsamkeiten und Differenzen", en: Klatt, M. (hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 290 y 291; Tsakyrakis, S., "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *I•CON*, vol. 7, N° 3, 2009, p. 470.

²³⁹ Cf. Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 591. Un concepto sustantivo es el concepto de principio en sentido de Dworkin. Cf. Dworkin, R., op. cit., 1997, p. 38.

²⁴⁰ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 453; Arango, R., op. cit., 2005, pp. 201 y ss.; Bilchitz, D., op. cit., 2003, pp. 78 y ss.

representa un fin, cuya persecución o fomento no está prohibida por una regla constitucional.²⁴¹ Esto supone un primer umbral de protección, ya que no puede ser alegada cualquier razón como fundamento admisible para restringir un principio de derecho social.

El segundo argumento señala que contar con un interés colectivo que no está definitivamente prohibido por el derecho constitucional solamente constituye un elemento necesario, más no suficiente para justificar una restricción a un principio de derecho social. Para que esto último suceda se requiere, además, fundamentar que existe una relación proporcional entre la intensidad de la afectación al principio de derecho social y la importancia en el fomento del fin que se persigue.²⁴² La cuestión acerca de cómo se determina el grado de intensidad en la afectación del principio de derecho social y de importancia en el fomento del interés colectivo será detallado con detenimiento más adelante.²⁴³ Lo importante en este momento es destacar que la necesidad de que exista una relación de proporcionalidad entre los principios en colisión, permite concluir que mientras más intensa es la afectación de un principio de derecho social, mayor es su capacidad de resistencia y, por tanto, más significativas deben ser las razones que pretendan fundamentar su restricción.²⁴⁴ Esto implica que afectaciones muy graves a los principios de derecho social resultan prácticamente imposibles de justificar.

El tercer elemento refiere a que, en muchas situaciones, un principio de derecho social puede contar con un peso abstracto mayor con respecto al interés colectivo que pretende restringirlo.²⁴⁵ Cuando tal es el caso, debe

²⁴¹ Alexy, R., op. cit., 2002, p. 24; Clérico, L. op. cit., 2009, p. 85.

²⁴² En este sentido, véase: Afonso da Silva, V., "Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y su justiciabilidad: un análisis empírico", en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D. (coords.), op. cit., 2011, p. 203.

²⁴³ Cf. Cap. 4.1.2.4.

²⁴⁴ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 141.

²⁴⁵ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 221.

considerarse que goza de una precedencia *prima facie* o presunción a su favor, lo que no solo invierte la carga de la argumentación, sino que además garantiza su precedencia definitiva frente a situaciones de empate de razones o dudas razonables.²⁴⁶ Básicamente, existen dos situaciones que permiten fundamentar que un principio de derecho social goza de un peso abstracto alto con respecto a otro principio, en este caso un interés colectivo. Así, un principio de derecho social goza de un peso abstracto alto cuando, frente a una situación de colisión dada, se conecta de forma relevante o bien con otro principio material que ya exhibe un peso abstracto alto o bien con un “principio formal”.²⁴⁷

Es sencillo hallar ejemplos en donde un principio de derecho social adquiere un peso relativo en abstracto alto, en virtud de que vincula relevantemente con otro principio material que ya exhibe un peso en abstracto alto. El más habitual se presenta cuando un principio de derecho social se vincula con el principio de prohibición de regresividad. Así, se entiende que cada vez que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limitan *prima facie* a un principio de derecho social es regresiva con respecto a un estado de cosas anterior, existe una presunción *prima facie* en favor del principio de derecho social afectado.²⁴⁸ Otro ejemplo puede extraerse de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, cuando ésta aduce que el principio de derecho a la vivienda goza de un peso abstracto alto, en relación con el principio de equilibrio presupuestario,

²⁴⁶ Klatt y Meister denominan a esta capacidad de resistencia originada por el “peso relativo abstracto” de los derechos individuales como “la ley del triunfo”. Esta reza: “The higher the abstract weight of a right, the more likely it will trump competing considerations. Assigning high abstract weights to rights is thus a proper way to combine proportionality and trumping. Cf. Klatt, M. y Meister, M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP, Oxford, 2012, p. 27.

²⁴⁷ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 221.

²⁴⁸ Abramovich, V. y Courtis, C., op. cit., 2002, pp. 92 y ss.; Arango, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en: Courtis, C. (comp.), op. cit., 2006, pp. 153 -171; Courtis, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (comp.), op. cit., 2006, pp. 3-52.

cuando el mismo se conecta con el principio constitucional que ordena brindar protección prioritaria a los grupos vulnerables como mujeres, niños y personas con discapacidad y que surge del artículo 75, inc. 22²⁴⁹ e inc. 23. En este sentido, señala: “(...) cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad (...) se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido (...)”.²⁵⁰

Por su parte, un principio de derecho social se encuentra vinculado con un “principio formal”, por ejemplo, cuando existe un caso precedente o análogo anterior, en el cual el principio de derecho social ya ha obtenido una precedencia condicionada por sobre el interés colectivo que pretende restringirlo.²⁵¹ Como ya se advirtió, los “principios formales” ordenan que se respete en la mayor medida posible las determinaciones normativas ya alcanzadas anteriormente por una autoridad competente.²⁵² De ello se deriva que todo aquel que quiera apartarse de lo previamente dictaminado debe asumir con la carga de la argumentación.

Ahora bien, en contra de este tercer argumento podría replicarse que los principios de derecho social solamente podrían exhibir un peso abstracto alto si fuera posible fundamentar un orden lexicográfico de los principios, cuestión que ya ha sido rechazada en esta tesis.²⁵³ Sin embargo, a esta réplica pueden serle contestadas dos cosas. En primer lugar, si bien es cierto que un orden lexicográfico de los principios no está a la vista, ello no

²⁴⁹ Por medio de este inciso se incorporan con rango constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: “Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, voto de Enrique Petracchi, considerando 16°.

²⁵¹ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 182.

²⁵² Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 147.

²⁵³ Cf. Cap. 2.II.3.

significa que no puedan justificarse algunas relaciones de precedencia *prima facie*.²⁵⁴ Esto es particularmente claro en el caso de los principios jurídicos, ya que, en dicho contexto, puede justificarse el peso abstracto alto de los principios con la ayuda de argumentos que refieren a la forma en que están positivados o a su reconocimiento jurisprudencial y/o doctrinario. En segundo lugar, debe aclararse que la existencia de una relación de precedencia *prima facie* entre un principio de derecho social y un interés colectivo, no implica necesariamente su precedencia definitiva. Pues, una precedencia *prima facie* puede ser desvirtuada en virtud de las razones que surjan de las especiales circunstancias del caso.²⁵⁵ Es precisamente por ello que, en el caso anteriormente citado sobre derecho a la vivienda digna, la Corte Suprema argentina efectúa la siguiente precisión: “(...) esta presunción, sin embargo, no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes”.²⁵⁶

III.2.3. La objeción basada en el “contenido esencial” de los derechos sociales

La tercera objeción dirigida en contra del concepto de los principios de derecho social se apoya en la noción de “contenido esencial” de los derechos sociales. Existe una teoría que sostiene que el grado de

²⁵⁴ Cf. Alexy, R., Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, N° 5, 1998, p. 139-155.

²⁵⁵ En este sentido, Alexy sostiene que la consideración de las especiales circunstancias del caso constituye una “instancia falibilística irrenunciable”. Cf. Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995, p. 69. También véase: Clérico, L. op. cit., 2009, p. 207. En relación con los derechos sociales en particular, véase: Arango, R., op. cit., 2005, p. 211.

²⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: “Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, voto de Enrique Petracchi, considerando 17°.

realización de todo derecho social puede ser diferenciado en dos partes: por un lado, un grado de realización más esencial o básico y, por el otro, un grado de realización periférico o menos básico.²⁵⁷ De esta manera, la parte que se corresponde con el grado de realización esencial de un derecho social es siempre no-restringible.²⁵⁸ Esto significa que no es posible ofrecer razón alguna para justificar su limitación o no-realización. En cambio, sí resulta pasible de restricción aquella parte que se encuentra por encima de ese grado de realización esencial, es decir, la parte periférica. Esto último implica que, dentro de dicho ámbito, el demandado es libre para limitar y/o configurar.²⁵⁹ Si esta teoría es adecuada, entonces el concepto de los principios de derecho social aquí defendido no puede ser aceptado; pues, éste último no descarta de antemano la posibilidad de que puedan justificarse restricciones proporcionadas de los derechos sociales, incluso cuando éstas se ubiquen por debajo del umbral del grado de su realización más básico o esencial.

Sin embargo, esta objeción puede ser sorteada demostrando que la teoría del “contenido esencial” es francamente inadmisibles. Esto puede ser llevado a cabo con la ayuda de dos argumentos: uno de orden metodológico y otro de orden jurídico-normativo.

El argumento metodológico afirma que no existe claridad con respecto a cuál es el criterio último que debe ser tomado en cuenta a los efectos de determinar el “contenido esencial” de cada uno de los derechos sociales. En este sentido, aun se discute si dicha determinación debe

²⁵⁷ Parra Vera, O., op. cit., 2006, p. 62.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Una excepción al respecto es la concepción de Parra Vera, quien propone una “teoría mixta” que combina el concepto “abstracto” de contenido esencial y el principio de proporcionalidad. Cf. Parra Vera, O., op. cit., p. 62. En el mismo sentido, puede verse: Añón Roig, M., “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, N° 34, Madrid, 2016, pp. 54-90.

derivarse de conceptos tales como el de “subsistencia”,²⁶⁰ “dignidad”,²⁶¹ “autonomía personal”,²⁶² “consenso fáctico”²⁶³ o una combinación de todos ellos.²⁶⁴ Sin embargo, es dudoso que pueda fundamentarse el “contenido esencial” de los derechos sociales sin más consideraciones que un único concepto normativo excluyente de todos los demás.²⁶⁵ Esto solamente sería imaginable dentro de un sistema constitucional que estableciera un orden lexicográfico o escalonado de los principios. Pero esto, como ya se advirtió, se presenta aún como algo imposible. Más bien, en la práctica suele verificarse que cada vez que se discute acerca de si debe ser o no otorgado un determinado derecho social en cabeza de un titular, se traba una colisión entre aquellos principios que hablan en favor de su otorgamiento y aquellos principios que hablan en su contra. Si esto es así, entonces los conceptos que la teoría del “contenido esencial” ofrece como criterios últimos y excluyentes no serían otra cosa que razones normativas que participan de los juicios de ponderación, es decir, normas con estructura de principios.

El argumento jurídico-normativo sostiene que la propia idea de que existe un “contenido esencial” de los derechos sociales puede conducir a decisiones jurídicas injustificadas, puesto que excluye de antemano la consideración de todos los argumentos disponibles. Así, en primer lugar, cabe dudar que aquellos grados de realización de los derechos sociales más esenciales o básicos resulten no-restringibles incondicionadamente. Es perfectamente posible pensar en situaciones de fuerza mayor, en las que afectaciones muy intensas de los derechos sociales puedan ser justificadas.

²⁶⁰ Shue, H., op. cit., 1980, p. 23.

²⁶¹ Liebenberg, S., “The value of human dignity in interpreting socio-economic rights”, en: van der Walt, A. (ed.), *Theories of Social and Economic Justice*, Stellenbosch, Sun Press Media, 2005, pp. 141-167.

²⁶² Fabre, C., op. cit., 2000, p. 18 y ss.

²⁶³ Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 603.

²⁶⁴ Young, K., op. cit., 2010, p. 65

²⁶⁵ Esta clase de teorías son denominada por Alexy como “teorías de un solo punto”. Esto quiere decir que la determinación del contenido y los límites de los derechos fundamentales es irradiado por un único concepto normativo primario. Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 20.

En segundo lugar, tampoco es necesariamente cierto que dentro de aquellos grados de realización que se corresponden con la parte “periférica” del derecho social, el demandado se encuentre totalmente liberado para limitar y/o configurar. Esto también puede conducir a resultados incorrectos. Pues, conllevaría a admitir que cualquiera puede limitar un derecho social sin siquiera alegar razón alguna e, incluso, alegando las peores razones. Pero esto no puede ser sostenido desde el punto de vista del derecho constitucional. Siempre que se limita un derecho constitucional se exige, por lo menos, que se ofrezca alguna razón con peso suficiente para fundamentar la restricción.

Ahora bien, en los últimos años ha surgido una “versión modificada” de la teoría del “contenido esencial” que pretende hacer frente a las dos objeciones recientemente señaladas.²⁶⁶ Esta versión sostiene que la noción de “contenido esencial”, en realidad, no está comprometida con algún método para determinar aquellos grados de realización más básicos en que los derechos sociales deben ser cumplidos, sino, más bien, con un método para determinar el orden de las prioridades.²⁶⁷ Así, por ejemplo, David Bilchitz sostiene que los derechos sociales pretenden realizar dos umbrales de intereses que son valiosos para todas las personas: por un lado, un primer umbral relativo al interés por la supervivencia y, por el otro, un segundo umbral relativo al interés por alcanzar propósitos personales.²⁶⁸ El concepto de “contenido esencial”, en un sentido más estricto, solamente implica que existe una prioridad *prima facie* en favor del primer umbral, lo que supone que cualquier déficit en su realización impone la pesada carga

²⁶⁶ Esta “versión modificada” se encuentra en: Bilchitz, D., op. cit., 2007, pp. 183 y ss.; Landau, D., “La promesa de una aproximación al mínimo vital: el modelo colombiano de control de constitucionalidad de las medidas de austeridad”, en: Landau, D., *Derecho sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 435-499.

²⁶⁷ Bilchitz, D., op. cit., 2007, pp. 208; Landau, D., op. cit., 2015, p. 493.

²⁶⁸ Bilchitz, D., op. cit., 2007, pp. 23 y ss.

de justificar por qué los intereses más urgentes y básicos de los individuos no han sido satisfechos.²⁶⁹ Esto no significa, por supuesto, que exista una prioridad absoluta o léxica en favor de los intereses de quienes que se encuentran en la peor situación, pero sí que su no-realización debe estar sometida a estándares más exigentes.²⁷⁰

Sin embargo, cabe preguntarse si esta “versión modificada” representa, más allá de los rótulos, una verdadera teoría del “contenido esencial”. Pues, el presupuesto necesario de cualquier teoría del “contenido esencial” parece ser la idea de que existen grados de realización básicos que nunca puede ser sometido restricción. Sin embargo, el tipo de prioridad que la teoría de Bilchitz garantiza en favor del “contenido esencial” de los derechos sociales es meramente *prima facie*. Esto quiere decir que existe la posibilidad, por más remota que sea, de alcanzar restricciones justificadas. Si esto es así, entonces se trata de una teoría que resulta plenamente compatible con el concepto de los principios de derecho social.

²⁶⁹ Bilchitz, D., op. cit., 2007, p. 211.

²⁷⁰ Bilchitz, D., op. cit., 2007, p. 211. Esta teoría es plenamente reconstructiva de la opinión del Comité de Derechos Económico, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) cuando aduce que: “[s]i un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. [...] Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General N° 3, considerando 10°.

III.2.4. La objeción basada en las “falsas expectativas”

La cuarta y última objeción aduce que el concepto de principios de derecho social conduce a generar falsas expectativas entre los titulares de los derechos sociales.²⁷¹ Pues, si los principios de derecho social pueden ser restringidos en el grado de su realización, entonces puede suceder que, como resultado de un juicio de proporcionalidad, un derecho social que a primera vista era exigible se convierta en un no-derecho social de forma definitiva.

Sin embargo, esta objeción no está justificada sobre la base de dos argumentos: uno pragmático y otro basado en la estructura de las normas de derecho social. El argumento pragmático sostiene que solamente puede existir una falsa expectativa en caso de que los principios de derecho social prometieran más de lo que dan. Un principio promete que existe la posibilidad de obtener un resultado favorable en un juicio de proporcionalidad y no que este resultado es necesario. Quien crea lo contrario incurre en un malentendido.²⁷²

El argumento basado en la estructura de los sistemas jurídicos sostiene que únicamente en un “modelo puro de reglas de derecho social” sería esperable una certeza absoluta con respecto a cuáles son los derechos sociales que pueden ser exigidos de forma definitiva. Sin embargo, como ya se advirtió, ello no representa un modelo adecuado para reconstruir las propiedades estructurales de las normas de derecho social. Si se acepta que al lado de las reglas de derecho social existen también principios de derecho social, entonces es perfectamente posible que un

²⁷¹ Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 594.

²⁷² Borowski, M., op. cit., 2003, p. 64.

derecho exigible a primera vista se convierta, luego de un juicio de proporcionalidad, en un no-derecho social definitivo.

IV. Recapitulación

En este segundo capítulo se ha defendido la tesis de que las normas de derecho social deben ser distinguidas estructuralmente entre reglas y principios. Ello, toda vez que las reglas de derecho social son normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, mientras que los principios de derecho social son normas que ordenan la realización de un derecho social en el mayor grado posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Esto último es igual a decir que ordenan su optimización. Ahora bien, la fundamentación de esta tesis requirió justificar cada uno de los presupuestos sobre los que se asienta.

El primer presupuesto es la existencia de algún criterio analítico que permita trazar una distinción estricta entre las reglas y los principios en general. Un criterio pertinente es aquel que indica que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la “dimensión del peso o la importancia”. Ello se pone especialmente en evidencia cuando se analizan situaciones de contradicción normativa. Los principios exhiben una “dimensión del peso” porque sus colisiones deben ser resueltas a través de la determinación de una relación de precedencia condicionada a las especiales circunstancias del caso. Pero esto no significa que el principio desplazado pierda su validez. Este sigue operando como una razón a tener en cuenta ante situaciones de colisión futuras e, incluso, puede obtener precedencia bajo nuevas circunstancias. Contrariamente, los conflictos entre reglas se resuelven exclusivamente en la “dimensión de la validez”.

Esto quiere decir que cuando se suscita una contradicción entre dos reglas una de ellas debe dejar de valer parcial o totalmente, ya sea por el agregado de una cláusula de excepción o directamente por su expulsión del sistema jurídico. De esto se deriva que la regla declarada inválida deja de operar como una razón a tomar en cuenta en casos futuros.

El segundo presupuesto indica que esa diferencia estricta entre reglas y principios se explica en razón de que se trata de normas con estructuras diferentes. Así, los principios exhiben una “dimensión del peso” en razón de que son “mandatos de optimización”. Esto quiere decir que se trata de normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Por tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento debido depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y jurídicas existentes. Por su parte, las reglas carecen de una “dimensión del peso” en virtud de que son “mandatos de cumplimiento exacto”. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en el grado exacto en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos. Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino o bien cumplidas o bien incumplidas y ello en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Lo último que tuvo que justificarse es que la diferencia estructural entre reglas y principios es aplicable al caso especial de las normas de derecho social. Esto requirió de una fundamentación adicional de índole dogmático-interpretativa. En primer lugar, se ha demostrado que solamente un “modelo dogmático combinado”, que distinga estructuralmente entre reglas y principios de derecho social, puede ser una reconstrucción ajustada a las prácticas jurídicas reales. Ello fue puesto en escena con la ayuda de una argumentación contra-fáctica que se preguntó qué sucedería si las

normas de derecho social fueran reconstruidas por medio de “modelos dogmáticos puros” de principios o reglas de derecho social. Así, el motivo por el cual un “modelo puro de principios de derecho social” es insuficiente radica en que no toma en serio a las determinaciones normativas ya instituidas en las propias Constituciones. Por su parte, también debe ser descartado un “modelo puro de reglas de derecho social”, en virtud de que no permite explicar la mayoría de las contradicciones normativas que se suscitan en la materia. En segundo lugar, si bien existen algunas objeciones que pueden dirigirse en contra del concepto de los principios de derecho social desde el punto de vista de la teoría constitucional, ninguna de ellas logra demostrar que este concepto resulta totalmente incompatible con las exigencias normativas prescriptas por una Constitución.

SECCIÓN II: LA VALIDEZ DE REGLAS DE DERECHO SOCIAL

CAPÍTULO 3: ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS, SOBRE EL USO DE LOS PRECEDENTES Y DE LAS ANALOGÍAS

En la primera parte de esta investigación se ha realizado una reconstrucción analítica acerca del concepto y la estructura de las normas de derecho social. Ello ha permitido evidenciar que la justificación de la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales depende de la validez de una norma de derecho social con estructura de regla. Una vez asentado eso, se presenta necesariamente un nuevo interrogante. Este refiere a cómo es posible fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social. Su respuesta exige abandonar el ámbito de la teoría de las normas para ingresar en el ámbito de la metodología jurídica.

Aquí se parte del siguiente criterio pragmático proporcionado por la teoría del discurso: la validez de una regla de derecho social se encuentra racionalmente fundamentada cuando a su favor pueden darse argumentos que deberían ser aceptados por cualquier participante de un determinado discurso jurídico.²⁷³ Una explicación detallada acerca de cuál es el concepto y la estructura del discurso jurídico excede a los propósitos de este estudio.²⁷⁴ Más bien, el problema central de esta investigación pasa por

²⁷³ Como ya se advirtió, este criterio es un caso específico del principio del discurso. Cf. Apel, K., op. cit., 1991; Habermas, J., op. cit., 2005, p. 172; La idea de que un buen argumento representa un deber de aceptación por parte de los participantes de un discurso es tomado de Sieckmann. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 2014, p. 67. Una posición similar puede ser encontrada en: Arango, R., op. cit., 2005, Cap. I.

²⁷⁴ El discurso jurídico es un determinado procedimiento de argumentación que puede ser calificado como un “caso especial” del discurso práctico. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 46 y 293. En un mismo sentido: MacCormick, N., op. cit., 2005, p. 17. El discurso jurídico es “práctico”, porque trata sobre cuestiones prácticas, es decir, sobre lo que está permitido, prohibido u ordenado. A su vez, es un discurso, porque sus participantes formulan actos

averiguar cuáles son los argumentos que, efectivamente, pueden ser aducidos por los participantes de un discurso como fundamento suficiente para la validez de reglas de derecho social. La hipótesis general que aquí se sostiene afirma que existen dos grupos de argumentos que permiten fundamentar racionalmente la validez de esta clase de normas. Un primer grupo está conformado por aquellas reglas y formas de la argumentación que descargan a primera vista de explicitar de un juicio de proporcionalidad. Ejemplos al respecto son los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. En cambio, un segundo grupo está conformado por aquellas reglas y formas de la argumentación que sí requiere de explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Estas últimas pueden ser sintetizadas en el examen de proporcionalidad por omisión.

Este tercer capítulo tendrá el objetivo de demostrar la racionalidad de los argumentos pertenecientes al primer grupo. Para ello, se reconstruirán detalladamente las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías, respectivamente. Ciertamente,

de habla regulativos que elevan necesariamente una pretensión de corrección. Por, último es un “caso especial” del discurso práctico general, en razón de que tiene lugar bajo condiciones de limitación establecidas por el derecho positivo. Esto quiere decir que los enunciados jurídicos no deben ser totalmente racionales, sino que deben ser racionales dentro del marco aportado por el ordenamiento jurídico vigente. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, 295. La estructura del discurso jurídico puede ser representada por medio de un conjunto de reglas y formas de la argumentación. Por un lado, aquellas reglas y formas pertenecientes al discurso práctico en general. Por el otro, aquellas reglas y formas que son específicas del discurso jurídico. Las reglas y formas del discurso práctico general pueden ser distinguidas, a su vez, entre aquellas que refieren a la estructura interna de los argumentos y aquellas que refieren al procedimiento del discurso. Cf. Alexy, R., “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en: Alexy, R., op. cit., 1993, p. 136. Las primeras establecen cuáles son las exigencias formales que debe reunir cualquier argumento para poder respaldar racionalmente una fundamentación. Estas garantizan que no se reemplace a la fundamentación por un mero consenso fáctico. Las segundas establecen cómo debe estar configurado el procedimiento de argumentación. Estas últimas garantizan la imparcialidad en la formación de juicios normativos por medio de la participación libre e igual de los interesados en el discurso. Alexy, R., op. cit., 1993, p. 137. Las reglas y formas específicas del discurso jurídico son aquellas que tratan sobre la justificación de las decisiones jurídicas. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 306.

el hecho de que se trate de tres estructuras de argumentación que exigen a primera vista de explicitar un juicio de proporcionalidad, supone un grado menor de complejidad en su análisis. Sin embargo, esto no significa que estén exentas de problemas. Es posible que surjan serias dudas con respecto a cuál es el concepto, fundamento, grado de vinculación y estructura de cada una de ellas. Todo esto será clarificado en lo que sigue.

I. Los argumentos interpretativos

Aquí se denominarán “argumentos interpretativos” a aquellos argumentos que son tradicionalmente conocidos bajo el nombre de cánones de la interpretación jurídica.²⁷⁵ Pueden identificarse seis grupos de reglas y formas referidos a los argumentos interpretativos: los argumentos semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos y teleológicos.²⁷⁶ La importancia práctica de esta clase de argumentos es significativa, ya que cada vez que se presente un caso judicial concerniente a derechos sociales, lo primero que debe hacer el jurista es verificar si es posible obtener una regla de derecho social con la sola ayuda de la interpretación del texto constitucional.

La admisibilidad de los argumentos interpretativos dentro del discurso jurídico se fundamenta sobre la base de una razón autoritativa, esto es, en el requerimiento de que toda decisión jurídica debe estar justificada de acuerdo con el marco establecido por el ordenamiento jurídico vigente.²⁷⁷ De esta manera, su utilización, por un lado, colabora con el

²⁷⁵ En este sentido, véase: Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994 y von Savigny, F., *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1992,

²⁷⁶ Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 324.

²⁷⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 305.

principio de certeza jurídica y, por el otro, descarga *prima facie* de ingresar en debates prácticos más profundos.²⁷⁸

Ahora bien, hay quienes discuten esta última idea considerando que es absolutamente imposible aplicar derechos sociales sin involucrarse explícita o implícitamente en cuestiones morales y políticas de mayor densidad.²⁷⁹ Pero que esto sea cierto depende de cómo deba ser entendida esa afirmación. Si con ello quiere decirse que toda decisión jurídica sobre derechos sociales es un caso especial de las decisiones prácticas en general, entonces no puede dudarse de que es verdadera. Pues, desde el punto de vista práctico general, los argumentos de autoridad no representan por sí mismos una justificación suficiente, sino que su aceptación definitiva presupone la validez argumentos morales de orden superior.²⁸⁰ Pero, si con ello quiere decirse que toda decisión jurídica sobre derechos sociales requiere de una fundamentación moral explícita, la afirmación es evidentemente falsa. Las determinaciones normativas provistas por el derecho positivo limitan frecuentemente la extensión de la discusión práctica en general, a los efectos de alcanzar ciertos grados de seguridad y previsibilidad en los resultados.²⁸¹ Eso no significa que el juez se encuentre siempre eximido de fundamentar aquellas premisas morales que presupone.²⁸² Pero sí implica que, muchas veces, una sentencia puede

²⁷⁸ Peczenik, A., op. cit., 1983, p. 1.

²⁷⁹ Cf. Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 587.

²⁸⁰ En este sentido, precisamente, Nino sostiene que existe de una “conexión justificatoria” entre el derecho y la moral. Cf. Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 47 y ss. Una idea muy similar puede verse en la “tesis del caso especial” de Alexy. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010, pp. 293, 392 y ss.

²⁸¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 305. En un sentido similar, Frederick Schauer comenta que: “Esta rareza particular consiste en que todas y cada una de las características principales del razonamiento jurídico y la argumentación jurídica pueden concebirse como un camino hacia la obtención de una decisión *distinta* de la mejor que, todas las cosas consideradas, se tomaría en la materia bajo estudio”. Schauer, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 22.

²⁸² Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 329.

estar perfectamente justificada sin más ayuda que la utilización de argumentos autoritativos como, por ejemplo, aquellos referidos al texto de los enunciados normativos, a los precedentes jurisprudenciales e, incluso, a las fundamentaciones que realiza la dogmática jurídica.²⁸³

Por lo tanto, cada vez que pueda invocarse que el texto constitucional establece determinaciones en relación con cuál es el grado de realización en que debe ser cumplido un determinado derecho social, existe un argumento muy fuerte en favor de la validez de una regla de derecho social. Esto puede ser explicitado en la siguiente regla de argumentación:

(I.1) Siempre que por medio de argumentos interpretativos pueda fundamentarse que una norma de derecho social, que cuenta con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas, forma parte del significado del texto de uno o varios enunciados constitucionales, debe aceptarse la validez *prima facie* de una regla de derecho social.

Como puede notarse, la regla de argumentación jurídica (I.1) establece una presunción en favor de la validez de reglas de derecho social. Con todo, su utilización no debe ser entendida en un sentido acrítico e irreflexivo. Pues, ello no sería compatible con un sistema jurídico que, al lado de las reglas, reconozca también la validez de principios. Por ello, vale una segunda regla de los argumentos interpretativos:

(I.2) Quien pretenda apartarse de la regla de derecho social que, en virtud de argumentos interpretativos, puede ser fundamentada como parte del significado del texto de uno o

²⁸³ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 305.

varios enunciados constitucionales, asume la carga de la argumentación.

La regla (I.2) establece una carga de la argumentación para todo aquel que pretenda añadir una cláusula de excepción a la regla de derecho social que se extrae interpretativamente del texto constitucional. Para ello, debe demostrar que su seguimiento implica, en el caso concreto, una relación desproporcionada entre principios válidos que también resultan aplicables. Lo que esto significa será asunto del capítulo que sigue.²⁸⁴

La estructura formal del cualquier argumento interpretativo puede ser representada con la ayuda del modelo de justificación interna de las decisiones jurídicas:²⁸⁵

(A.I) (x) (Tx → ORx) (I)

(A.I) representa a la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que expresa a la regla de derecho social “Tx → ORx”, cuya validez se fundamenta en virtud del argumento interpretativo “I”. “(x)” simboliza una variable universal de individuo, “Tx” al supuesto de hecho o caso genérico, “→” al operador condicional, “O” al operador deóntico del mandato y “Rx” a la consecuencia jurídica prevista por la regla. Por su parte, “I” simboliza un

²⁸⁴ Los juicios de proporcionalidad permiten verificar si un principio ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor al óptimo, es decir, en un grado de cumplimiento “sub-óptimo”. En este sentido, un principio de derecho social se encuentra “sub-optimizado” cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que lo limita es desproporcionada en sentido amplio. Esto quiere decir que la omisión o bien no es idónea o bien es innecesaria o bien es desproporcionada en sentido estricto. Cf. Cap. 4.

²⁸⁵ Sobre la estructura de la justificación interna de las decisiones jurídicas, véase: Alexy, R., op. cit., 2010a, pp. 306 y ss.; Atienza, M., op. cit., 2004, pp. 61; MarcCormick, N., op. cit., 2007, pp. 321-334.

término genérico que representa a cualquiera de los cánones de interpretación previamente enumerados.

Ahora bien, en contra de la reconstrucción teórica del uso de los argumentos interpretativos pueden objetarse dos cosas. Una primera objeción está dirigida contra la utilización de estos cánones en general. Esta aduce que, en muchas ocasiones, es posible usar alternativamente diversos argumentos interpretativos sobre un mismo enunciado normativo, los cuales conducen a resultados que son incompatibles entre sí.²⁸⁶ Es verdad que en muchos contextos particulares de argumentación no es sencillo determinar cuál es el canon más adecuado para interpretar una determinada disposición jurídica. Esto se debe, principalmente, a que no existe ningún catálogo jerárquico que establezca un orden entre los diversos argumentos interpretativos.²⁸⁷ No obstante, ello no significa que su utilización devenga en una total anarquía; pues, sí existe un criterio pragmático o contextual que permite distinguir entre utilidades admisibles e inadmisibles, mejores y peores de los argumentos interpretativos.²⁸⁸ Este criterio ha sido reconstruido por la teoría del discurso y supone el uso de cánones que tiene que estar basada en razones que deberían ser aceptadas por cualquier participante racional de ese discurso jurídico particular.²⁸⁹

Una segunda objeción dirigida en contra de la utilización de cánones de la interpretación se relaciona con su escasa relevancia práctica para la adjudicación de derechos sociales en particular. Pues, en dicho contexto, rara vez puede fundamentarse la validez de reglas de derecho social por

²⁸⁶ En este sentido, véase: Llewellyn, K., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons About How Statutes are to be Construed", *Vanderbilt Law Review*, Nº 3, 1950, pp. 195-406; Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, cap. 2.

²⁸⁷ Cf. Larenz, K., op. cit., 1994, p. 254.

²⁸⁸ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 341.

²⁸⁹ Nuevamente, esta idea presupone el principio del discurso reconstruido por J. Habermas. Cf. Habermas, J., op. cit., 2005, p. 172.

medio de la mera interpretación del texto de los enunciados constitucionales.²⁹⁰ No existen dudas de que esto es cierto. Empero, ello no resulta argumento suficiente para concluir que nunca resulte posible. Dos ejemplos permitirán verificar esto último.

El primer ejemplo proviene del ya citado artículo 27(3) de la Constitución nacional de Sudáfrica, que reza:

(E9) “A nadie puede serle rechazado un tratamiento médico de emergencia”.²⁹¹

Tanto la jurisprudencia como la dogmática sudafricana sostienen que dicho enunciado debe ser interpretado teleológicamente y que, en virtud de ello, es posible fundamentar como parte de su significado la validez de una regla de derecho social que determina cuál es el grado exacto en que debe ser realizado el derecho a la salud frente a situaciones de emergencia.²⁹² Así lo explicita la Corte Constitucional de Sudáfrica cuando afirma: “El propósito de [este...] derecho parece ser el de asegurar que dicho tratamiento sea otorgado ante una emergencia, y que no se vea frustrado por razones burocráticas u otras formalidades. A una persona que padece una catástrofe imprevista que clama por una atención médica inmediata, [...] no debería serle rechazada una ambulancia u otro servicio de emergencia

²⁹⁰ Böckenförde, E., op. cit., 1993, p. 80; Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 586.

²⁹¹ “No one may be refused emergency medical treatment”.

²⁹² Cf. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97 (“Soobramoney”), Juez Chaskalson, Cons. 20; Liebenberg, S. op. cit., 2010, pp. 137 y ss.

disponible ni debería dejar de ser aceptada por un hospital que está en condiciones de brindarse el tratamiento necesario”.²⁹³

La fundamentación utilizada por la Corte es subsumible, entonces, dentro de las reglas y formas del argumento teleológico-objetivo.²⁹⁴ Este representa una especie los argumentos *medio-fin*.²⁹⁵ Sin embargo, se caracteriza porque no refiere a fines queridos por personas realmente existentes en el pasado, sino a razones subyacentes o principios que la regla pretende fomentar.²⁹⁶ Esta clase de argumento interpretativo puede ser representada por medio de un modelo más específico de (A.I.):

(A.I.1) (x) (Tx → ORx) (T-O)

En donde (A.I.1) representa también a la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que contiene a la regla de derecho social “Tx → ORx”, pero cuya validez se fundamenta específicamente en virtud del argumento teleológico-objetivo “T-O”. En este caso, el supuesto de hecho de la regla de derecho social “Tx” simboliza al término “situación de emergencia” y su consecuencia jurídica “ORx” representa a la obligación de otorgar un tratamiento médico.

²⁹³ “The purpose of [this...] right seems to be to ensure that treatment be given in an emergency, and is not frustrated by reason of bureaucratic requirements or other formalities. A person who suffers a sudden catastrophe which calls for immediate medical attention, [...] should not be refused ambulance or other emergency services which are available and should not be turned away from a hospital which is able to provide the necessary treatment”. Cf. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97 (“Soobramoney”), Juez Chaskalson, Cons. 20.

²⁹⁴ Cf. Larenz, K., op. cit., 1994, p. 266.

²⁹⁵ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 331.

²⁹⁶ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 332.

Ahora bien, aun admitiendo que la cláusula 27(3) de la Constitución sudafricana debe ser interpretada teleológicamente y que de su significado se extrae una regla de derecho social, todavía puede objetarse que la validez de dicha norma no constituye un elemento suficiente para justificar normativamente la toma de una decisión jurídica. Ello, principalmente, porque, pese a ser una norma con estructura de regla, padece de algunas indeterminaciones semánticas en su supuesto de hecho. En efecto, el término “situación de emergencia” es demasiado impreciso.

Sin embargo, a ello puede contestársele que las indeterminaciones de este tipo no son algo demasiado insólito en la práctica jurídica y, normalmente, no representan un obstáculo insalvable.²⁹⁷ La imprecisión de una regla de derecho social puede ser reducida por medio de la fundamentación de nuevas reglas de derecho social “indirectamente estatuidas” que la concreten.²⁹⁸ Esto, por ejemplo, es lo que ha hecho la Corte Constitucional de Sudáfrica en relación con la regla del artículo 27(3) en el caso *Soobramoney*.²⁹⁹ Allí, con ayuda de nuevos argumentos teleológico-objetivos ha determinado que existen dos situaciones que constituyen una instancia concreta del supuesto de hecho “situación de emergencia” (“Tx”). La primera está representada por aquellos acontecimientos en que un individuo requiera de atención médica en virtud de haber sufrido un accidente (“M₁x”). La segunda por aquellos acontecimientos en que un individuo requiera de atención médica en virtud de ser víctima de una catástrofe (“M₂x”).³⁰⁰ De esta manera, es válida una segunda regla más específica, que puede ser representada así:

²⁹⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 450.

²⁹⁸ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, pp. 312 y ss.

²⁹⁹ Cf. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97.

³⁰⁰ Cf. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97 (“Soobramoney”), Juez Chaskalson, Cons. 13, 18, 19 y 20. En el caso “Soobramoney” se presentó ante la justicia una persona con una enfermedad renal crónica, que solicitó un tratamiento de diálisis por parte de un hospital público, en virtud de la cláusula del artículo 27 (3). La Corte indicó que

(A.I.1') (x) ($M_1^1x \vee M_2^1x \rightarrow OR_1$) (T-O)

(A.I.1') es una proposición que representa una regla de derecho social "indirectamente estatuida" que concretiza a la regla que se extrae directamente del artículo 27(3) de la Constitución de Sudáfrica. Su supuesto de hecho está compuesto por las propiedades relevantes " M_1^1x " y " M_2^1x ". " M_1^1x " simboliza a la propiedad relevante "accidente" y " M_2^1x " a la propiedad relevante "catástrofe". Su consecuencia jurídica " OR_1 " sigue siendo la obligación de otorgar un tratamiento médico.

Por supuesto, aún pueden persistir dudas con respecto a cuáles son las situaciones que constituyen instancias concretas de "accidentes" (M_1^1x) y de "catástrofes" (M_2^1x). Sin embargo, nada indica que estas propiedades relevantes no puedan ser, a su vez, especificadas por medio de la fundamentación de la validez de nuevas reglas de derecho social "indirectamente estatuidas". En todo caso, deberán fundamentarse tantas normas "indirectamente estatuidas" hasta que la cuestión deje de ser discutible o dudosa.³⁰¹

El segundo ejemplo proviene de la interpretación de los ya citados artículos 1º (1) y 20º (1) de la Ley Fundamental alemana. Así, el artículo 1º (1) establece:

el caso no cumplía con el supuesto de hecho de la cláusula 27 (3), en razón de que se trataba de una enfermedad "crónica" y no de "emergencia". Por lo tanto, la Corte consideró que el caso caía dentro del supuesto de hecho de la cláusula 27 (1) que dispone: "Everyone has the right to have access to health care services (...)". La norma que se desprende de esta última disposición no es interpretada por la Corte como una regla sino como un principio. Por tanto, en el caso "Soobramoney" la Corte, luego de rechazar la aplicación de la regla que surge del 27 (3), debió determinar una ponderación entre el principio de derecho a la salud que surge del 27 (1) y los principios que le colisionaban en el caso.

³⁰¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010, p. 317.

(E6) “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es deber de toda autoridad estatal”.³⁰²

Por su parte, el artículo 20 (1) reza:

(E7) “La República Federal de Alemania es un Estado Democrático y Social”.³⁰³

El Tribunal Federal Constitucional alemán sostuvo, en el renombrado caso “*Harz IV*”, que si se interpreta teleológicamente el artículo 1º (1) de forma integrada con el artículo 20º (1), entonces es posible fundamentar como parte de su significado una regla de derecho social “indirectamente estatuida” que ordena exactamente la realización del derecho a un mínimo digno de subsistencia.³⁰⁴ Esto lo pone de relieve el Tribunal cuando aduce que “El derecho fundamental a un mínimo digno de subsistencia emerge del artículo 1.1 en conjunción con el artículo 20.1 de la Ley Fundamental. [...] Este derecho fundamental [...] tiene un significado autónomo [...] básicamente no es disponible”.³⁰⁵

³⁰² „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“.

³⁰³ „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“.

³⁰⁴ Cf. BverfG, 1 BvL, 1/09 („Hartz IV Entscheidung“), párrafo 133. En la sentencia conocida como “*Harz IV*”, el Tribunal Federal Constitucional alemán debió resolver si el monto del subsidio social establecido por ley para personas desempleadas era suficiente para satisfacer la regla constitucional que ordena realizar definitivamente el derecho a un subsidio mínimo digno de subsistencia. El tribunal, finalmente, declaró inconstitucional el subsidio y ordenó al poder legislativo a adoptar un nuevo monto más realista tomando en cuenta las necesidades básicas que las personas deben costear.

³⁰⁵ Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG. [...] Dieses Grundrecht [...]

La fundamentación del Tribunal encaja dentro de las reglas y formas de los argumentos sistemático y teleológico-objetivo utilizadas en su combinación. Pues, bien entendida, pretende justificar que si el artículo 1º (1) se interpreta de manera coherente con el artículo 20º (1), entonces se sigue que una de las condiciones necesarias para realizar el fin de la dignidad humana es por medio de la validez de una regla de derecho social que prescribe el derecho a un mínimo digno de subsistencia.³⁰⁶ De esta manera, puede ser también representada a través de un segundo modelo más específico de (A.I):

(A.I.2) (x) (Tx → ORx) (S-T-O)

En donde (A.I.2) representa también a la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que expresa a regla de derecho social “Tx → ORx”, pero cuya validez se fundamenta específicamente en virtud de la combinación del uso del argumento sistemático “S” y teleológico-objetivo “T-O”. En este caso, el supuesto de hecho “Tx” representa a una situación en la que una persona reciba ingresos por debajo de aquello que resulta el

hat [...] eigenständige Bedeutung [...und...] Es ist dem Grunde nach unverfügbar [...]. BverfG, 1 BvL, 1/09 („Hartz IV Entscheidung“), párrafo 133. La traducción es propia.

³⁰⁶ En este sentido, el Tribunal sostiene que: “Si una persona no tiene los recursos materiales que son requeridos para alcanzar una existencia digna, ya sea porque no puede conseguir de su trabajo ni de sus propios activos ni de parte de contribuciones de terceros, entonces el Estado tiene el deber de proteger la dignidad humana y, en el cumplimiento de sus deberes de realizar un Estado social, de garantizar que las condiciones materiales necesarias se encuentren a disposición de los necesitados”. BverfG, 1 BvL, 1/09 („Hartz IV Entscheidung“), párrafo 134. „Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen“. La traducción es propia.

mínimo para tener una “subsistencia digna” y la consecuencia jurídica “ORx” simboliza a la obligación de otorgar subsidios o la prestación de ciertos servicios.³⁰⁷

No obstante, también en relación con este ejemplo podría objetarse que la fundamentación de la validez de la regla del derecho a un mínimo digno de subsistencia no permite por sí sola justificar una decisión jurídica. En este caso, el problema radicaría en que la citada regla es indeterminada en lo que refiere a la estructura del objeto del derecho social, esto es, no especifica cuál es el monto del subsidio o cuáles son los servicios que el demandado está obligado a otorgar.³⁰⁸ Sin embargo, esta objeción puede ser fácilmente sorteada si se advierte que los derechos sociales pueden perfectamente exhibir un objeto con estructura alternativa y que ello no representa ningún problema de racionalidad para la toma de decisiones jurídicas.³⁰⁹ Pues, no es tarea de la interpretación judicial determinar cuál de las diferentes medidas que permiten, de manera disyuntiva, realizar el derecho a un mínimo digno de subsistencia debe ser adoptada, sino que esto constituye parte del margen de discrecionalidad del demandado. Es por ello que el Tribunal Federal Constitucional alemán culmina diciendo: “Las evaluaciones acerca de aquello que resulta suficiente es asunto del parlamento. [...] Fundamentalmente se delega a la legislatura la cuestión de si se asegura el mínimo digno de subsistencia por medio de beneficios en dinero, en especie o servicios. También, cuenta con un margen de

³⁰⁷ En este sentido, el Tribunal afirma: “Esto debe garantizar [...] tanto aquellos que es requerido para la existencia física del individuo, a saber, comida, ropa, artículos para el hogar, casa, calefacción, higiene y salud como aquello que asegura la posibilidad de mantener relaciones inter-humanas y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política [...]. BverfG, 1 BvL, 1/09 („Hartz IV Entscheidung“), párrafo 135. La traducción es propia.

³⁰⁸ En este sentido, véase: Böckenförde, E., op. cit., 1994, p. 77; Ferraz, O., op. cit., 2008, p. 587.

³⁰⁹ Cf. Cap. 1.III.III.

apreciación para determinar el alcance de los beneficios que tienden a garantizar la subsistencia”.³¹⁰

II. El uso de los precedentes

El uso o la mención de precedentes jurisprudenciales representa una segunda manera de fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social. Las razones de por qué deben ser consideradas válidas las normas que surgen de decisiones judiciales anteriores ha sido tema de numerosos estudios.³¹¹ Nada podrá agregarse aquí que no haya sido dicho anteriormente. Por ello, es suficiente con señalar, resumidamente, que los principales argumentos que hablan a favor del uso de precedentes están basados en los principios de universalidad, consistencia, justicia formal, seguridad jurídica, descarga y economía procesal.³¹² A los efectos de este trabajo, son más interesantes los interrogantes conceptuales, estructurales y metodológicos que se plantean en relación con el uso de los precedentes.

El primer interrogante está referido a qué es, en sentido estricto, un precedente. En un primer vistazo puede decirse que los precedentes son normas que se extraen de sentencias dictadas anteriormente por jueces competentes de una misma jurisdicción.³¹³ Esta definición no es equivocada, aunque sí demasiado genérica. Es fácil advertir que no toda

³¹⁰ Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. [...] Ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Ihm kommt zudem Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums zu. BverfG, 1 BvL, 1/09 („Hartz IV Entscheidung“), párrafo 138. La traducción es propia.

³¹¹ Cross, R., *El precedente en el derecho inglés*, Barcelona, Marcial Pons, 2010; Goldstein, L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon, 1987; McCormick, N. y Summers, R. (eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Ashgate, 1997; Moral Soriano, L., *El precedente judicial*, Barcelona, Marcial Pons, 2002.

³¹² Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 378 y ss.; McCormick, N., op. cit., 1978, pp. 213 y ss.; McCormick, N., op. cit., 2005, 143; Schauer, F., op. cit., 2013, pp. 57 y ss.

³¹³ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 382; Kriele, M., op. cit., 1976, p. 270.

norma que se extrae de una sentencia anterior es calificada, a la vez, como un precedente. Por tanto, para alcanzar una adecuada definición resulta decisivo precisar cuáles son las normas producto de decisiones anteriores que representan un precedente y cuáles no.

Este asunto puede ser resuelto con ayuda de la clásica distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. La *ratio decidendi* de una sentencia suele ser definida como aquella norma, expresa o implícita, que resulta suficiente para fundamentar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica y que pone fin a la cuestión planteada por las partes en un litigio.³¹⁴ En cambio, el *obiter dictum* de una sentencia suele ser definido como aquellos argumentos referidos a principios, elementos empíricos, competencias de las autoridades o consecuencias de la decisión, que hablan a favor o en contra de la validez de la norma que integra la *ratio decidendi* del fallo.³¹⁵ De acuerdo con esta distinción, un precedente es, en términos estrictos, solamente la *ratio decidendi* de una sentencia.

De la definición anterior pueden extraerse conclusiones con respecto a cuál es la estructura de la norma que integra la *ratio decidendi* de una sentencia. Pues, si su validez constituye un elemento suficiente para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica, entonces se trata de una norma que necesariamente debe exhibir una estructura de regla. Esto permite añadir un elemento estructural a la definición de los precedentes. Por lo tanto, en una versión más refinada, un precedente puede ser entendido como una regla, expresa o implícita, que se extrae de una sentencia judicial anterior y que resulta suficiente para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica. Ello, con independencia de cuál haya sido el procedimiento de argumentación utilizado para

³¹⁴ Cross, R., op. cit., 2010, p. 96; MacCormick, N., op. cit., 1978, p. 215; MacCormick, N., op. cit., 2005, 153.

³¹⁵ MacCormick, N., op. cit., 2005, p. 153.

fundamentar su validez. Así, una regla jurisprudencial puede ser tanto el resultado de la determinación de una precedencia condicionada entre principios como de otros posibles argumentos. Aquí se hará foco exclusivamente en el primero de los supuestos, puesto que es el más habitual en el ámbito de la argumentación sobre derechos sociales. De esta manera, se centrará el análisis sobre aquellas reglas de derecho social que constituyen un precedente en virtud de ser el resultado de un juicio de proporcionalidad anterior.³¹⁶

La segunda cuestión está relacionada con cuál es la fuerza vinculante de los precedentes. Su respuesta depende, en parte, de cuál sea el sistema jurídico en cuestión, el órgano que lo emita y el grado de racionalidad de sus fundamentos. No obstante, desde el punto de vista de una teoría que reconozca la validez de principios, hay algo que sí es necesario: la fuerza vinculante de todo precedente nunca puede ser definitiva sino, solamente, *prima facie*.³¹⁷ Ello sin perjuicio de cuáles sean los diferentes grados de vinculación *prima facie* que puedan ser verificados en los distintos contextos. Por ello, valen las siguientes dos reglas de la argumentación:

(Pr.1) Cuando pueda citarse un precedente en favor de la validez de una regla de derecho social, debe hacérselo.

(Pr.2) Quien quiera apartarse de la regla de derecho social que surge de un precedente, asume la carga de la argumentación.³¹⁸

³¹⁶ En este sentido: Alexy, R., op. cit., 2008, p. 495; Clérico, L., op. cit., 2009, 182.

³¹⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 381.

³¹⁸ Estas reglas son una variante de las reglas "J.13" y "J.14" de la teoría de Alexy. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 381.

De acuerdo con lo prescripto por esas dos reglas, existe una presunción *prima facie* a favor de la validez de una regla de derecho social en todos aquellos supuestos en que ella se extraiga de un precedente jurisprudencial.³¹⁹ Quien pretenda desvirtuar esa presunción, tiene el deber de fundamentarlo. Para esto último existen dos alternativas bien conocidas. La primera es la técnica del *distinguishing*. Esta permite fundamentar que la regla de derecho social que surge del precedente no es aplicable al caso individual presente, en razón de que éste presenta una propiedad relevante no tenida en cuenta por la regla que justifica un tratamiento diferenciado.³²⁰ A tales efectos, debe explicitarse un nuevo juicio de proporcionalidad.³²¹ La segunda es la técnica del *overruling*, por medio de la cual puede cuestionarse la validez de una regla de derecho social en virtud de ser directamente el resultado de un juicio de proporcionalidad injustificado.³²²

El tercer interrogante es de índole metodológico. Pues, incluso admitiendo todo lo anterior, pueden presentarse perplejidades con respecto a cómo se determina el contenido de las reglas de derecho social de fuente jurisprudencial. En particular, cuál es su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica. Estas perplejidades tienden a aumentar en la medida de que la sentencia no enuncie expresamente cuál es la regla de derecho social que respalda su decisión. Sin embargo, la racionalidad de tal determinación puede ser demostrada en términos formales con ayuda de la ya citada “Ley de la Colisión”.³²³ Como se advirtió en el capítulo segundo, ésta reza:

³¹⁹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 382.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Clérico, L., op. cit., 2009, pp. 192 y ss.

³²² Clérico, L., op. cit., 2009, p. 188 y ss.

³²³ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 75.

(K') "las circunstancias concretas bajo las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que precede".³²⁴

En aquellos supuestos en que uno de los principios colisionantes sea un principio de derecho social, la "ley de la colisión" puede ser formalizada del siguiente modo:

$$\begin{array}{ll} \text{(K')} & (1) (P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_1 \\ & (2) P_{ds} \rightarrow OR_1 \\ & (3) C_1 \rightarrow OR_1 \end{array} \quad (1) \text{ y } (2)$$

La proposición (1) es una premisa normativa en la cual se justifica que en las circunstancias " C_1 " el principio de derecho social " P_{ds} " debe tener precedencia condicionada por sobre el principio colisionante " P_x ". En la proposición (2) se fundamenta que " P_{ds} " exige en las circunstancias " C_1 " la consecuencia jurídica " OR_1 ". La proposición (3) representa a la regla de derecho social resultado de un juicio de proporcionalidad. Allí, " C_1 " constituye el supuesto de hecho de la regla. El mismo está constituido por todas aquellas propiedades relevantes que fueron determinantes en la asignación del peso de los principios. Siendo así, el supuesto de hecho puede ser desagregado en sus propiedades relevantes de la siguiente manera:

$$(4) M_1^1x \cdot M_2^1x \cdot M_n^1x \rightarrow C_1$$

³²⁴ *Ibíd.*

En donde, “ M_1^1x ”, “ M_2^1x ”, “ M_n^1x ” simbolizan todas aquellas propiedades fácticas que conforma las circunstancias “ C_1 ” y que fueron destacadas como relevantes para la resolución del caso.

Por su parte, “ OR_1 ” representa a la consecuencia jurídica de la regla de derecho social, cuya estructura está conformada por aquello que es exigido por el principio que obtiene precedencia condicionada. Por tanto, vale la siguiente regla precisada:

$$(5) (M_1^1x \cdot M_2^1x \cdot M_n^1x \rightarrow OR_1) \quad (3) \text{ y } (4)$$

Es sencillo hallar ejemplos prácticos en los cuales se fundamente la validez de una regla de derecho social, a través de la mera mención de un precedente jurisprudencial. Aquí se utilizará un ejemplo tomado del sistema jurídico colombiano. En el año 1995 la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia T-271/95. El caso constaba de las siguientes circunstancias (C_1): una persona infectada por el virus del HIV (M_1^1x) y sin recursos económicos propios para afrontar su enfermedad (M_2^1x), solicitó a su seguro social la cobertura de aquellos medicamentos antirretrovirales que le habían sido recetados. El seguro social rechazó tal solicitud, en razón de que se trataba de medicamentos que no estaban expresamente mencionados en el catálogo legal de medicamentos obligatorios. Por tanto, el solicitante interpuso una acción de tutela ante la Corte. Esta última determinó, primeramente, que en el caso se presentaba una colisión entre el principio del derecho a la salud (P_{ds}) y el principio de competencias presupuestarias y administrativas sobre los recursos destinados al sistema de salud (P_2). Pero que, de acuerdo con las circunstancias “ C_1 ”, correspondía establecer una relación de precedencia condicionada en favor

de “ P_{ds} ” por sobre “ P_2 ”. De esta manera, fundamentó la validez de la siguiente regla de derecho social como resultado de un juicio de proporcionalidad:

$$(K') \quad \begin{array}{l} (1) (P_{ds} \mathbf{P} P_2) C_1 \\ (2) P_{ds} \rightarrow OR_1 \\ (3) C_1 \rightarrow OR_1 \end{array} \quad (1) \text{ y } (2)$$

A su vez, el supuesto de hecho “ C_1 ” puede ser desagregado en las dos propiedades relevantes “ M_1^1x ” y “ M_2^1x ” mencionadas. Por tanto, la regla de derecho social representada por (3) puede ser concretizada en los siguientes términos:

$$(3') (x) (M_1^1x \cdot M_2^1x \rightarrow OR_1)$$

De esta manera, la regla de derecho social representada por la proposición (3') consta de dos propiedades relevantes en su supuesto de hecho. “ M_1^1x ” representa a la propiedad relevante de ser una persona infectada con el virus del HIV. “ M_2^1x ” representa a la propiedad relevante de no contar con recursos propios para financiar individualmente los medicamentos recetados y no incluidos en el catálogo legal. Por último, “ OR_1 ” representa a la consecuencia jurídica conformada por la obligación (“O”) de hacer entrega de un determinado medicamento (“ R_1 ”).

Esta regla de derecho social (3') ha sido posteriormente aplicada por la Corte colombiana en todos los sucesivos casos individuales que

resultaron ser una instancia de ella. Tal es la situación, por ejemplo, del caso presentado en la sentencia T-518/97. Allí, otra persona infectada por el virus de HIV y sin recursos económicos suficientes, presentó una acción de tutela. El motivo de la tutela era, al igual que en el caso anterior, el rechazo, por parte del seguro social, de la cobertura de medicamentos que había sido recetados. Frente a este segundo caso individual, la Corte no determinó una nueva relación de precedencia condicionada entre principios. Más bien, se limitó a corroborar que el mismo representaba una instancia concreta de la regla de derecho social ya fundamentada en el precedente sentado en T-271/95. Una vez verificado que el caso cumplía con las propiedades relevantes “ M_1^1x ” y “ M_2^1x ”, la Corte sencillamente remitió a la regla del precedente para justificar normativamente su decisión de obligar al seguro social a hacer entrega de los medicamentos solicitados.³²⁵ Este uso del argumento del precedente puede ser representado estructuralmente del siguiente modo:

$$(A.Pr) (x) (M_1^1x . M_2^1x \rightarrow OR_1) \quad (Pr)$$

(A.Pr) representa la premisa normativa mayor de una nueva decisión jurídica que contiene a la ya citada regla de derecho social “ $M_1^1x . M_2^1x \rightarrow OR_1$ ”, cuya validez proviene de un precedente jurisprudencial “Pr”.

Como puede advertirse, el argumento basado en el uso de precedentes constituye un elemento clave para la resolución del problema de investigación aquí planteado. Mientras más precedentes judiciales existan a lo largo de una determinada práctica jurídica, mayor será la

³²⁵ Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-518/97, apartado V.

cantidad de reglas de derecho social válidas. En este sentido, puede decirse que en el marco de prácticas constitucionales continuadas y estables existe una red o sistema de reglas de derecho social resultado de los juicios de proporcionalidad cada vez más amplia y densa.³²⁶

Esto último puede dar lugar a una primera objeción. Pues, podría pensarse que, más tarde o más temprano, se provocaría una “petrificación” del sistema normativo,³²⁷ lo cuál sería incompatible con la validez de principios de derecho social. Pero esto no es así. Como ya se ha señalado, las reglas de derecho social provenientes de los precedentes solamente tienen una fuerza vinculante *prima facie*. Esto implica dos cosas. En primer lugar, que por más densa y amplia que sea la red de precedentes, siempre pueden aparecer casos individuales que presenten nuevas propiedades relevantes y que justifiquen una diferenciación. En segundo lugar, que incluso cuando la regla de derecho social resulte aplicable, ella puede ser revertida mediante la demostración de que se basa en un juicio de proporcionalidad injustificado.³²⁸

Ahora bien, la fuerza vinculante *prima facie* de los precedentes podría dar lugar a una segunda objeción totalmente inversa a la anterior. Así, podría pensarse que el carácter no definitivo de los precedentes implica que estos siempre estén abiertos a los juicios de proporcionalidad, lo cual conduce a que su uso se torne irrelevante. Pero esta objeción tampoco resulta admisible. La utilización de las reglas y formas del uso de los precedentes cuenta con un nivel mayor de eficiencia, en razón de que, siempre y cuando no sean cuestionados sus fundamentos, descargan a

³²⁶ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 495; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 192. Para una propuesta de sistematización al respecto, véase: Moreso, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en: Moreso, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 267 y ss.

³²⁷ Sullivan, K., “The justice of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, N° 106, 1992, p. 24.

³²⁸ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 192 y ss.

primera vista de la necesidad de establecer un nuevo juicio de proporcionalidad.³²⁹

III. El uso de las analogías

Las reglas de derecho social que surgen de los precedentes jurisprudenciales no solo resultan aplicables a los nuevos casos que son una instancia individual de aquellas, sino que sus efectos también pueden ser extendidos a otros casos que, pese a no cumplir con todas las propiedades relevantes de su supuesto de hecho, guardan una relación de similitud³³⁰ en un sentido aún por determinar. Esto implica que una tercera manera de fundamentar la validez de reglas de derecho social es a través del uso del argumento por analogía.³³¹ Sin embargo, no es para nada claro cuál es la estructura del argumento por analogía y cómo se fundamentan materialmente sus premisas.

La estructura de los argumentos analógicos puede ser representada por medio de la siguiente formalización:

$$\begin{array}{ll} \text{(A.A)} & (1) (x) (C_1 \vee C_{1sim} \rightarrow OR_1) \\ & (2) (x) (C_2 \rightarrow C_{1sim}) \\ & (3) (x) (C_2 \rightarrow OR_1) \quad (1) \text{ y } (2)^{332} \end{array}$$

³²⁹ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 183 y ss.

³³⁰ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 494; Clérico, L., op. cit., 2001, p. 182.

³³¹ Copi define al argumento por analogía en los siguientes términos: "El razonamiento [por analogía] puede describirse, pues, en términos muy generales, como un razonamiento en el que las premisas afirman primero la similaridad de dos cosas en [algún] aspecto y, segundo, que una de esas cosas tiene [otra] característica, de lo cual se extrae la conclusión de que la otra cosa también tiene esa característica. Cf. Copi, I., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 399. En un sentido muy similar, véase: Atienza, M., *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986.

³³² Esta estructura es similar a la desarrollada por Alexy. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 385. De acuerdo con Alexy, esta fórmula se corresponde con aquella reconstruida por Klug.

La proposición (1) es la premisa normativa mayor del argumento analógico. La misma representa una regla resultado de un juicio de proporcionalidad. Allí se indica que siempre que se cumplan las circunstancias “C₁” o circunstancias similares a “C₁” (C_{1sim}), debe ser la consecuencia jurídica “OR₁”. La proposición (2) es una premisa normativa menor, en la cual se fundamenta que las circunstancias “C₂” son circunstancias similares a “C₁” (C₂ → C_{1sim}). La proposición (3) representa a la conclusión del razonamiento, que indica que es válida la regla que tiene a “C₂” como supuesto de hecho y a “OR₁” como consecuencia jurídica, en razón de (1) y (2).

Ahora bien, incluso admitiendo la validez de esta estructura lógica, pueden presentarse interrogantes y objeciones con respecto a la justificación externa de las premisas (1) y (2). En relación con la premisa (1) puede preguntarse cuáles son las razones que justifican que los efectos de una regla deben ser extendidos a casos similares que no están expresamente contemplados en su supuesto de hecho. Los fundamentos referidos al uso de analogías no difieren demasiado de aquellas razones que justifican el uso de precedentes. También en favor del uso de las analogías hablan los principios de universalidad, justicia formal, descarga y economía procesal.³³³ A ellos se les añade el argumento de coherencia.³³⁴

Más problemáticos resultan los interrogantes referidos a la racionalidad de la premisa (2). ¿De qué manera puede fundamentarse racionalmente que unas circunstancias “C₂” resultan similares a las

A este respecto, véase: Klug, U., *Lógica jurídica*, Caracas, Universidad Central, 1961, pp. 148 y ss.

³³³ Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 386; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 182.

³³⁴ MacCormick, N., op. cit., 1978, p.163; Alonso, J. P., “Principios jurídicos implícitos y coherencia”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 36, 2013, pp. 357-385.

circunstancias “ C_1 ”? Pues, todas las circunstancias pueden ser similares o disímiles en algún sentido. Se precisa, entonces, de algún criterio de relevancia de índole normativo. Pero sobre la explicitación de un criterio semejante existe de todo menos claridad. Aquí se propone el siguiente: dos circunstancias “ C_1 ” y “ C_2 ” pueden ser racionalmente fundamentadas como similares cuando en ambas se presenta (i) un idéntico problema normativo³³⁵ y (ii) una idéntica constelación de principios aplicables. El primer elemento refiere a cuál es la calificación deóntica que se demanda de una determinada conducta o acción.³³⁶ El segundo elemento refiere a cuáles son los principios que pretenden realización en el caso individual.³³⁷ Los problemas analíticos se presentan con respecto a cómo debe ser interpretado este segundo elemento.

Una primera posibilidad es verificar si la regla que se extrae del precedente ($C_1 \rightarrow OR_1$) y la nueva regla a fundamentar por medio de analogía ($C_2 \rightarrow OR_1$) contribuyen con la realización de un mismo principio o conjunto de principios.³³⁸ Sin embargo, esta primera respuesta solo podría ser adecuada si existiera un listado lexicográfico o escalonado de los principios. Ya se ha presupuesto que esto no es posible. En toda circunstancia “ C_x ” no solo pretenden aplicación aquellos principios que hablan en favor de la validez de una determinada regla, sino también aquellos principios que hablan en su contra. Por tanto, el criterio (ii) debe ser necesariamente interpretado como la exigencia de que tanto en las

³³⁵ Brozek, B., *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Varsovia, Oficyna, 2007, p. 143.

³³⁶ Alchourrón, C. y Bulygin, R., op. cit., 1975, p. 32.

³³⁷ Alexy, R., “Two or Three?”, en: Borowski, M. (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, ARSP-Beiheft 119, Nomos, 2010b, p. 15; MacCormick, N., op. cit., 1978, p. 163.

³³⁸ Esta es la idea que parece presuponer Schauer con el concepto de reglas “infraincluyente”. Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 91; Schauer, F., op. cit., 2013, p. 168.

circunstancias “C₁” como en las circunstancias “C₂” confluya una idéntica colisión entre principios.³³⁹

Siendo esto así, entonces aparece un nuevo interrogante de orden metodológico. Teniendo en cuenta que en las nuevas circunstancias “C₂” nuevamente concurre una colisión entre principios, ¿no es necesario establecer un nuevo juicio de proporcionalidad con independencia de lo que haya sido resuelto en las circunstancias “C₁”?³⁴⁰ La respuesta es negativa. De lo contrario, el argumento analógico se tornaría irrelevante y no contribuiría en nada con la pretensión de autoridad de los sistemas jurídicos. Por tanto, si en las circunstancias “C₁” ya se ha determinado una relación de precedencia condicionada entre principios en colisión, entonces existe una presunción *prima facie* de que la misma solución es atribuible a las circunstancias similares “C₂”. Esto puede ser explicitado en la siguiente regla de la argumentación analógica:

(A.1) Cuando pueda citarse un caso análogo en favor de la validez de una regla de derecho social, debe hacérselo.

De esta manera, si se verifica que un caso “C₂” es idéntico en su problema normativo y en su constelación de principios colisionantes a un caso “C₁” que ya fuera resuelto por medio de un juicio de proporcionalidad anterior, entonces es válida *prima facie* una regla que tiene a “C₂” como su supuesto de hecho y a la exigencia del principio que obtuvo precedencia en “C₁” como su consecuencia jurídica (C₂ → OR₁).

³³⁹ Brozek, B., op. cit., 2007, p. 149.

³⁴⁰ Esta es la posición que sostiene Brozek y que denomina “tesis de la reductibilidad parcial”. Cf. Brozek, B., op. cit., 2007, p. 147.

No obstante, del hecho de que la utilización del argumento analógico descargue *prima facie* de la necesidad de ponderar, no debe deducirse que está posibilidad quede totalmente descartada. Pues, si existen argumentos que indiquen que un juicio de proporcionalidad establecido en “C₁” es injustificado o que el caso “C₂” presenta una propiedad relevante diferente que justifica una relación de precedencia condicionada inversa, entonces la presunción *prima facie* desaparece. Esto justifica una segunda regla de la argumentación analógica:

(A.2) Quien quiera apartarse de la regla de derecho social que surge de un caso análogo, asume la carga de la argumentación.³⁴¹

Es posible encontrar ejemplos jurisprudenciales concretos en los cuales se fundamenta la validez de una regla de derecho social por medio del uso del argumento analógico recientemente reconstruido. Por razones de simplicidad, conviene seguir con los ejemplos provenientes del derecho colombiano.

En el caso de la sentencia T-502/95, una madre en representación de su hijo menor de edad, quien padecía epilepsia, y carente de los recursos económicos suficientes para solventar su tratamiento solicitó ante su seguro social la cobertura de los medicamentos que le habían sido recetados. El seguro rechazó tal cobertura, en virtud de que se trataba de medicamentos no previstos en el catálogo legal y obligatorio. Frente a esta repuesta, la madre interpuso una acción de tutela ante la Corte Constitucional de Colombia. La Corte falló a su favor remitiendo al caso ya resuelto en la ya

³⁴¹ Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 381.

citada sentencia T-291/95.³⁴² Pero esa simple remisión que la Corte hace a la sentencia T-291/95 no puede ser entendida como un supuesto de uso de precedentes. Como ya se indicó en el apartado anterior, la regla de derecho social que surge del citado precedente tiene la siguiente estructura:

$$(3') (x) (M_1^1x \cdot M_2^1x \rightarrow OR_1) \quad (\text{Pr})$$

En donde “ M_1^1x ” representa a la propiedad relevante de ser una persona infectada con el virus del HIV. “ M_2^1x ” representa a la propiedad relevante de no contar con recursos propios para financiar individualmente los medicamentos recetados. “ OR_1 ” representa a la consecuencia jurídica conformada por la obligación (“O”) de hacer entrega de un determinado medicamento (“ R_1 ”).

El nuevo caso no resulta una instancia individual de la regla (3'), puesto que no cumple con la propiedad relevante “ M_1^1x ”. En efecto, no se trata de una persona infectada con el virus del HIV, sino de una persona que padece de epilepsia. Por ello, esa remisión jurisprudencial debe ser necesariamente entendida como un supuesto de uso del argumento analógico.

Así, el caso de la sentencia T-502/95, al que puede denominarse “ C_2 ”, es análogo al caso de la sentencia T-271/95, que ya ha sido denominado anteriormente “ C_1 ”, en virtud de que comparte un idéntico problema normativo y una idéntica constelación de principios colisionantes. Ambas circunstancias versan sobre si resulta obligatorio o no el otorgamiento de un medicamento determinado. De igual manera, en ambas circunstancias se

³⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-502/95, apartado II.B.

traba una colisión entre el principio del derecho a la salud, anteriormente identificado como “ P_{ds} ”, y el principio de competencia presupuestaria y administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud, anteriormente identificados como “ P_2 ”. La estructura de este argumento puede ser perfectamente representada con la figura (A.A):

$$\begin{array}{ll}
 \text{(A.A)} & (1) (x) (C_1 \vee C_{1sim} \rightarrow OR_1) \\
 & (2) (x) (C_2 \rightarrow C_{1sim}) \\
 & (3) (x) (C_2 \rightarrow OR_1) \quad (1) \text{ y } (2)
 \end{array}$$

Allí, la proposición (1) representa a la regla de derecho social surgida del precedente T-291/95, cuyo supuesto de hecho está conformado por “ C_1 ” o circunstancias similares a “ C_1 ” (C_{1sim}) y su consecuencia jurídica por el mandato (“O”) de hacer entrega de un medicamento (R_1). La proposición (2) está conformada por las circunstancias “ C_2 ” que se dan en el caso de la sentencia T-502/95 y que resultan similares a “ C_1 ” ($C_2 \rightarrow C_{1sim}$). La proposición (3) representa la conclusión por medio de la cual se fundamenta la validez de la regla de derecho social “ $C_2 \rightarrow OR_1$ ”.

A su vez, el supuesto de hecho constituido por las circunstancias similares “ C_2 ” puede ser desagregado en sus propiedades relevantes, que se componen de dos acontecimientos: ser una persona que padece de la enfermedad “epilepsia” (M_3^1x) y no contar con recursos propios para financiar individualmente los medicamentos recetados (M_2^1x). Por tanto, vale la siguiente regla de derecho social indirectamente estatuida más concreta:

$$(3'') (x) (M_3^1x \cdot M_2^1x \rightarrow OR_1) \quad (A)$$

Todo lo anterior pone en evidencia cómo puede extenderse la eficacia de las reglas de derecho social que surgen de los precedentes jurisprudenciales sin la necesidad de establecer nuevos juicios de proporcionalidad. De esta manera, y siempre que se trata de prácticas constitucionales continuadas y estables, el uso del argumento analógico contribuye con el refinamiento, la precisión y la ampliación de la red o sistemas de reglas resultado de los juicios de proporcionalidad judiciales.³⁴³

IV. Recapitulación

En este capítulo se ha demostrado la racionalidad de tres estructuras de argumentación que permiten fundamentar la validez de reglas de derecho social, sin que ello implique directamente la explicitación de un juicio de proporcionalidad. Estas estructuras fueron representadas por medio de las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías.

Los argumentos interpretativos están representados por los clásicos cánones de la interpretación jurídica. Estos permiten fundamentar por medio de la interpretación del texto de uno o varios enunciados constitucionales que una regla de derecho social se extrae como parte de su significado. En contra de la racionalidad de esta estructura de argumentación puede aducirse que rara vez se extrae directamente del texto de los enunciados constitucionales una regla de derecho social. Es cierto que es sumamente infrecuente. Con todo, no puede descartarse tal posibilidad. En este último sentido, pueden citarse los casos de la utilización de argumentos interpretativos en relación con el artículo 27(2) de la

³⁴³ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 182.

Constitución de Sudáfrica y los artículos 1(1) y 20(1) de la Ley Fundamental alemana.

Una segunda manera de fundamentar la validez de reglas de derecho social es a través del uso de los precedentes. Un precedente es una regla, expresa o implícita, que se extrae de una sentencia judicial anterior y que resulta suficiente para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica. Una variante al respecto resultan aquellas reglas de derecho social que son el resultado un juicio de proporcionalidad judicial. En estos últimos supuestos, la estructura del argumento sobre el uso de los puede ser representada formalmente con ayuda de la “Ley de la Colisión”. Un ejemplo de cómo se fundamenta la validez de una regla de derecho social por medio de la simple remisión a un precedente se obtiene de la sentencia T-518/97 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Allí la Corte, en lugar de establecer una nueva relación de precedencia condicionada entre principios para determinar si es obligatorio o no cubrir los medicamentos no previstos legalmente a personas infectadas con el virus del HIV y sin dinero suficiente, se limitó a subsumir el nuevo caso dentro del supuesto de hecho de una regla de derecho social que surgía como resultado de un juicio de proporcionalidad anterior, ya determinado en la sentencia T-271/95.

Por último, también pueden fundamentarse la validez de reglas de derecho social por medio de argumentos analógicos. Estos permiten extender los efectos de una regla de derecho social resultado de un juicio de proporcionalidad a otros casos que, si bien no caen estrictamente bajo su supuesto de hecho, sí poseen circunstancias similares. Dos circunstancias son similares cuando en ambas se presenta un idéntico problema normativo y una idéntica constelación de principios en colisión. En tales estos casos, es posible fundamentar la validez de una nueva regla de derecho social, cuyo supuesto de hecho está compuesto por las

circunstancias del nuevo caso y cuya consecuencia jurídica por las exigencias del principio que contó con mayor peso en una relación de precedencia condicionada anterior. Un ejemplo al respecto se extrae de la sentencia T-502/95 de la Corte Constitucional de Colombia. Allí, la Corte tampoco estableció una nueva relación de precedencia condicionada entre principios para determinar si debían cubrirse los medicamentos no previstos legalmente para un niño con epilepsia y cuya familia no contaba con recursos suficientes. Sino que, más bien, la Corte volvió a remitir a la sentencia T-271/95. Pero esta remisión no puede ser interpretada como un caso de aplicación de precedentes, ya que el nuevo caso no era subsumible al supuesto de hecho de la regla resultado del juicio de proporcionalidad anterior. La remisión es, necesariamente, un supuesto de uso del argumento analógico.

CAPÍTULO 4: EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR OMISIÓN

En el capítulo anterior se ha demostrado que en muchos casos es posible fundamentar la validez de reglas de derecho social por medio de argumentos que no implican directamente la explicitación de un juicio de proporcionalidad. Con todo, existen otros tantos casos, en los cuales, si bien puede adscribirse al significado de uno o varios enunciados constitucionales una norma de derecho social, no pueden ofrecerse argumentos interpretativos, basados en precedentes o en analogías en favor de su estructura de regla. Cuando esto es así, cabe interpretar que es válido un principio de derecho social. Ahora bien, esto no necesariamente redundaría en una imposibilidad de justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que ordene el otorgamiento de un determinado derecho social. Pues, si como resultado de un juicio de proporcionalidad, un principio de derecho social obtiene precedencia condicionada por sobre otro principio que le colisiona, entonces debe aceptarse la validez de una regla de derecho social. En este punto pueden presentarse serias dudas con respecto a la racionalidad de esta última clase de juicios normativos. Ello justifica que esta investigación deba culminar con un análisis al respecto.

Este cuarto y último capítulo tendrá por objeto demostrar la racionalidad de aquellos argumentos tendientes a fundamentar la validez de reglas de derecho social que sí implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. A tales efectos, se reconstruirán las reglas y formas del examen de proporcionalidad por omisión. Sin embargo, cualquiera que se

haya aproximado alguna vez a este tema sabrá que se trata de un asunto altamente controversial. Ello por tres motivos principales: en primer lugar, porque no es del todo claro cuál es el fundamento que da origen al examen de proporcionalidad; en segundo lugar, porque ni siquiera existe acuerdo dentro de la literatura especializada con respecto a cómo debe ser representada la estructura del examen de proporcionalidad por omisión y, en tercer lugar, porque incluso aunque existiera un consenso al respecto, existen numerosas objeciones dirigidas en contra de la racionalidad de la ponderación que reclaman una respuesta. Estas tres cuestiones serán resueltas a lo largo del presente capítulo.

I. El examen de proporcionalidad por omisión y su fundamento

Anteriormente se ha destacado que la manera en que se fundamenta la validez de una regla de derecho social como resultado de la determinación de una relación de precedencia condicionada entre principios, puede ser representada estructuralmente por medio de una versión modificada la “ley de la colisión”.³⁴⁴ Su forma básica es:

$$\begin{array}{ll}
 (K') & (1) (P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_1 \\
 & (2) P_{ds} \rightarrow OR_1 \\
 & (3) C_1 \rightarrow OR_1 \quad (1) \text{ y } (2)
 \end{array}$$

La proposición (1) es una premisa normativa mayor por medio de la cual se fundamenta que en las circunstancias “C₁” el principio de derecho

³⁴⁴ Cf. Cap. III.II

social “P_{ds}” debe tener precedencia condicionada por sobre otro principio “P_x”. En la proposición (2) se determina que “P_{ds}” exige en las circunstancias “C₁” la consecuencia jurídica “OR₁”. La proposición (3) es la conclusión que representa la validez de una regla de derecho social “indirectamente estatuida”, compuesta por el supuesto de hecho “C₁” y la consecuencia jurídica “OR₁”.

Esta estructura de argumentación no puede recibir mayores ataques desde el punto de vista de su validez formal.³⁴⁵ No obstante, sí pueden presentarse serios interrogantes con respecto a cómo puede ser fundamentada materialmente la premisa (1).

Así, en primer lugar, puede preguntarse cuál es el criterio que permite justificar racionalmente que un principio de derecho social debe gozar una prioridad condicionada por sobre otro principio que le colisiona. A este interrogante cabe responder que el criterio que guía a esta clase de juicios normativos puede ser denominado “criterio de optimización”, el cual se deriva lógicamente de la propia estructura de los principios de derecho social. Como ya se ha explicitado en el capítulo segundo de este trabajo, un principio de derecho social puede ser definido como una norma constitucional que ordena la realización de un derecho social en el mayor grado posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. En sucintos términos, también pueden ser definidos como normas constitucionales que ordenan la optimización de un derecho social.³⁴⁶ Si esto resulta aceptable, entonces una manera de justificar materialmente que un principio de derecho social debe obtener precedencia

³⁴⁵ De acuerdo con Copi, un argumento o razonamiento es formalmente válido cuando sus premisas brindan un fundamento seguro para la conclusión, esto es, cuando las premisas y la conclusión están relacionada de tal manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea. Cf. Copi, I., op. cit., 1999, p. 25.

³⁴⁶ Cf. Cap. 2.

condicionada frente a otro principio se logra demostrando que el mismo ha sido realizado en un grado menor de aquel que era posible, según las circunstancias del mundo empírico y normativo; en otras palabras, cuando puede demostrarse que el principio de derecho social ha sido realizado en un grado menor al óptimo o en un grado de realización “sub-óptimo”.³⁴⁷

En un primer vistazo, este “criterio de optimización” puede parecer demasiado abstracto. Sin embargo, subyace frecuentemente en la argumentación judicial. Así, la presencia de este criterio se evidencia cada vez que se utilizan frases del siguiente estilo: “la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que se ha reclamado”³⁴⁸ o “no se ha demostrado en la causa la existencia de muy graves circunstancias de orden económico o financiero que impidan acatar en lo inmediato el mandato constitucional de disponer, cuando menos, una recuperación sustancial del deterioro sufrido por la prestación [jubilaria] del actor”³⁴⁹ o “La ausencia de [... la entrega de viviendas en lo inmediato] puede ser aceptable en el marco de un programa nacional de vivienda que tenga por resultado la accesibilidad económica de las viviendas para la mayoría de la población en un plazo razonablemente corto de tiempo. Sin embargo, [...] esto no es esperable que suceda”.³⁵⁰

³⁴⁷ Afonso da Silva, V., op. cit., 2011, p. 201.

³⁴⁸ Corte Suprema de la Nación argentina: “Q. C. S. Y. c/ GCABA s/ Amparo”, voto del Carmen Argibay, Considerando 14°.

³⁴⁹ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes varios, 26 de noviembre del 2007, considerando 18°.

³⁵⁰ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), juez Yacob, considerando 65°: “The absence of this component may have been acceptable if the nationwide housing

programme would result in affordable houses for most people within a reasonably short time. However, [...] that this simply cannot happen”. La traducción fue extraída de:

http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiFtt_GwpjVAhXFIZAKHZP5BwQQFggI0MAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usg=AFQjCNHuikTxmJUEWRNEzWuBaQnc9yVPmw. Última vez visitado el día 20/07/2017.

Ahora bien, incluso aceptando la reconstrucción anterior, aún cabe la posibilidad de elevar un segundo interrogante de orden metodológico. Este refiere a cuál es el procedimiento de argumentación que permite demostrar que un principio de derecho social ha sido “sub-optimizado” en una situación de colisión dada. Una respuesta a este interrogante debe ser rastreada dentro de aquello que la teoría del derecho público habitualmente denomina “examen de proporcionalidad”³⁵¹ o, también, “examen de razonabilidad de las leyes”.³⁵²

El examen de proporcionalidad es tradicionalmente entendido como una estructura de argumentación compuesta por tres sub-exámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.³⁵³ Su fundamentación también se deriva directamente de la estructura de los principios.³⁵⁴ Así, los primeros dos sub-exámenes, los sub-exámenes de idoneidad y necesidad, pueden ser inferidos a partir del mandato de optimizar a los principios en lo que refiere a sus posibilidades fácticas.³⁵⁵ En este sentido, no representan otra cosa que la exigencia racional del principio de “Pareto-óptimo”, es decir, de evitar aquellos costos que fácticamente pueden ser evitados.³⁵⁶ En cambio, el tercer sub-examen, el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*, puede inferirse a partir del mandato de optimizar a los principios en lo que refiere al ámbito de sus posibilidades

³⁵¹ Reconstrucciones teóricas clásicas del examen de proporcionalidad se en: Schlink, B., *Abwägung im Verfassungrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976; Clérico, L., op. cit., 2009. Es precisamente en este sentido que debe ser entendida la frase de Cass Sunstein, cuando advierte que “la única alternativa [...] es un modelo de derecho administrativo de los derechos sociales”. Cf. Sunstein, C., op. cit., 2001, p. 13.

³⁵² Con respecto a denominado “examen de razonabilidad de las leyes” puede verse: Linares, F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 2010; Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

³⁵³ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 25 y ss.

³⁵⁴ Cf. Alexy, R. op. cit., 2008, p. 91.

³⁵⁵ Cf. Alexy, R. op. cit., 2008, p. 93.

³⁵⁶ Cf. Alexy, R., “La construcción de los derechos fundamentales”, en: Alexy, R.: *La Construcción de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2010c, p. 29.

jurídicas o normativas, esto es, en relación con el peso o importancia relativa de los principios que ordenan una solución contraria.³⁵⁷

Con todo, la teoría dedicada al examen de proporcionalidad se ha detenido, casi con exclusividad, al análisis de su utilización en relación con los derechos de defensa o no-intervención, es decir, en su variante de prohibición por exceso (*Übermaßverbot*). Sin embargo, es aún muy insuficiente lo que se sabe del examen de proporcionalidad en su variante de prohibición por omisión (*Untermaßverbot*) y, más particularmente, en relación con los derechos sociales.³⁵⁸ Por lo tanto, una respuesta satisfactoria al interrogante metodológico antes planteado solo puede ser alcanzada por medio de una reconstrucción estructural lo más completa y precisa posible del examen de proporcionalidad por omisión.

II. La tesis de la identidad estructural entre el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso

Antes de reconstruir detalladamente la estructura del examen de proporcionalidad por omisión, es necesario resolver un interrogante previo que se plantea dentro del ámbito de la teoría del derecho y la teoría constitucional. Este interrogante refiere a si el examen de proporcionalidad por omisión tiene una estructura idéntica o diferente en comparación con el mucho más conocido e investigado examen de proporcionalidad por exceso.³⁵⁹ Sobre este punto existe un extendido debate, el cual puede ser resumido por medio de dos posiciones básicas.

³⁵⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 92.

³⁵⁸ Una excepción al respecto se encuentra en: Clérico, L., op. cit., 2009, cap. 4 y Clérico, L. op. cit., 2011.

³⁵⁹ En este sentido, puede consultarse: Schlink, B., op. cit., 1976; Clérico, L., op. cit., 2009.

Una primera posición sostiene que, efectivamente, el examen de proporcionalidad por omisión tiene una estructura diferente respecto del examen por exceso.³⁶⁰ Esta distinción se origina en el hecho de que todos los derechos de prestación pueden exhibir un objeto con estructura alternativa.³⁶¹ Esto quiere decir que el grado de su cumplimiento debido puede ser alcanzado por medio de diferentes acciones positivas idóneas, las cuales se presentan como alternativas. De acuerdo con esta posición, la única manera de saber si una determinada decisión es óptima, es realizando un examen que evalúe la proporcionalidad tanto de la acción negativa efectivamente adoptada como de cada una de las acciones positivas que se presentan como alternativas posibles. De esta manera, deben aplicarse los sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto dos o más veces,³⁶² dependiendo de cuál sea la cantidad de medidas alternativas existentes. De ello se deriva que el examen de proporcionalidad por omisión es estructuralmente más complejo en comparación con el examen por exceso, puesto que en este último únicamente cabe evaluar la proporcionalidad de la acción positiva que fue efectivamente adoptada por el demandado.

En cambio, una segunda posición sostiene que el examen de proporcionalidad es idéntico en su estructura al examen por exceso.³⁶³ Si bien es cierto que los derechos de prestación pueden exhibir un objeto con estructura alternativa, ello resulta indiferente a los efectos del examen. En

³⁶⁰ Alexy, R., op. cit., 2001, p. 369 y ss.; Borowski, M., op. cit., 2007, p. 104; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 323.

³⁶¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 408; Alexy, R., op. cit., 2011, p. 356; Clérico, L., op. cit., 2011, p. 395; O'Neil, O., op. cit., 1996, p. 132; Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 39.

³⁶² Aquí es preciso distinguir entre dos variantes. Una primera variante sostiene que deben aplicarse los tres sub-exámenes de la proporcionalidad tanto a la omisión como a las acciones positivas alternativas. Cf. Borowski, M., op. cit., 2007, p. 104 y ss. Una segunda variante sostiene que solamente deben aplicarse aquellos sub-exámenes referidos a las posibilidades fácticas de los principios, es decir, los sub-exámenes de idoneidad y necesidad. Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 327 y ss.; Clérico, L., op. cit., 2011, p. 399.

³⁶³ Barak, A., op. cit., 2012, p. 429; Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 800.

él también cabe únicamente evaluar la medida efectivamente adoptada, con la diferencia de que, en lugar de tratarse de una acción positiva, se trata de la omisión de una o varias acciones positivas. Ello significa, ni más ni menos, que deben aplicarse los sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto solamente sobre la omisión y ello con independencia de cuántas sean las medidas alternativas que puedan existir.³⁶⁴

En este punto cabe preguntarse cuál de estas posiciones es la adecuada. Su respuesta depende de cuál sea el tipo de juicio de proporcionalidad que se pretenda investigar. Los juicios de proporcionalidad pueden ser distinguidos entre positivos y negativos.³⁶⁵ Los juicios de proporcionalidad positivos pretenden determinar una relación de precedencia condicionada entre principios, sin tomar en cuenta cuáles son los resultados provenientes de otros juicios de proporcionalidad arribados en el pasado.³⁶⁶ En estos casos, la determinación de cuál es la decisión óptima, requiere de considerar todas las posibles medidas que se presentan como alternativas. Esta clase de juicio es el que prototípicamente presupone la argumentación legislativa. Contrariamente, los juicios de proporcionalidad negativos pretenden realizar una crítica o control a una relación de precedencia entre principios ya determinada en el pasado.³⁶⁷ En estos casos, para determinar si una decisión anterior es o no óptima, basta con examinar exclusivamente la medida que efectivamente fue adoptada. Esta clase de juicio es el que prototípicamente presupone la argumentación judicial.

³⁶⁴ Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 800 y ss.

³⁶⁵ Cf. Sieckmann, J., "Sobre la fundamentación de los juicios ponderativos", en: Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 159 y ss.

³⁶⁶ Cf. Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 174 y ss.

³⁶⁷ Cf. Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 192 y ss.

Si se acepta esta distinción, entonces es claro que la primera posición mencionada es adecuada para reconstruir juicios de proporcionalidad positivos y, por tanto, para la investigación de la argumentación legislativa. En cambio, la segunda posición resulta adecuada para reconstruir juicios de proporcionalidad negativos y, por tanto, para la investigación de la argumentación judicial. De esta forma, puede afirmarse la tesis de que, desde el punto de vista de la argumentación judicial (que es el que aquí interesa), existe una identidad estructural entre el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso. Ello, en razón de que en ambos casos deben ser aplicados los tres sub-exámenes de la proporcionalidad únicamente sobre una única medida efectivamente adoptada. Así, en el caso del examen de proporcionalidad por exceso, la medida efectivamente adoptada es una acción positiva. Pero, en el caso del examen de proporcionalidad por omisión, la medida efectivamente adoptada es la omisión de una o varias acciones positivas. La resolución de este interrogante es de vital importancia para el presente desarrollo, ya que permite apoyarse sobre líneas de investigación mucho más consolidadas.

III. La estructura del examen de proporcionalidad por omisión

En lo que sigue se presentará una propuesta de reconstrucción estructural del examen de proporcionalidad por omisión aplicado al caso de los derechos sociales. A tales efectos, se dividirá el análisis en cuatro partes. Para comenzar, se explicitarán cuáles son (1) los presupuestos de aplicación del examen de proporcionalidad por omisión. Posteriormente, se reconstruirán las reglas y formas de la argumentación que conforman a cada uno de los sub-exámenes que lo integran, esto es, las reglas y formas:

(2) del sub-examen de idoneidad; (3) del sub-examen de necesidad y (4) del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto.

III.1. Los presupuestos del examen de proporcionalidad por omisión

Para que resulte aplicable el examen deben darse dos presupuestos.³⁶⁸ En primer lugar, que exista una omisión de una o varias acciones positivas fácticas. En segundo lugar, que esa omisión provoque una limitación en el grado de realización de un principio de derecho social. Es evidente que pueden plantearse interrogantes tanto conceptuales como metodológicos respecto de ambos presupuestos. Por razones analíticas, es preferible analizarlos por separado.

III.1.1. La omisión de una o varias acciones positivas fácticas

Las omisiones que aquí interesan son aquellas omisiones de una o varias acciones positivas fácticas que están *prima facie* ordenadas por un principio de derecho social.³⁶⁹ En el capítulo primero del presente trabajo³⁷⁰

³⁶⁸ Cf. Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 614.

³⁶⁹ Toda vez que los principios de derecho social tienen un carácter *prima facie*, es decir, que no son una razón directamente dirigida a la acción sino que funcionan como razones para los juicios de proporcionalidad, ordenan a primera vista todas las acciones positivas fácticas que sean idóneas para su realización en un mayor grado. Es por ello que Sieckmann sostiene que son “mandatos universales”. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 1990, p. 79; Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 46 y ss.; Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 41. Solamente como resultado de un juicio de proporcionalidad puede obtenerse el mandato de una sola acción positiva fáctica, ya sea ésta definida o alternativa. Esto es denominado por Sieckmann como un “mandato existencial”.

³⁷⁰ Cf. Cap. 1.III.3.

se han representado estructuralmente a las acciones positivas fácticas de la siguiente manera:

$$(1) A_{pf}$$

Por tanto, la estructura de las omisiones de acciones positivas fácticas puede ser inferida directamente a través de la negación de la representación anterior. Así:

$$(2) \neg A_{pf}$$

Esta definición estructural permite establecer que el contenido de tales omisiones es dependiente de cuál o cuáles sean las acciones positivas fácticas que estén *prima facie* ordenadas por un principio de derecho social. Sin embargo, no existe claridad con respecto a cómo estas últimas pueden ser racionalmente determinadas. En este sentido, es posible elevar dos interrogantes.

El primer interrogante está vinculado con la propia estructura de los principios de derecho social. Por lo general, los principios no explicitan cuál o cuáles son las acciones positivas fácticas que *prima facie* ordenan. Esto implica, por supuesto, una dificultad para su determinación. No obstante, de la dificultad señalada no se deriva una imposibilidad. Las acciones positivas fácticas *prima facie* ordenadas por un principio de derecho social son todas aquellas que contribuyen con un mayor grado de su realización. La

identificación de cuál o cuáles son las acciones positivas fácticas contribuyen con ese mayor grado de realización depende de las reglas y formas de la argumentación empírica;³⁷¹ en particular, de los argumentos que justifican relaciones *medio-fin*.³⁷² Una relación *medio-fin* pueden ser justificada empíricamente por medio de criterios cuantitativos, cualitativos o probabilísticos.³⁷³ Los criterios cuantitativos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin en un mayor, igual o menor grado. Los criterios cualitativos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin de una mejor, igual o peor manera. Por último, los criterios probabilísticos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin con un alto grado de seguridad, con un mismo grado de seguridad o con un bajo grado de seguridad.³⁷⁴ Por lo tanto, lo que debe demostrarse en esta primera etapa de la argumentación es si una o varias acciones positivas fácticas contribuyen, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo y/o probabilístico, con un mayor grado de realización de un principio de derecho social; por ejemplo, cuando el otorgamiento de un determinado medicamento o de un servicio médico contribuye con una mayor grado de realización del principio del derecho a la salud de un demandante. Con todo, es preciso aclarar que, en esta etapa, no es necesario fundamentar que ese mayor grado de realización es, a la vez, óptimo. Pues, esto último solo puede obtenerse como resultado del examen.

El segundo interrogante está vinculado con la estructura alternativa o disyuntiva del objeto de los derechos sociales. Como ya se ha indicado, los principios de derecho social pueden ser promovidos a través de más de una acción positiva fáctica técnicamente idónea.³⁷⁵ Esta multiplicidad de

³⁷¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 321.

³⁷² Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 46.

³⁷³ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 57.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 409.

acciones positivas fácticas puede dar lugar a nuevas perplejidades metodológicas. Sin embargo, tales perplejidades pueden ser disipadas si se retoma la distinción entre acciones positivas fácticas definidas y alternativas.³⁷⁶

Así, una acción positiva fáctica es definida cuando ella constituye la única medida idónea que permite realizar en un mayor grado a un principio de derecho social.³⁷⁷ Tal sería el caso, por ejemplo, de cuando solamente existe un único medicamento adecuado para lograr un mayor grado de realización del principio de derecho a la salud. Las acciones positivas fácticas definidas pueden ser representadas estructuralmente del siguiente modo:

$$(1') A_{pf1}$$

En donde “ A_{pf} ” representa a la acción positiva fáctica y la identificación numérica representa a su carácter definido. Por tanto, su omisión es también “definida” y puede ser representada así:

$$(2') \neg A_{pf}$$

En cambio, una acción positiva fáctica es alternativa cuando ella constituye una alternativa posible entre varias medidas idóneas que

³⁷⁶ Cf. Cap. 1.III.3.

³⁷⁷ *Ibíd.*

permiten realizar en un mayor grado a un principio de derecho social.³⁷⁸ Por ejemplo, el principio del derecho a la vivienda adecuada puede ser realizado en un mayor grado o bien por medio de la entrega de un inmueble en propiedad o bien por medio de la renta de un inmueble en favor de beneficiario o bien mediante la entrega de un subsidio. Estas diferentes medidas alternativas pueden ser representadas de la siguiente manera:

$$(1'') A_{pf1}; A_{pf2}; A_{pf3}; A_{pf\langle n \rangle}$$

O, más resumidamente:

$$(1''') A_{pf\langle n \rangle}$$

En donde “ A_{pf} ” representa a la acción positiva fáctica y « n » a su carácter alternativo. De esta manera, la omisión de varias acciones positivas fácticas alternativas es “indefinida” y puede ser representada del siguiente modo:

$$(2'') \neg A_{pf\langle n \rangle}$$

³⁷⁸ *Ibíd.*

Contrariamente a lo que puede pensarse a primera vista, la posibilidad de que existan omisiones de varias acciones positivas fácticas que se presentan como alternativas no supone un impedimento para el desarrollo del propio examen de proporcionalidad ni para la obtención de un resultado como producto del mismo.

El examen de proporcionalidad por omisión puede ser perfectamente desarrollado en todos sus pasos incluso con la presencia de omisiones de acciones positivas fácticas indefinidas. De hecho, esto se evidencia habitualmente en la práctica jurídica cuando los tribunales analizan un amparo o tutela por la “falta de políticas públicas adecuadas”³⁷⁹ o “necesarias”³⁸⁰ o “[...] la ausencia de servicios para aquellos en situación crítica [...]”,³⁸¹ sin por ello hacer referencia a una acción positiva fáctica definida en particular. Frases de este estilo pueden ser representadas formalmente a través de “ $\neg A_{pf\langle n \rangle}$ ”.

Por su parte, la presencia de omisiones indefinidas, es decir, de varias acciones positivas fácticas que resultan alternativas, tampoco imposibilita la obtención de un resultado. Los resultados del examen de proporcionalidad por omisión son siempre definitivos.³⁸² Ello en virtud de que como producto del mismo se fundamenta la validez de una regla de derecho social que ordena realizar a un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. No obstante, los resultados definitivos pueden ser tanto

³⁷⁹ Corte Suprema de la Nación argentina: “Q. C. S. Y. c/ GCABA s/ Amparo”, voto del Enrique Petracchi, Considerando 16°.

³⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760/08, considerando 2.2.1.

³⁸¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 11/00 (“Grootboom”), juez Yacoob, considerando 63°: “[...] the absence of a component catering for those in desperate need [...]”. La traducción fue extraída de:

http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiFttGwpjVAhXFIZAKHZP5BwQQFggI0MAA&url=http%3A%2F%2Fjeanclaude.tronp.com%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_view%26gid%3D418&usg=AFQjCNHulkTxmJUEWRNEzWuBaQnc9yVPmw. Última vez visitado el día 20/07/2017.

³⁸² Clérico, L., op. cit., 2011, p. 393.

definidos como alternativos.³⁸³ Son definidos cuando ese grado exacto de cumplimiento solamente puede ser realizado por medio de una única acción positiva idónea. En cambio, son alternativos cuando ese grado exacto de cumplimiento puede ser realizado por medio de varias acciones positivas fácticas idóneas que se presentan como alternativas. Esta última situación no le quita carácter de definitivo al resultado, puesto que el demandado no puede elegir entre hacer algo o no hacer algo. Está definitivamente obligado a adoptar una de las medidas alternativas. Con todo, cuenta con un margen de acción estructural para escoger cuál ejecutar.

III.1.2. La limitación de un principio de derecho social

Ahora bien, la determinación de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es un presupuesto necesario, pero no suficiente para que resulte admisible la aplicación del examen de proporcionalidad por omisión. Se requiere, además, que esa omisión provoque una limitación en el grado de realización de un principio de derecho social. Para demostrar esto último deben fundamentarse dos cosas.

En primer lugar, debe fundamentarse que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado menor de cumplimiento respecto de su realización plena. Esto puede alcanzado a través de una comparación entre la realización actual del principio y su realización total.³⁸⁴ A tales efectos, pueden darse todos los argumentos que resultan admisibles para la interpretación de las normas en general, es decir, argumentos

³⁸³ Clérico, L., op. cit., 2011, p. 397.

³⁸⁴ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 187.

interpretativos, dogmáticos, basados en precedentes, analógicos, empíricos y prácticos en general.³⁸⁵

En segundo lugar, debe fundamentarse que existe una conexión causal entre esa limitación al principio de derecho social y la omisión de una o varias acciones positivas fácticas previamente determinada. Esto último puede dar lugar a dos objeciones: una filosófica y otra metodológica.

La objeción filosófica aduce que una omisión no puede ser causa de ninguna consecuencia. Ello representa una variante de la máxima de Saliceto que reza: *ex nihilo nihil fit* (“de la nada, nada se sigue”).³⁸⁶ Sin embargo, esta objeción es inadmisibles. Supone una concepción de la causalidad que resulta incompatible con nuestros usos más habituales del lenguaje.³⁸⁷ Así, es perfectamente posible aducir que ciertas omisiones son causas de determinados eventos, como cuando decimos que la falta de lluvia causó la pérdida de una cosecha o que la falta de una atención médica oportuna causó la muerte del paciente.³⁸⁸ Por lo tanto, no existe obstáculo conceptual para identificar una relación causal entre la omisión de una o varias acciones positivas fácticas y la limitación de un principio de derecho social.

La objeción metodológica plantea el interrogante relativo a cómo puede fundamentarse racionalmente que existe una relación de causalidad entre una omisión y una limitación a un principio de derecho social. Sin embargo, la respuesta se deduce de aquello que ya fuera dicho en relación el uso de argumentos relativos a las relaciones *medio-fin* para la determinación de la o las acciones positivas fácticas *prima facie* ordenadas

³⁸⁵ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 137; Alexy, R., op. cit., 2010a, pp. 318 y ss.

³⁸⁶ Nino, C., op. cit., 1989, p. 236.

³⁸⁷ Nino, C., op. cit., 1989, p. 237.

³⁸⁸ Nino, C., op. cit., 1989, p. 238.

por un principio de derecho social.³⁸⁹ Pues, si ya se ha fundamentado que una o varias acciones positivas fácticas contribuyen, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico con un mayor grado de realización de un principio de derecho social, entonces puede inferirse, sin más, que su omisión contribuye con su no-realización y, por tanto, con su limitación.

Una vez que se encuentran cumplidos los presupuestos relativos a la existencia de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas y a la limitación de un principio de derecho social como consecuencia de aquella, entonces debe pasarse al análisis de las reglas y formas de argumentación específicas que integran el análisis de proporcionalidad por omisión. Como se verá, estas reglas y formas de argumentación específicas son las que, respectivamente, permiten fundamentar que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento “sub-óptimo”, ya sea tanto en el ámbito de sus posibilidades fácticas como jurídicas.

III.2. El sub-examen de idoneidad

Una primera manera de fundamentar que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado “sub-óptimo” en lo que refiere a sus posibilidades fácticas es a través del sub-examen de idoneidad.³⁹⁰ De acuerdo con él, toda limitación a un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe contribuir, por lo menos, con el fomento de algún fin legítimo.³⁹¹ De la definición presentada pueden desagregarse cuáles son las dos exigencias que el sub-examen de idoneidad impone a toda omisión que limite el grado de realización de un

³⁸⁹ Cf. Cap. 3.III.1.1.

³⁹⁰ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 39.

³⁹¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, 92 y ss.; Bernal Pulido, C., op. cit., 2003, p. 687; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 43.

principio de derecho social. En primer lugar, que persiga un fin legítimo. En segundo lugar, que sea técnicamente adecuada para fomentarlo.

III.2.1. La determinación y la legitimidad del fin

La primera exigencia supone verificar la legitimidad del fin que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas fomenta o pretende fomentar. Un fin puede ser conceptualizado como un estado de cosas que, explícita o implícitamente, se procura promover a través de una determinada medida.³⁹² Por ello, pueden ser resumidos estructuralmente como principios.

Ahora bien, lo dicho puede dar lugar a dos interrogantes. Un primer interrogante es metodológico y refiere a cómo se determina el fin que una determinada omisión persigue. Un segundo interrogante es jurídico-normativo y refiere a cuándo puede considerarse que un fin es o no legítimo.

Es posible determinar cuál es el fin perseguido por una omisión por medio de argumentos interpretativos. En particular, suelen aplicarse las reglas y formas de o bien la argumentación teleológico-objetiva³⁹³ o bien de la argumentación genética.³⁹⁴ Ello se verifica habitualmente en la práctica cuando, por ejemplo, se aduce que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas tuvo el fin explícito o implícito de garantizar el “equilibrio

³⁹² Clérico, L., op. cit., 2009, p. 47.

³⁹³ Cf. Larenz, K., op. cit., 1994, p. 266 y ss.; Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 331 y ss.

³⁹⁴ Se hace uso del argumento genético cuando se justifica una interpretación de un fin o principio subyacente, en razón de que corresponde con la voluntad de la autoridad que adoptó la omisión. Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 326

presupuestario”³⁹⁵ o de no “perjudicar la pretensión de otros individuos más necesitados”.³⁹⁶

Ahora bien, los fines verificados pueden poseer un mayor o menor grado de abstracción. Por ello, se impone al intérprete la regla argumentativa que ordena determinar su contenido de la manera más precisa posible.³⁹⁷ Mientras más precisa sea la determinación del contenido del fin, tanto más fácil podrá ser controlada su proporcionalidad.³⁹⁸ Asimismo, en algunos casos una omisión puede perseguir más de un fin. Frente a estas situaciones, el examen de proporcionalidad debe ser realizado tomando en cuenta a todos los fines identificados, salvo que pueda fundamentarse una reducción o simplificación.³⁹⁹

Una vez determinado el fin debe pasarse a la evaluación de su legitimidad. Un fin es ilegítimo cuando su promoción está definitivamente prohibida por una regla constitucional.⁴⁰⁰ De esta manera, no puede fungir como razón para limitar el grado de realización de un principio de derecho social. Frente a estas situaciones, debe tenerse a la omisión como definitivamente prohibida, sin la necesidad evaluar la relación de proporcionalidad entre los principios en juego. Un ejemplo hipotético, anteriormente citado, es aquel en el que se rechazara la entrega de un medicamento a un individuo o grupo de individuos en razón de su condición racial, sexual, nacional o social. En cambio, un fin es legítimo cuando su fomento no está definitivamente prohibido por una regla constitucional, es decir, que o bien está permitido o bien está ordenado.⁴⁰¹ En estos casos, el

³⁹⁵ Corte Suprema de la Nación argentina: “Q. C. S. Y. c/ GCABA s/ Amparo”, voto de la mayoría, Cond. 13°.

³⁹⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 32/97 (“Soobramoney”), voto de J. Sachs, considerando 58°.

³⁹⁷ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 50.

³⁹⁸ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 49.

³⁹⁹ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 52.

⁴⁰⁰ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 85.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

fin sí puede fungir como una razón válida para limitar un principio de derecho social. Aunque siempre se trata de una razón *prima facie* y nunca definitiva. Pues, la legitimidad de un fin no garantiza su proporcionalidad. Únicamente una razón proporcional puede ser una razón definitiva y tal determinación solo puede ser obtenida como resultado del examen de proporcionalidad por omisión.

III.2.2. La idoneidad de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas

La segunda exigencia supone verificar si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es técnicamente adecuada para fomentar la realización del fin legítimo previamente determinado. Esta exigencia está guiada por las siguientes dos reglas de la argumentación:

(S-I.1) Si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limita a un principio de derecho social es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces debe examinarse si la misma resulta necesaria y/o proporcionada en sentido estricto.

(S-I.2) Si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limita a un principio de derecho social no es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces la misma debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

La forma lógica del argumento que pretende fundamentar la falta de idoneidad de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas puede

ser representada por medio de una variante del argumento referido a las relaciones *medio-fin*:⁴⁰²

- (A.S-I) (1) OP_x
 (2) $\neg A_{pf} \rightarrow \neg P_x$
 (3) $Ph \neg A_{pf}$ (1) y (2)

La proposición (1) representa a la premisa normativa del argumento. Esta premisa está conformada por el operador deóntico del mandato (“O”) y el fin legítimo “ P_x ”. El fin legítimo “ P_x ” es el principio que colisiona contra el principio de derecho social genéricamente identificado como “ P_{ds} ”. La proposición (2) representa una premisa empírica. En esta se indica que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas ($\neg A_{pf}$) no contribuye con la realización del fin “ P_x ” (“ $\neg P_x$ ”). (3) representa a la conclusión del argumento. Ella supone que la omisión de la acción positiva fáctica ($\neg A_{pf}$) está definitivamente prohibida (Ph), en virtud de (1) y (2).

Ahora bien, aun aceptando la validez de esta estructura lógica, es posible que se presenten nuevas discusiones en relación con las proposiciones (1) y (2). En lo que respecta a la proposición (1), es preciso aclarar por qué el fin legítimo debe ser considerado “obligatorio” y no meramente “permitido”.⁴⁰³ Los fines legítimos perseguidos por una omisión son, a la vez, obligatorios en razón de estar o bien directa o bien indirectamente ordenados por la Constitución.⁴⁰⁴ Un fin está directamente ordenado cuando el mismo puede ser adscripto como parte del significado de un enunciado constitucional. En estos supuestos, no puede haber dudas

⁴⁰² Cf. Clérico, L., op. cit., 44.

⁴⁰³ Este interrogante puede verse planteado en: Rivers, J., “Proportionality, Discretion and Second Law of Balancing”, en Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Oxford and Portland, 2007, pp. 167 y ss.

⁴⁰⁴ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 519; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 44.

de que está ordenada su optimización. En cambio, un fin está indirectamente ordenado cuando es explícita o implícitamente perseguido por una autoridad investida con competencia normativa. En este último caso, está ordenada la optimización de un determinado fin en razón de los “principios formales”.⁴⁰⁵ Ahora bien, resta dilucidar si esa obligatoriedad debe ser entendida como *prima facie* o como definitiva. En este punto, la única interpretación posible es que se trata de una obligación *prima facie*. De lo contrario, no sería necesaria la evaluación de su proporcionalidad.⁴⁰⁶

En relación con la proposición (2), puede interrogarse cómo es que se justifica materialmente que una omisión no es idónea para promover la realización del fin legítimo. Aquí valen, nuevamente, las reglas y formas de la argumentación referida a las relaciones *medio-fin*. En concreto, debe demostrarse que una omisión de una o varias acciones positivas fácticas no contribuye ni en un sentido cuantitativo ni cualitativo ni probabilístico con la realización del fin legítimo que persigue.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas puede realizar en diferentes grados y aspectos a un determinado fin, puede presentarse un segundo interrogante. Este interrogante refiere a si esa relación de fomento debe ser entendida en un sentido “fuerte” o “débil”.⁴⁰⁷ Es entendida en un sentido “fuerte” cuando se exige que la omisión deba realizar al fin en el mayor grado posible tanto en su aspecto cuantitativo, como cualitativo y probabilístico.⁴⁰⁸ De acuerdo con este criterio, una omisión puede ser descartada por falta de idoneidad, en todos aquellos casos en que no sea la medida más eficaz para alcanzar el

⁴⁰⁵ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 45.

⁴⁰⁶ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 46.

⁴⁰⁷ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 59.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

fin deseado. Esta interpretación no puede ser aceptada en virtud de dos argumentos.

El primer argumento es de índole competencial. Este indica que si, como resultado del sub-examen de idoneidad, solamente permanecieran como válidas aquellas omisiones que resulten las más más eficaces técnicamente, entonces quedaría seriamente comprometida parte de la discrecionalidad estructural reconocida en favor del poder legislativo.⁴⁰⁹

El segundo argumento es un argumento de racionalidad. Este indica que, si la relación de fomento fuera entendida en sentido “fuerte”, muchas omisiones quedarían excluidas de antemano de los sub-exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De esta forma, se estarían dejando afuera otros posibles argumentos relevantes para la decisión.⁴¹⁰ Pero la consideración de todos los argumentos que hablen tanto a favor como en contra de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas constituye un requisito para cualquier discurso racional. Por tanto, solo cabe la alternativa de una interpretación “débil”.⁴¹¹ Una relación de fomento es entendida en un sentido “débil” cuando se exige que la omisión fomente a la realización del fin en algún grado y en algún sentido. De acuerdo con este segundo criterio, solamente pueden quedar descartadas por inidóneas aquellas omisiones que no fomentan absolutamente en nada al fin.

III.2.3. Resultados del sub-examen de idoneidad

De acuerdo con la interpretación “débil” del sub-examen de idoneidad, pueden reconstruirse cuáles son los posibles resultados que el

⁴⁰⁹ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 40.

⁴¹⁰ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 41.

⁴¹¹ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 59.

mismo puede arrojar.⁴¹² Así, cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas contribuya en algún grado y sentido con el fomento de un fin legítimo, entonces debe ser tenida por idónea y proseguir a evaluar su necesidad y, en su caso, su proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹³

En cambio, cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no contribuya en ningún grado ni sentido con el fomento de un fin legítimo, entonces debe ser tenida por técnicamente inadecuada y, por tanto, desproporcionada en sentido amplio.⁴¹⁴ Con ello, queda justificado que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento “sub-óptimo” en relación con sus posibilidades fácticas.

Un ejemplo al respecto se extrae de un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina conocido bajo el nombre de “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud de la Nación argentina”. Allí, la mencionada asociación cuestionó la constitucionalidad de un decreto emitido por el Ministerio de Salud, por medio del cual se excluía la cobertura de medicamentos a aquellos enfermos de esclerosis múltiple que no hubieran sufrido “dos brotes o exacerbaciones durante los últimos dos años”.⁴¹⁵ El fin explícito que la omisión buscaba promover era el de “evitar tratamientos farmacológicos innecesarios”.⁴¹⁶ Sin embargo, la pericia médica arrojó que el hecho de no sufrir “dos brotes o exacerbaciones durante los últimos dos años” no representaba un criterio médico-científico que permitiera concluir el carácter “innecesario” de un tratamiento farmacológico. Por el contrario, los peritos adujeron que el tratamiento

⁴¹² Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 40 y ss.

⁴¹³ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 40.

⁴¹⁴ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 41.

⁴¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, Cond. 1°.

⁴¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, Cond. 3°.

farmacológico de pacientes con esclerosis múltiple sin manifestaciones externas permitía reducir significativamente el progresivo avance de la enfermedad. Por tanto, la omisión de otorgar los medicamentos representaba una limitación al principio de derecho a la salud de los pacientes, sin por ello realizar el fin buscado de evitar “tratamientos innecesarios”. Como consecuencia de ello, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida, por ausencia de idoneidad.

Por último, también cabe la posibilidad de que, luego de realizado el sub-examen de idoneidad, persistan dudas tanto respecto de la legitimidad del fin como de la adecuación técnica de la omisión. En estos casos, debe tenerse al fin como legítimo y a la omisión como idónea y proseguirse con los sub-exámenes de necesidad y, en su caso, de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es así, en virtud de las mismas razones que apoyan la versión “débil” del sub-examen de idoneidad, es decir, razones vinculadas a la distribución de competencias y a la racionalidad del discurso. Sin embargo, esto no significa que, frente a casos de dudas, el desarrollo del sub-examen de idoneidad resulte totalmente inútil. Pues, la información que de allí se obtenga condicionará la determinación de cuál es el grado de realización del fin legítimo, lo que será decisivo a la hora de analizar la proporcionalidad en sentido estricto de la omisión.⁴¹⁷

III.3. El sub-examen de necesidad

Una segunda manera de fundamentar que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado “sub-óptimo” en relación con sus posibilidades fácticas es a través del sub-examen de necesidad. De acuerdo con él, toda limitación a un principio de derecho social por parte de la

⁴¹⁷ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 70.

omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser necesaria para contribuir con el fomento del fin legítimo.

De la definición expuesta se extrae que el sub-examen de necesidad exige verificar si no existe alguna medida alternativa a la omisión, es decir, una acción positiva fáctica, que permita fomentar por lo menos en el mismo grado al fin legítimo, pero que a la vez limite en un menor grado al principio de derecho social. Esto presupone dos cosas. En primer lugar, que es posible identificar una o más medidas alternativas a la omisión.⁴¹⁸ En segundo lugar, que tanto las medidas alternativas como la omisión pueden ser comparadas en su relación de fomento tanto con respecto al fin legítimo como con respecto al principio de derecho social. Esta “doble comparación”⁴¹⁹ justifica que el sub-examen de necesidad deba ser desdoblado analíticamente en dos pasos. Así, un primer paso está focalizado en la determinación de si la o las medidas alternativas a la omisión fomentan en un, por lo menos, mismo grado al fin legítimo. Un segundo paso está focalizado en la determinación de si la o las medidas alternativas a la omisión limitan en un menor grado al principio de derecho social o, lo que es lo mismo, si permiten su realización en un mayor grado.

III.3.1. La igual idoneidad de las medidas alternativas

Las reglas de argumentación que corresponden a este primer paso son:

(S-N.1) Si no existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, entonces debe entenderse que esta última es necesaria y

⁴¹⁸ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 102.

⁴¹⁹ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 103.

debe proseguirse con el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto.

(S-N.2) Si existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, entonces debe determinarse si esa medida alternativa es menos lesiva con respecto al principio de derecho social.

La estructura lógica del argumento que permite fundamentar que una o varias medidas alternativas son igualmente idóneas que la omisión puede ser representada, otra vez, con ayuda de una variante del argumento referido a las relaciones *medio-fin*:

- (A.S-N.1) (1) OP_x
 (2) $M_{alt} \geq \neg A_{pf} \rightarrow P_x$
 (3) $O (M_{alt} \vee \neg A_{pf})$ (1) y (2)

La proposición (1) constituye la premisa normativa. Allí se representa a la obligación de fomentar al fin legítimo “ P_x ”. La proposición (2) es una premisa empírica, que indica que una medida alternativa “ M_{alt} ” fomenta en igual o mayor grado (“ \geq ”) que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas “ $\neg A_{pf}$ ” al principio “ P_x ”. La proposición (3) es la conclusión. Esta indica que, en razón de (1) y (2), están ordenadas (O), disyuntivamente, o bien la medida alternativa “ M_{alt} ” o bien la omisión de la acción positiva fáctica “ $\neg A_{pf}$ ”.

Como puede apreciarse, en este paso de la argumentación no se trata de evaluar la “mera idoneidad” de la medida alternativa en relación con el fin legítimo. Tampoco se trata de evaluar si la misma garantiza su grado

máximo de realización posible. Más bien, lo que debe fundamentarse es que la medida alternativa fomenta al fin legítimo al menos de igual manera que la omisión. Por tanto, se trata de un examen acerca de su idoneidad, aunque tomando en cuenta una “pauta de comparación fija”.⁴²⁰

Por supuesto, es posible que surjan interrogantes metodológicos con respecto a cómo puede fundamentarse materialmente a la proposición (2). Así, un primer interrogante refiere a cómo pueden ser identificadas las medidas alternativas a la omisión bajo examen. Un segundo interrogante se pregunta acerca de cuáles son los criterios que permiten determinar que una medida alternativa realiza un fin en igual o mayor grado que la omisión. El primer interrogante es el más fácil de responder. Existe una medida alternativa cuando ésta es idónea para fomentar en algún grado y sentido al fin legítimo. A tales efectos, vale lo ya dicho en relación con el sub-examen de idoneidad. El segundo interrogante presenta mayores complejidades. Pues, no es claro si la medida alternativa debe realizar en igual o mayor grado al fin legítimo en todos sus aspectos cuantitativos, cualitativos o probabilísticos o si es suficiente con demostrar su igual idoneidad solamente en alguno de ellos. Sobre este punto vale la regla de argumentación que exige que la igual o mayor idoneidad debe ser examinada *prima facie* en todos sus sentidos.⁴²¹ Esta regla colabora con la identificación de las medidas alternativas a ser examinadas. Pues, permite una considerable reducción de posibilidades.⁴²² Con todo, no se trata de una regla definitiva, ya que es posible imaginar la existencia de medidas alternativas que promuevan en un mayor grado a un fin en relación con un aspecto, pero no en relación con otro. En estos casos, quien pretenda sostener la validez de la medida alternativa está obligado a fundamentar

⁴²⁰ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 108.

⁴²¹ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 111.

⁴²² Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 109.

que es igual o más idónea en aquellos aspectos que resultan “relevantes”.⁴²³

Como producto de este primer paso pueden obtenerse tres resultados diferentes.⁴²⁴ Si la medida identificada como alternativa no es al menos igualmente idónea que la omisión, entonces la omisión debe ser tenida por necesaria. En cambio, si es al menos igualmente idónea, entonces debe analizarse si la medida alternativa resulta menos lesiva que la omisión con respecto al principio de derecho social. Para ello, debe atenderse a las reglas y formas del segundo paso del sub-examen de necesidad. Por último, puede ser el caso que surjan dudas respecto a si una medida alternativa es o no igualmente idónea que una omisión. En estos casos, debe tenerse a la medida elegida *prima facie* como necesaria y proseguirse con el análisis de su proporcionalidad *stricto sensu*.

III.3.2. La menor lesividad de las medidas alternativas

Las reglas de argumentación correspondientes a este segundo paso son:

(S-N.3) Si existen medidas alternativas que fomentan al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, pero que limitan en igual o mayor grado al principio de derecho social, entonces la omisión debe ser tenida por necesaria y proseguirse con el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto.

(S-N.4) Si existen medidas alternativas que fomentan al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización

⁴²³ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 111.

⁴²⁴ *Ibidem*.

que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, pero que limitan en un menor grado al principio de derecho social, entonces la omisión debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

La estructura lógica del argumento que permite fundamentar la menor lesividad de una o varias medidas alternativas puede ser representada del siguiente modo:

- (A.S-N.2) (1) OP_{ds}
(2) $M_{alt} > \neg A_{pf} \rightarrow P_{ds}$
(3) $Ph \neg A_{pf}$ (1) y (2)

La proposición (1) representa al mandato de realizar al principio de derecho social en su mayor grado de posible. La proposición (2) es una premisa empírica, la cual indica que existe una medida alternativa " M_{alt} " que fomenta en un mayor grado de realización (" $>$ ") al principio de derecho social " P_{ds} " que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas " $\neg A_{pf}$ ". La proposición (3) es la conclusión que prohíbe (Ph) definitivamente adoptar la omisión de la acción positiva fáctica " $\neg A_{pf}$ ", en razón de (1) y (2).

Nuevamente aquí se trata de demostrar que la medida alternativa resulta menos lesiva de acuerdo con una "pauta de comparación fija"⁴²⁵ conformada por la omisión de una o varias acciones positivas fácticas. En relación a cómo se fundamenta esto, valen las ya reconstruidas reglas y formas del sub-examen de idoneidad y del primer paso del sub-examen de necesidad.

⁴²⁵ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 108.

III.3.3. Resultados del sub-examen de necesidad

Como producto total de los dos pasos del sub-examen de necesidad pueden surgir tres tipos de resultados diferentes. Un primer resultado supone lo siguiente: si o bien no existe una medida alternativa a la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que sea, por lo menos, igualmente idónea para fomentar al fin legítimo o bien existiendo ésta no promueve en un mayor grado de realización del principio de derecho social, entonces la omisión debe ser considerada necesaria y proseguir a evaluar su proporcionalidad en sentido estricto.⁴²⁶.

Un segundo resultado supone lo siguiente: si existe una medida alternativa a la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que sea, por lo menos, igualmente idónea para fomentar al fin legítimo y que, a la vez, promueva en un mayor grado de realización del principio de derecho social, entonces la omisión debe ser considerada innecesaria y, por tanto, como desproporcionada en sentido amplio. Con ello, nuevamente, queda fundamentado que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento “sub-óptimo” en relación con sus posibilidades fácticas.

Un ejemplo al respecto se extrae de la sentencia T-561/12 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Allí una mujer víctima del desplazamiento forzado solicitó la inconstitucionalidad de una decisión administrativa del poder ejecutivo, mediante la cual se le rechazó el otorgamiento de un subsidio mínimo vital legalmente establecido para personas en su condición. El motivo por el cual el organismo omitió hacer entrega del subsidio se basó en el hecho de que la solicitante no portaba

⁴²⁶ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 40.

con su cédula de identidad. El fin legítimo que perseguía la omisión estatal era “evitar defraudaciones o suplantaciones y brindar seguridad a las personas víctimas del desplazamiento respecto de la entrega del subsidio”.⁴²⁷ La Corte hizo lugar al pedido de la actora. El principal argumento fue que la omisión de hacer entrega del subsidio por carencia de cédula de identidad resultaba una medida innecesaria. Pues, en el caso existía una medida alternativa a la omisión que permitía fomentar en un mismo grado al fin de “evitar suplantaciones”, pero sin limitar al principio del derecho al mínimo vital. Esta medida alternativa era una acción positiva fáctica definida consistente en hacer entrega del subsidio en todos aquellos casos en que la persona pueda acreditar su identidad mediante un certificado firmado por funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado civil (RNEC), un certificado de cédula de identidad en trámite y su contraseña personal de seguridad social.⁴²⁸

Un tercer resultado posible es que persistan dudas con respecto a si una medida alternativa es o no al menos igualmente idónea o menos lesiva que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas. Frente a estas situaciones, la omisión debe ser tenida por necesaria. Las razones que hablan en favor de esta opción son las mismas que fundamentan un examen de idoneidad “débil”. No obstante, esas inseguridades pueden ser razones en contra de la omisión al momento de la ponderación *stricto sensu*.⁴²⁹

⁴²⁷ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-561/12, ap. 3.1.

⁴²⁸ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-561/12, ap. 4.2.

⁴²⁹ En este punto, Clérico propone que una segunda opción es complementar al sub-examen de necesidad para resolver la situación de indeterminación. Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 127 y ss.

III.4. El sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto

Una tercera manera de fundamentar que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento sub-óptimo es a través del sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*. A diferencia de los dos anteriores, este sub-examen recibe su fundamento en el mandato de optimizar a los derechos sociales con respecto a sus posibilidades jurídicas o normativas.⁴³⁰ De acuerdo con él, toda limitación a un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe guardar una relación proporcional con las razones que hablan en favor del fin que pretende legitimar su restricción.⁴³¹

Las reglas de argumentación que guían al sub-examen de proporcionalidad son las siguientes:

(S-P.1) Si la intensidad de la limitación de un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo que ésta persigue, entonces la omisión debe ser tenida por proporcionada en sentido amplio.

(S-P.2) Si la intensidad de la limitación de un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no es proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo que ésta persigue, entonces la omisión debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

⁴³⁰ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 92.

⁴³¹ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 209; Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 183.

Las dos reglas de argumentación citadas cuentan con la ventaja de su simplicidad. No obstante, requieren de ulteriores precisiones. Así, en primer lugar, debe explicitarse cuál es la estructura interna de esta forma de argumentación. En segundo lugar, los términos “intensidad de la limitación” e “importancia de la realización” de los principios son demasiado vagos. Por ello, se torna necesaria una clarificación conceptual que determine qué es lo que esto significa. En tercer lugar, pueden surgir serias dudas con respecto a cuáles son criterios que permitan justificar materialmente tanto el grado de intensidad en que ha sido limitado un principio de derecho social como el grado de importancia de la realización de un fin legítimo o principio contrapuesto. Estas cuestiones serán clarificadas en lo que sigue.

III.4.1. La ley de la ponderación

La estructura interna del argumento basado en el sub-examen de proporcionalidad suele ser resumida con ayuda de aquello que Alexy ha denominado “ley de la ponderación”. Esta ley ha sido explicitada en los siguientes términos:

(A) “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴³²

La “ley de la ponderación” es una estructura de fundamentación válida para cualquier constelación de principios en colisión y, a los efectos

⁴³² Alexy, R., op. cit., 2008, p. 138.

de este trabajo, permite poner de relieve dos cosas. La primera es que, de acuerdo con ella, la medida permitida de limitación a un principio de derecho social depende de cuál sea la importancia de la realización del fin legítimo que le colisiona. Esto significa que si el principio de derecho social sufre una limitación muy intensa se exige, por lo menos, que sirva para realizar de manera muy importante a un fin legítimo.⁴³³ De lo contrario, debería aceptarse que el principio de derecho social se encuentra “sub-optimizado” en lo que respecta a sus posibilidades jurídicas. La segunda cuestión es que este tipo de justificación no puede ser alcanzada evaluando el peso de los principios de manera “aislada”, sino de manera “relativa”. Esto quiere decir que el principio de derecho social y el principio contrario deben ser necesariamente puestos en relación tomando en cuenta las circunstancias de la colisión⁴³⁴ y las consecuencias jurídicas que respectivamente exigen.⁴³⁵

Más allá de estas precisiones, aún persisten interrogantes con respecto a cómo debe ser entendida la “ley de la ponderación” dentro del ámbito del derecho constitucional. En este sentido, existen dos interpretaciones. Una primera interpretación es denominada “lineal”.⁴³⁶ Esta supone que, para justificar una restricción, el grado de realización del fin legítimo debe crecer en forma proporcional de acuerdo con el grado de limitación del principio afectado.⁴³⁷ Esta interpretación es adecuada para reconstruir numerosas situaciones de colisión entre principios. Sin embargo, no permite dar cuenta de aquellos juicios de ponderación, en los cuales el principio afectado cuente a su favor con una precedencia *prima facie* en abstracto. Esto sucede, por ejemplo, cuando un principio de

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ Alexy, R., op. cit., 2008, p. 138; Barry, B., *Political Argument*, Nueva York, Routledge and Kegan Paul, 1965, p. 7; Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 167.

⁴³⁵ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 162.

⁴³⁶ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 201.

⁴³⁷ *Ibidem*.

derecho social resulta limitado en virtud de una acción regresiva.⁴³⁸ Frente a esta clase de situaciones no basta con que el grado de realización del fin legítimo sea proporcional con el grado de limitación del principio afectado. Más bien, se exige que lo supere. Por ello, a la primera interpretación se le complementa una segunda denominada “progresiva”.⁴³⁹ Esta última supone que, para justificar una restricción de aquellos principios que cuentan con una precedencia *prima facie* en abstracto, el grado de realización del fin legítimo debe crecer en forma “sobre-proporcional” o “más que proporcional” respecto del grado de limitación del principio afectado.⁴⁴⁰

La insuficiencia de la interpretación “lineal” y la complementación propuesta por la interpretación “progresiva” permite poner de relieve cuáles son los elementos o factores que necesariamente integran a la estructura interna de la ponderación. Así, en ella no solo concurren los respectivos grados de limitación y de realización de cada uno de los principios, sino también sus respectivos “pesos relativos en abstracto”.⁴⁴¹ Por tanto, aquello que aquí fue nombrado como la “intensidad en la limitación” de un principio de derecho social debe ser entendido como un valor compuesto por la conjugación de su grado limitación y su peso relativo en abstracto. Por su parte, aquello que aquí fue nombrado como la “importancia de la realización” de un fin legítimo debe ser entendido como un valor compuesto

⁴³⁸ Esta teoría dogmática referida al principio de no-regresividad se origina en la observación general n° 3 dictada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU). Allí, en el considerando 9°, el Comité sostiene: “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Con posterioridad esto ha sido recogido por la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, véase: Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006; Sepúlveda, M., op. cit., 2003, cap. V.

⁴³⁹ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 205.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 166; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 205 y ss.

por la conjugación de su grado de realización y su peso relativo en abstracto.⁴⁴² Siendo así, puede precisarse a la “ley de la ponderación” de la siguiente manera:

(A´) Cuanto mayor sea el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de limitación de un principio, tanto mayor debe ser el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de realización del otro.

Para el caso de aquellas colisiones en las cuales participe al menos un principio de derecho social, esta “ley de la ponderación” precisada puede ser traducida en los siguientes términos:

(A´´) Cuanto mayor sea el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de limitación de un principio de derecho social, tanto mayor debe ser el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de realización del fin legítimo.

O, de manera resumida:

(A´´´) Cuanto más intensa sea la limitación a un principio de derecho social, tanto mayor debe ser la importancia de la realización del fin legítimo.

⁴⁴² En un sentido similar, Sieckmann denomina a la conjunción de ambos factores como “valor de la restricción” y “valor de realización”. Cf. Sieckmann, J., op. cit., 2006.

Tomando en cuenta lo anterior, la forma del argumento que se encuentra representado por la “ley de la ponderación” precisada en (A’’) puede ser simbolizado en los siguientes términos:

$$\begin{aligned}
 \text{(A.S-P)} \quad & (1) (AP_{ds} \cdot LP_{ds} > AP_x \cdot RP_x) C_x \rightarrow (P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_x \\
 & (2) (AP_{ds} \cdot LP_{ds} > AP_x \cdot RP_x) C_1 \\
 & (3) (P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_1 \quad (1) \text{ y } (2)
 \end{aligned}$$

La proposición (1) representa a la premisa normativa mayor de la “ley de la ponderación” precisada (A’). Esta premisa indica que si en las condiciones “C_x” el valor compuesto por el peso relativo abstracto (AP_{ds}) y el grado de limitación de un principio de derecho social (LP_{ds}) es mayor que el valor compuesto por el peso relativo abstracto (AP_x) y el grado de realización (RP_x) del fin legítimo, entonces el principio de derecho social goza de precedencia condicionada en relación con respecto al otro principio que le colisiona [(P_{ds} **P** P_x) C_x]. La proposición (2) representa una premisa menor, donde se fundamenta que en las circunstancias particulares “C₁” el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de limitación de un principio de derecho social es efectivamente mayor que el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de realización del principio que le colisiona. La proposición (3) representa la conclusión del argumento, que indica que en esas circunstancias “C₁” el principio de derecho social debe tener precedencia por sobre el fin legítimo que le colisiona. Esto significa que debe seguirse la consecuencia jurídica que reclama el principio de derecho social. En este punto, la formalización (A.S-P) se encadena argumentativamente con la “ley de la colisión”. De esta manera:

en colisión.⁴⁴³ Esta asignación de valor puede ser representada gradualmente a través de una escala triádica que distinga entre un peso relativo abstracto “alto”, “mediano” o “bajo”.⁴⁴⁴

No obstante, si bien la determinación del peso relativo abstracto de un principio prescinde de la evaluación de las circunstancias del caso, no por ello implica una asignación de valor en términos “aislados”. Contrariamente, se trata de una evaluación abstracta pero relativa. Esto quiere decir que se asigna el valor abstracto tomando en cuenta cuál es la relación *prima facie* que un principio tiene con el principio que le colisiona.⁴⁴⁵

Ahora bien, es posible plantear genuinos interrogantes con respecto a cuáles son los criterios que permiten asignar de manera racional diferentes grados de peso relativo abstracto a los principios. Sieckmann ha identificado tres criterios que determinan cuándo un principio cuenta con un grado “alto” de peso relativo abstracto. Estos criterios son: (i) la importancia de los intereses que dan fundamento a la validez del principio; (ii) la conexión relevante del principio con otros principios válidos que ya cuentan con un peso relativo abstracto alto y (iii) su asignación de peso relativo abstracto “alto” en decisiones anteriores.⁴⁴⁶ Por su parte, Clérico ha tomado a esta clasificación para reconstruir la argumentación dentro del ámbito del derecho constitucional. Sostiene que en el marco de las prácticas constitucionales los criterios (i) y (iii) pueden ser reducidos a casos especiales del criterio (ii).⁴⁴⁷ De esta manera, un principio constitucional puede gozar de un peso relativo abstracto “alto” cuando se conecta de

⁴⁴³ Alexy, R., „Die Gewichtsformel“, en: Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003a; Clérico, L., op. cit., 2009, p. 221; Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 183.

⁴⁴⁴ Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 469.

⁴⁴⁵ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 183.

⁴⁴⁶ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 184.

⁴⁴⁷ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 221.

manera relevante con otros principios, ya sean estos principios materiales o formales.⁴⁴⁸ La simplificación propuesta por Clérico es perfectamente aplicable a aquellas colisiones en las cuales participe al menos un principio de derecho social. Por lo tanto, un principio de derecho social cuenta con un peso relativo abstracto “alto” cuando, frente una relación de colisión dada, éste se conecta de manera relevante o bien con otro principio material que ya cuenta con peso relativo abstracto “alto” o bien con un “principio formal”.

El ejemplo más obvio de asignación de peso relativo abstracto alto a un principio de derecho social en virtud de su conexión con otro principio material se da cuando existe una omisión que modifica un estado de casos anterior de manera “regresiva”.⁴⁴⁹ Un segundo ejemplo un tanto más complejo se extrae de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación argentina. En el caso “Q. C. S. Y. c/ GCABA s/ Amparo” una mujer sin pareja ni familia residiendo en el país, desempleada, bajo la custodia de su hijo menor, quien padecía de una discapacidad severa, y frente al inminente riesgo de quedar en situación de calle, se presentó ante los tribunales solicitando una solución definitiva a su problema habitacional. El Estado local había rechazado su solicitud sobre la base del fin legítimo de mantener el equilibrio presupuestario. La Corte determinó una relación de precedencia condicionada en favor del principio del derecho a la vivienda por sobre el principio de mantener el equilibrio presupuestario. Uno de los argumentos que la Corte utilizó para fundamentar su juicio de ponderación se apoya en el peso relativo abstracto “alto” que adquiere el principio del derecho a la vivienda, en comparación con el principio de equilibrio presupuestario, cuando se conecta con el principio constitucional que ordena brindar protección prioritaria a los grupos vulnerables como mujeres,

⁴⁴⁸ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 222.

⁴⁴⁹ Cf. Abramovich, V. y Courtis, C., op. cit., 2002, pp. 92 y ss.; Arango, R., op. cit., 2006; Courtis, C., op. cit., 2006.

niños y personas con discapacidad y que surge del artículo 75, inc. 22⁴⁵⁰ e inc. 23.⁴⁵¹ A esto hace referencia la Corte cuando alega que: “(...) cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad (...) se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido (...)”.⁴⁵² El ejemplo permite reconstruir la siguiente regla de argumentación:

(P.A.1) Cuando pueda fundamentarse que un principio de derecho social, en una situación de colisión dada, se conecta de manera relevante con otro principio material al cual ya se le atribuye un peso relativo abstracto alto, entonces debe asignarse *prima facie* al principio de derecho social también un peso relativo abstracto alto.⁴⁵³

Por su parte, ejemplos prototípicos de asignación de peso relativo abstracto “alto” a un principio de derecho social en virtud de su conexión con principios formales, se extraen de aquellas situaciones, en las cuales pueda aducirse que existe un precedente o caso análogo que ya resolvió la colisión en favor del principio de derecho social. A este respecto se remite a lo ya desarrollado en relación con la estructura de los argumentos

⁴⁵⁰ Por medio de este inciso se incorporan con rango constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴⁵¹ “Corresponde al Congreso: (...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

⁴⁵² “Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, voto de Enrique Petracchi, considerando 16°.

⁴⁵³ Esta regla está parcialmente tomada de la teoría de Clérico. Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 224.

referidos al uso de precedentes y de las analogías. Con todo, los ejemplos allí trabajados también permiten reconstruir la siguiente regla de la argumentación más específica para el ámbito del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto:

(P.A.2) Cuando pueda fundamentarse que un principio de derecho social, en una situación de colisión dada, ya ha obtenido precedencia condicionada en casos precedentes o análogos, entonces debe atribuírsele *prima facie* un peso relativo abstracto alto en un nuevo caso.⁴⁵⁴

Ahora bien, la determinación de un peso relativo abstracto “alto” en favor de un principio de derecho social en comparación con el principio que le colisiona no permite fundamentar, por sí mismo, una relación de precedencia condicionada de manera definitiva. Solamente indica que el principio de derecho social goza de una precedencia *prima facie*. Con todo, ello no debe llevar a pensar que la atribución de pesos en abstracto resulte totalmente irrelevante, ya que condiciona parcialmente el resultado de la ponderación. Así, si en el nivel de la determinación de sus respectivos “grado de limitación” y “grado de importancia” se diera un empate entre razones, la precedencia *prima facie* del principio de derecho social se convierte en definitiva. Además, establece una carga de la argumentación en contra de quien pretenda desvirtuar esa precedencia *prima facie*;⁴⁵⁵ esto quiere decir que estará obligado a fundamentar que el “grado de la realización” del fin legítimo es “sobre-proporcional” en relación con el “grado de limitación” del principio de derecho social.

⁴⁵⁴ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 227.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

Por último, cabe mencionar que cuando no pueda fundamentarse un peso relativo abstracto alto ni en favor del principio de derecho social ni en favor del principio que le colisiona, estos valores se neutralizan entre sí.⁴⁵⁶ Por tanto, el resultado de la ponderación estará condicionado, de manera exclusiva, por la determinación de los factores relativos al “grado de limitación” y al “grado de realización” de los respectivos principios.⁴⁵⁷

III.4.3. Grado de limitación y grado de realización

Los factores relativos al “grado de limitación” y al “grado de realización” representan, respectivamente, cuál es el grado de no-realización del principio de derecho social y el grado de realización del fin legítimo que pretende justificar la restricción del primero. Esta asignación de valor también puede ser representada gradualmente a través de una escala triádica que distinga entre un grado de limitación o realización “alto”, “mediano” o “bajo”.⁴⁵⁸

El grado de limitación de un principio de derecho social se obtiene de comparar su grado actual de realización con el grado de su realización plena o total.⁴⁵⁹ A tales efectos, valen todas las reglas y formas de la argumentación correspondientes a la interpretación de las normas jurídicas en general.⁴⁶⁰ Lo importante es tener en cuenta que, a diferencia de que sucede con la asignación del peso relativo abstracto, la determinación del grado de limitación de un principio de derecho social depende de cuáles son las circunstancias del caso concreto. Esto quiere decir que en las

⁴⁵⁶ Alexy, R., “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 16 (4), 2003b, p. 440.

⁴⁵⁷ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 187.

⁴⁵⁸ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 227.

⁴⁵⁹ Sieckmann, J., op. cit., 2006, p. 187.

⁴⁶⁰ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 318 y ss.

circunstancias “ C_x ” el grado de limitación de un principio de derecho social puede ser uno, pero en las circunstancias “ C_y ” el grado de limitación de ese mismo principio puede ser diferente.

Esto último puede ser puesto en evidencia a través de la mención de dos ejemplos. Así, en el caso de la sentencia T-271/95 la Corte Constitucional de Colombia determinó que en las circunstancias concretas de una persona infectada con el virus del HIV y sin los recursos económicos suficientes para atender su enfermedad, el rechazo de la cobertura de los medicamentos necesarios significa un grado “alto” de limitación de su derecho a la salud. Ello en razón de que implica un acortamiento cierto en su expectativa de vida, un deterioro notable de su integridad física y una obstrucción significativa para el desarrollo de un plan de vida personal.⁴⁶¹ Pero, en cambio, en el caso de la sentencia T-073/07 la misma Corte consideró que en las circunstancias concretas de un menor que solicite un medicamento recetado para el tratamiento del acné, el rechazo de la cobertura no representaba un grado “alto” de limitación al derecho a la salud, sino más bien “bajo”. Ello, toda vez que el derecho a la protección de la vida e integridad física del menor no se hallaban en riesgo.⁴⁶²

No obstante, y más allá de la necesidad de tomar en cuenta a las circunstancias especiales del caso, no por ello se prescinde de algunos criterios generales que guían tal determinación. Así, dentro del marco de prácticas constitucionales estables, suelen tener un papel relevante en la fundamentación los llamados “mandatos de consideración”.⁴⁶³ Los mandatos de consideración pueden ser definidos como variables dogmáticas que, en referencia a una determinada colisión entre principios, ordenan *prima facie* considerar o no considerar ciertas propiedades fácticas

⁴⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-271/95, considerando 4°.

⁴⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/07, considerando 5°.

⁴⁶³ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 214.

como relevantes para la asignación de grados de limitación o realización de los principios. De la definición se extrae que los mandatos de consideración pueden ser tanto positivos como negativos.⁴⁶⁴ Son positivos cuando ordenan *prima facie* tomar en cuenta una determinada propiedad fáctica como variable para atribuir o no un determinado grado de limitación o realización de un principio. Por su parte, un mandato de consideración tiene carácter negativo cuando ordena *prima facie* no tomar en cuenta una determinada propiedad fáctica como variable para atribuir un determinado grado de limitación o realización de un principio. Quizás el ejemplo más clásico referido a la utilización de mandatos de consideración provenga de la colisión entre el principio constitucional de la libertad de expresión y el principio constitucional del derecho al honor. La dogmática constitucional suele identificar una serie de mandatos de consideración positivos que facilitan la fundamentación de grados de limitación y de realización como, por ejemplo, si se trata o no de un asunto de interés público; si se trata o no de un funcionario público; si se trata o no de una expresión injuriente, entre otros.

Lo mismo sucede en aquellas colisiones en que intervenga, al menos, un principio de derecho social. Como ejemplo al respecto puede usarse, otra vez, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana referida a la colisión entre el principio del derecho a la salud y el principio de competencia presupuestaria y administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud. Es posible reconstruir dogmáticamente un mandato de consideración que ordena *prima facie* tomar en cuenta si el rechazo de la cobertura del medicamento o de la atención médica representa o no un riesgo para la vida o la integridad física del demandante. En aquellos casos en que pueda fundamentarse que sí representa un riesgo, entonces se entiende que existe un grado “alto” de limitación del

⁴⁶⁴ Clérico, L., op. cit., 2009, p. 216.

principio de derecho a la salud.⁴⁶⁵ En cambio, cuando no representa un riesgo cierto, entonces la asignación del grado de limitación tiende a bajar.⁴⁶⁶ Por ello, vale la siguiente regla de la argumentación específica referida a los mandatos de consideración:

(M.C.1) Cuando pueda citarse un “mandato de consideración” a favor o en contra de la fundamentación de un determinado grado de limitación de un principio de derecho social, debe hacérselo.

Ahora bien, la existencia de “mandatos de consideración” puede llevar a pensar que, más tarde o más temprano, todas las colisiones entre principios, incluidas aquellas en donde participen principios de derecho social, podrán ser resueltas sin la necesidad de evaluar cuáles son las específicas circunstancias del caso. Ello, fundamentalmente, porque los “mandatos de consideración” no son otra cosa que propiedades fácticas relevantes que pueden ser agrupadas en casos genéricos⁴⁶⁷ y a las cuales puede correlacionársele una solución jurídica también genérica.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia: T-271/95; T-518/97; T-760/08.

⁴⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia: T- 073/07.

⁴⁶⁷ De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, “el término “caso” es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso de asesinato de Gandhi; del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot; del caso de sustracción de cadáveres y del caso de los Caballeros de la Noche. Obviamente, la palabra “caso no significa lo mismo en todas estas frases. [...] A fin de eliminar esa ambigüedad, introduciremos las expresiones “caso individual” y “caso genérico”. [...] Los casos individuales] son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión (localización espacio-temporal) y que tienen la propiedad definitoria del universo de discurso. [...] En cambio] llamaremos caso genérico a toda subclase del universo de discurso definido por una propiedad [...]”. Cf. Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., 1975, pp. 58 y ss.

⁴⁶⁸ Esta idea puede verse ejemplificada en la interesante teoría “especificacionista” de J. J. Moreso. Moreso parte de reconocer que las normas constitucionales son demasiado vagas y que pueden entrar en colisión. Sin embargo, sostiene que estas colisiones pueden ser resueltas sin la necesidad de ingresar en un juicio de ponderación que atienda a las especiales circunstancias de caso. Pues, es posible establecer en abstracto relaciones de

No puede dudarse de que los “mandatos de consideración” pueden ser agrupados en casos genéricos que se correlacionan con soluciones genéricas y que ello resulta muy beneficioso desde el punto de vista de la argumentación jurídica; pues, por un lado, permite reconstruir sistemas normativos,⁴⁶⁹ cuyo universo de discurso verse sobre un determinado derecho social y, por el otro lado, descarga de realizar juicios de ponderación innecesarios. Sin embargo, esto no permite reemplazar definitivamente al juicio de ponderación que toma en cuenta a las circunstancias específicas del caso individual o concreto. Ello, en virtud de dos razones. En primer lugar, porque no puede descartarse la fundamentación de nuevos mandatos de consideración que refinen y, a la vez, modifiquen a los casos genéricos.⁴⁷⁰ En segundo lugar, porque el uso de mandatos de consideración, al igual que el uso de precedentes, solamente puede tener una vinculación *prima facie*.⁴⁷¹ Esto quiere decir que

“especificación” entre las normas. Para ello, propone cinco pasos metodológicos: 1) el primero consiste en la identificación del problema normativo; 2) el segundo radica en la verificación de aquellas pautas normativas que pretenden validez *prima facie*, cuyas soluciones resultan dicotómicas; 3) el tercero se asienta sobre la fundamentación de una “tesis de relevancia” que reconstruya adecuadamente aquellos casos, reales o hipotéticos, que resulten “paradigmáticos” respecto al ámbito normativo previamente establecido. De acuerdo con Moreso, los “casos paradigmáticos” son aquellos que resuelven conflictos constitucionales sobre la materia analizada y cuyas soluciones están claramente determinadas por un consenso de fondo que las torna “obvias” a nuestras “intuiciones más sólidas”; 4) el cuarto supone la determinación de las propiedades que resultan relevantes a ese universo de discurso y que se derivan del análisis de los “casos paradigmáticos”; 5) el quinto consiste en la inferencia de las soluciones normativas que resuelven el universo de casos relativo al universo de propiedades relevantes previamente establecido. Cf. Moreso, J. J., op. cit., 2009, pp. 280 y ss.

⁴⁶⁹ Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, un sistema normativo es un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas. Su función consiste, pues, en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones. Cf. Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., 1975, p. 93.

⁴⁷⁰ Clérico, L., “Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso. ¿Más similitudes que diferencias?”, *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, N° 37, octubre 2012, pp. 113-145; De Fazio, F., “Sistemas normativos y conflictos constitucionales: ¿Es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?”, *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, N° 40, abril 2014, pp. 197-226.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

su guía orientadora puede ser abandonada si existen razones que así lo justifiquen.

Es por ello que debe considerarse válida una segunda regla de argumentación referida a los mandatos de consideración, que reza:

(M.C.2) Quien quiera apartarse de lo prescrito por un mandato de consideración que pueda ser citado a favor o en contra de la fundamentación de un determinado grado de limitación de un principio de derecho social, asume la carga de la argumentación.

Por último, cabe referirse brevemente a la determinación del grado de realización del fin legítimo. La determinación del grado de realización de un fin legítimo se obtiene, de igual manera, por medio de la comparación entre el grado de su realización actual con el grado de su realización plena o total. En este ámbito también cabe hablar de grados de realización “alto”, “mediano” o “bajo”. La fundamentación de estos distintos grados depende también de las especiales circunstancias del caso. Sin embargo, tampoco prescinde de criterios generales que pueden facilitar tal determinación. Por un lado, la fundamentación está condicionada por lo ya argumentado en el marco de los sub-exámenes de idoneidad y necesidad.⁴⁷² Por el otro, también es posible valerse de mandatos de consideración.⁴⁷³

⁴⁷² Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 127 y ss.

⁴⁷³ Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 214 y ss.

III.4.4. Resultados del sub-examen de proporcionalidad

Como producto del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto pueden surgir tres tipos de resultados diferentes. Un primer resultado supone que si el valor compuesto entre el peso relativo abstracto y el grado de limitación del principio de derecho social es igual o menor que el valor compuesto entre el peso relativo abstracto y el grado de realización del fin legítimo, entonces la intensidad de la limitación del principio de derecho social guarda una relación proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo. Por tanto, la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser considerada como proporcionada en sentido amplio y, con ello, queda cancelada la posibilidad de adscribir la validez de una regla de derecho social como significado de un enunciado constitucional.

Un ejemplo al respecto es el ya mencionado caso de la Sentencia T-073/07 dictado por la Corte Constitucional de Colombia, cuyas circunstancias versaron sobre un menor que padecía acné, quien representado por su madre presentó una acción de tutela para que su seguro social le otorgue la cobertura de un medicamento no previsto en el plan médico obligatorio legalmente establecido. El fin alegado por el seguro social para negar tal cobertura era el principio de competencia presupuestaria y administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud. La Corte consideró que la intensidad de la limitación del principio del derecho a la salud era “baja”. Ello, en primer lugar, porque no contaba con un peso relativo abstracto “alto”, ya que no se conectaba con ningún principio material de especial importancia ni con un “principio formal”.⁴⁷⁴ En

⁴⁷⁴ Incluso, en este caso los “principios formales” funcionaban como razones en contra de la protección al derecho a la salud. Pues, en casos anteriores con circunstancias similares, el principio de competencia presupuestaria y administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud ya había obtenido una precedencia condicionada por sobre el principio del derecho a la salud. Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-779/06.

segundo lugar, porque el grado de su limitación era “bajo”. Ello no solo en virtud de que el rechazo de la cobertura no implicaba un riesgo para la vida e integridad física del menor, sino porque tampoco existían indicios concretos que probaran que la madre del menor no podía costear el precio del medicamento con fondos propios.⁴⁷⁵ Toda vez que la intensidad de la limitación al principio del derecho a la salud era “baja”, la Corte dictaminó que el derecho a la salud del menor podía ser restringido en favor del principio que ordena respetar en la mayor medida posible la competencia presupuestaria y administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud.

Por el contrario, si el valor compuesto entre el peso relativo abstracto y el grado de limitación del principio de derecho social es mayor que el valor compuesto entre el peso relativo abstracto y el grado de realización del fin legítimo, entonces la intensidad de la limitación del principio de derecho social no guarda una relación proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo. Esto significa que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser considerada desproporcionada en sentido amplio. De esta manera, queda justificada una relación de precedencia condicionada en favor de un principio de derecho social y, como consecuencia de ello, la validez de una regla de derecho social.

Un ejemplo al respecto se extrae de la ya citada sentencia T-271/95 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Como ya se indicó, dicho caso trataba sobre una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes que presentó una acción de tutela, en virtud de que su seguro social le había rechazado la cobertura de los medicamentos antirretrovirales. El fin legítimo alegado por el seguro social para justificar el rechazo también era el principio de competencia presupuestaria y

⁴⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia: T- 073/07, considerando 5°.

administrativa sobre los recursos destinados al sistema de salud. La Corte declaró inconstitucional a la omisión del otorgamiento de los medicamentos, en virtud de que la importancia de la realización del fin legítimo no guardaba una relación proporcional con la intensidad en la limitación del principio del derecho a la salud del afectado. Así, de acuerdo con la Corte, la intensidad de la limitación al principio del derecho a la salud era “alta”. Pues, el principio del derecho a la salud contaba con un peso relativo abstracto “alto”, en razón de su vinculación con el principio del derecho a la vida, el cual se caracteriza “(...) por ser el de mayor connotación”⁴⁷⁶ dentro del sistema jurídico colombiano. A su vez, el grado de limitación del principio de derecho a la salud era también “alto”, ya que la falta de los antirretrovirales implicaba para el afectado un “acortamiento de su expectativa de vida”, un “deterioro en su integridad física” y una “obstrucción de su plan de vida personal”.⁴⁷⁷ En cambio, el principio de competencia presupuestaria y administrativa no contaba con un grado alto de importancia de su realización. En primer lugar, porque no goza de un peso relativo abstracto tan alto como el que tiene, en términos relativos, el principio del derecho a la vida en el sistema jurídico colombiano. En segundo lugar, porque la cobertura de los medicamentos no era tan costosa, de manera que su rechazo no implicaba una ganancia significativa del principio de competencia presupuestaria y administrativa como para justificar una limitación tan grave al derecho a la salud.⁴⁷⁸

Por supuesto, un tercer resultado posible es que persistan dudas con respecto a cuál es el grado de los pesos abstractos y grados de limitación o realización de los principios. Frente a estas situaciones, no puede saberse a ciencia cierta si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es o no proporcionada en sentido amplio. Una posibilidad de

⁴⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-271/95, Considerando 4°.

⁴⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-271/95, Considerando 9° y ss.

⁴⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-271/95, Considerando 14°.

solución es considerar que, ante casos dudosos, la omisión es proporcionada en sentido amplio en virtud del “principio formal” de la primacía del poder legislativo. Sin embargo, esta solución no es clara en todos los casos. Pues, también existen “principios formales” que hablan en favor de las competencias judiciales para proteger derechos sociales.⁴⁷⁹ Quizá, una hipótesis al respecto es sostener que, frente a casos dudosos, debe fundamentarse una ponderación entre “principios formales” en colisión que ordenan optimizar respectivamente a las decisiones de las diferentes competencias.⁴⁸⁰ Sin embargo, esta hipótesis no puede ser investigada aquí, puesto que excede al objeto de estudio.

IV. Objeciones en contra de la racionalidad de la ponderación

Una reconstrucción detallada del examen de proporcionalidad por omisión constituye un elemento necesario, más no suficiente para dar por comprobada la racionalidad de esta estructura de argumentación. Esto es así en virtud de que persisten numerosas objeciones que históricamente se han dirigido en contra de la ponderación que se desarrolla dentro del marco del sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*. Por ello, se torna necesario considerar los argumentos aportados por aquellas objeciones más relevantes y formular una respuesta a cada una de ellas.

⁴⁷⁹ Sieckmann, J., op. cit., 1997; Sieckmann, J., op. cit., 2008, p. 200 y ss.

⁴⁸⁰ *Ibíd.*

IV.1. La objeción basada en la falta de certeza de su resultado

Una primera objeción aduce que la “ley de la ponderación” no garantiza racionalidad, en virtud de carecer de pautas materiales que brinden certeza con respecto a cuál debe ser su resultado. En este sentido, es catalogada como una mera “fórmula vacía”, dentro de cuyo ámbito pueden ser cobijadas las más diversas concepciones materiales de la ponderación.⁴⁸¹

Sin embargo, a esta primera objeción pueden oponérsele varios contra-argumentos a modo de respuesta. En primer lugar, la objeción parte de presuponer que solo pueden ser racionales aquellos juicios de ponderación que emanen de un procedimiento que garantice una certeza absoluta en su resultado. Empero, este supuesto debe ser descartado en virtud de su hiper-racionalidad, esto es, de exigirle a la argumentación jurídica un nivel de racionalidad mayor de aquel que ésta efectivamente puede brindar y que únicamente es cumplido por las ciencias de carácter puramente formal.⁴⁸² En este sentido, lo máximo a lo que puede aspirarse es a al desarrollo de una concepción procedimental⁴⁸³ de la racionalidad jurídica, de acuerdo con la cual una decisión jurídica es racional no en virtud

⁴⁸¹ García Amado, J., “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en: *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, Madrid, 1996, p. 71; Müller, F. y Christensen, R., *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004, p. 54; Schlink, B., “Proportionality (1)”, en: Rosenfeld, M. y Sajo, A., (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 725.

⁴⁸² Bernal Pulido, C., “The Rationality of Balancing”, *ARPS*, Vol. 92, N° 2, Stuttgart, 2006, p. 198. Una argumentación general en este sentido puede encontrarse en: Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Península, 2003, pp. 129 y ss. Por otro lado, una teoría de la ponderación solamente podría contener pautas materiales que garanticen una certeza en su resultado, si existiera un orden lexicográfico o escalonado de los principios constitucionales. No obstante, uno de los presupuestos de los que parte esta investigación se basa en el hecho de que una fundamentación semejante se presenta como algo sumamente improbable.

⁴⁸³ Alexy, R. “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en: Garzón Valdés, E., *Derecho y Filosofía*, México D., F., Fontamara, 1988.

de la certeza de su resultado, sino en virtud del seguimiento de ciertas reglas y formas de la argumentación jurídica.⁴⁸⁴ Precisamente, una reconstrucción lo más detalla posible de la “ley de la ponderación”, como la que aquí se ofrece, pretende cumplir con este propósito.

En segundo lugar, si bien es cierto que la “ley de la ponderación” no se compromete de antemano con ningún resultado material en particular, ello no significa que no contenga criterios que orienten, condicionen y establezcan la producción de resultados.⁴⁸⁵ Una prueba de ello está representada por las reglas de argumentación que refieren a la atribución de los “pesos relativos en abstracto” y a la observancia de “mandatos de consideración”. Ciertamente, estas reglas reducen, al menos a primera vista, el nivel de incertidumbre respecto del resultado del juicio de ponderación.⁴⁸⁶

Por último, el hecho de que la “ley de la ponderación” no presuponga ningún resultado no significa, de por sí, que su presencia resulte trivial, es decir, que no aporte en nada a la justificación de la toma de decisiones jurídicas. Su principal función es, precisamente, explicitar cuáles son las premisas que deben ser fundamentadas materialmente para considerar justificada una restricción a un principio de derecho social o, en su caso, para demostrar su realización sub-óptima.⁴⁸⁷ Si se lo entiende de este modo, entonces la “ley de la ponderación” cumple un papel parecido al que cumple el “silogismo jurídico”, con la importante diferencia de que el primero

⁴⁸⁴ Cf. Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 400.

⁴⁸⁵ Clérico, L., “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de filosofía del derecho*, XXXI, Madrid, 2015, pp. 88 y ss.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 144.

representa una clase de los argumentos no-deductivos y el segundo una clase de los argumentos deductivos.⁴⁸⁸

IV.2. La objeción de subjetividad

Una segunda objeción está relacionada con la justificación material de los factores que integran la “ley de la ponderación”. Esta indica que no existen criterios objetivos que permitan fundamentar racionalmente la asignación de los pesos relativos en abstracto y de los grados de limitación o realización de los principios. Por tanto, la atribución de dichos valores queda exclusivamente librada al decisionismo subjetivo del juzgador.⁴⁸⁹

No puede haber dudas de que en cualquier juicio de ponderación intervienen las valoraciones subjetivas. No obstante, esto no constituye por sí solo un inconveniente, si se diferencia claramente entre el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” de esta clase de las decisiones jurídicas.⁴⁹⁰ El “contexto de descubrimiento” se pregunta acerca de cuáles son los motivos empíricos que influyeron en la formulación de un determinado juicio de ponderación, por ejemplo, un determinado procedimiento psicológico.⁴⁹¹ En cambio, el “contexto de justificación” se interroga acerca de cuáles son las razones jurídicas que respaldan o

⁴⁸⁸ Alexy, R., op. cit., 2003b, pp. 433-449. Sobre la diferencia entre argumentos deductivos y no-deductivos, puede verse: Copi, I., op. cit., 1999, pp. 25 y ss.

⁴⁸⁹ Habermas, J., op. cit., 2005, p. 332. En el mismo sentido véase: Moreso, J. J., “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en: Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, D. F., Fontamara, 2007, p. 232; García Amado, J., “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en: Alexy, R., op. cit., 2007, pp. 274 y ss.

⁴⁹⁰ Cf. Wasserstrom, R., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Stanford University Press, 1961, p. 27. En el mismo sentido, puede verse: Alexy, R., op. cit., 2010a, p. 317 y Atienza, M., op. cit., 2006, p. 31. La distinción es tomada del campo de la epistemología. En este sentido, véase: Klimovsky, G., *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires, A-Z, 1994, pp. 29 y ss.; Reichenbach, H., *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1951.

⁴⁹¹ Cf. Alexy, R., op. cit., 2008, p. 136.

justifican un determinado juicio de ponderación. La importancia de esta distinción radica en que, aun cuando pueda demostrarse que ciertos motivos subjetivos fueron la causa determinante para que un agente se incline por un determinado juicio de ponderación, ello no dice nada respecto de su corrección o justificación. Por lo tanto, la cuestión referida a la racionalidad de la ponderación no pasa por averiguar si los seres humanos cuentan o no con una carga de subjetividad. Más bien, el punto decisivo pasa por saber si, desde el punto de vista del “contexto de justificación”, es posible reconocer reglas y formas de la argumentación que garanticen un control racional sobre la fundamentación de esta clase de proposiciones normativas.⁴⁹²

Efectivamente, esta última cuestión puede ser respondida en términos positivos, ya que las reglas y formas de la argumentación que se utilizan para asignar pesos relativos en abstracto y grados de realización de los principios no son otras que las mismas que se usan para la interpretación de las normas jurídicas en general. En este sentido, para la justificación material de los factores que integran a la ponderación pueden aducirse argumentos interpretativos, precedentes jurisprudenciales, argumentos dogmáticos, analógicos, empíricos o prácticos en general.⁴⁹³ Ahora bien, podría pensarse que estos argumentos solo constituyen meros recursos retóricos, pasibles de ser utilizados estratégicamente. Sin embargo, su uso está condicionado por la regla pragmática que indica que tales argumentos deben representar razones capaces de ser aceptadas por cualquier participante de ese discurso jurídico en particular. En este sentido, es evidente que en contextos concretos de fundamentación no sería aceptable cualquier argumento como razón suficiente para la asignación de pesos relativos en abstracto o grados de realización de los principios. Basta

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ Alexy, R., *op. cit.*, 2008, p. 137; Clérico, L. *op. cit.*, 2009, p. 304.

imaginar, por ejemplo, lo absurdo que resultaría si, por ejemplo, alguien intentara fundamentar que el rechazo de la cobertura de medicamentos antirretrovirales para aquellas personas infectadas por el virus del HIV que no cuentan con recursos propios para obtenerlos, representa solamente un grado de limitación “bajo” del derecho a la salud.

Ahora bien, incluso admitiendo que la asignación de pesos relativos abstractos y grados de limitación o realización constituye una práctica guiada por reglas de argumentación jurídica, puede cuestionarse su carácter crítico o reflexivo. Así, puede pensarse que tal asignación no está guiada por ningún criterio de corrección, sino simplemente por “por estándares o jerarquías legales a las que se está acostumbrado”.⁴⁹⁴ Es cierto que dentro del discurso jurídico es posible lograr una fundamentación sobre la base de argumentos autoritativos o consuetudinarios. Esto sucede, por ejemplo, cuando se le atribuye a un principio de derecho social un peso relativo abstracto “alto” por conectarse con un “principio formal” o un grado de limitación “alto” con la ayuda de un “mandato de consideración”. Sin embargo, ello no le quita carácter crítico o reflexivo. Pues, argumentos de este tipo solo pueden tener una vinculación *prima facie*. Ello trae aparejado una obligación de fundamentar la corrección de la asignación, en caso de que así sea requerido.⁴⁹⁵

IV.3. La objeción de inconmensurabilidad

Aun aceptando la estructura interna de la “ley de la ponderación” y la posibilidad de justificar materialmente las premisas o factores que la componen, puede presentarse una tercera objeción. Esta indica que la

⁴⁹⁴ Habermas, J., op. cit., 2005, p. 332.

⁴⁹⁵ Alexy, R., op. cit., 1993, p. 26.

ponderación entre principios presupone la comparación entre elementos que carecen de una unidad de medida común.⁴⁹⁶ Por tanto, se trata de una comparación entre elementos inconmensurables.

Es cierto que los principios constitucionales son inconmensurables. Esto se debe, fundamentalmente, al hecho de que aún no ha podido fundamentarse un orden léxico o escalonado entre ellos. Sin embargo, nada indica que elementos que resultan inconmensurables no puedan ser comparados con la ayuda de algún criterio de valoración.⁴⁹⁷ Pues, de la misma manera que las peras y las manzanas pueden ser comparadas en razón de su precio o la música de Bach y de Madonna pueden ser comparadas en razón de su calidad compositiva, los principios constitucionales pueden ser comparados sobre la base de su peso o importancia dentro del marco de una Constitución.⁴⁹⁸

Ahora bien, en este punto alguien podría interrogar acerca de cuál es el criterio común que permite comparar el peso de los principios constitucionales.⁴⁹⁹ Este criterio común está representado por aquellas escalas que son presupuestas necesariamente por todo aquel que intente fundamentar diversos grados de intensidad en la afectación o de importancia en la satisfacción de los principios.⁵⁰⁰ En este trabajo se ha seguido la propuesta de Alexy de explicitar una escala triádica que discrimina entre grados “altos”, “medianos” o “bajos” de intensidad o

⁴⁹⁶ Alder, J., “Incommensurable Values and Judicial Review: The Case of Local Government”, *PL*, 2001, 717; Tsalyrakis, S., op. cit., 2009, p. 471.

⁴⁹⁷ Afonso da Silva, V., “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *OJLS*, N° 31, 2011a, p. 285; Klatt, M. y Meister, M., op. cit., 2012, p. 63.

⁴⁹⁸ Alexy, R., op. cit., 2003, p. 442; Afonso da Silva, V., op. cit., 2011a, p. 285.

⁴⁹⁹ Aleinikoff, T., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, V. 96, N° 5, 1987, p. 973.

⁵⁰⁰ Alexy, R., op. cit., 2003, p. 442.

importancia.⁵⁰¹ Con todo, esta escala puede ser o bien simplificada o bien complejizada según la necesidad del discurso jurídico en particular.

IV.4. La objeción particularista

La cuarta y última objeción puede ser denominada “particularista”. Esta sostiene lo siguiente: toda vez que el resultado de los juicios de ponderación está parcialmente determinado por la asignación de grados de limitación y realización de los principios, los cuales dependen de las especiales circunstancias del caso, la utilización de esta estructura de argumentación culmina sustituyendo (en última instancia) a un modelo universalista de toma de decisiones por uno *ad-hoc*,⁵⁰² esto es, un modelo que si bien puede permitir resolver justificadamente casos individuales, no admite de por sí la extrapolación de sus resultados a otros casos iguales o similares.⁵⁰³

Es cierto que el resultado final de un juicio de ponderación depende, en última instancia, de las especiales circunstancias del caso. Sin embargo, ello no significa que se trate de un modelo de decisión particularista o *ad-hoc*. Ello, en primer lugar, porque, de acuerdo con la “ley de la colisión”, el resultado de un juicio de proporcionalidad fundamenta la validez de una regla de derecho social que tiene carácter universal. Esto se pone especialmente de relieve al analizar cómo las reglas de derecho social que son resultados de un juicio de proporcionalidad pueden ser utilizadas para

⁵⁰¹ Alexy, R., op. cit., 2003, p. 440.

⁵⁰² Moreso, J. J. op. cit., 2007, p. 234. En el mismo sentido: Aleinikoff, T., op. cit., 1987, p. 979 y ss.

⁵⁰³ Martínez Zorrilla, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 155.

fundamentar futuras decisiones por medio del uso de los precedentes o de las analogías.⁵⁰⁴

En segundo lugar, porque el resultado del juicio de ponderación también se encuentra parcialmente condicionado por criterios que son generales. Así, por un lado, uno de los factores que debe integrar a cualquier juicio de ponderación es el “peso relativo en abstracto” de cada uno de los principios, cuya asignación de valor es efectuada sin considerar las particularidades del caso concreto en el que colisionan.⁵⁰⁵ Por el otro lado, incluso aquellos factores referidos a los grados de limitación o realización de los principios, los cuales sí exigen considerar las especiales características del caso individual, deben ser determinados a la luz de ciertos criterios generales como son los “mandatos de consideración”.⁵⁰⁶ Estos prescriben tomar en cuenta ciertas propiedades fácticas relevantes a la hora de determinar en qué grado yace afectado o promovido un determinado principio. Es precisamente en razón de estos dos elementos que la teoría afirma que existe no solo un lado concreto sino también un lado abstracto de todo juicio de ponderación.⁵⁰⁷ Por lo tanto, en lugar de hablar de un modelo de ponderación *ad-hoc* resulta preferible hablar, en el marco de prácticas constitucionales estables y consolidadas, de un modelo de ponderación “orientado por ciertas reglas” (o “criterios generales”) de argumentación.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Véase: Cap. 3. II y III.

⁵⁰⁵ Clérico, L. op. cit., 2009, pp. 221 y ss.

⁵⁰⁶ Clérico, L., op. cit., 2009, pp. 214 y ss.

⁵⁰⁷ Clérico, L., op. cit., 2009, pp. 180 y ss. Existen, además, argumentos sustantivos que hablan tanto a favor del lado abstracto como del lado concreto de la ponderación. Así, a favor del lado abstracto de la ponderación pueden ofrecerse argumentos relacionados con la continuidad de la práctica constitucional, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones jurídicas. Por su parte, a favor del lado concreto de la ponderación pueden ofrecerse argumentos relacionados con la sensibilidad de la práctica constitucional a aceptar cambios jurisprudenciales justificados y la debida protección del derecho social de un individuo que resulta afectado en un caso concreto. Cf. Clérico, L., op. cit., 2009, p. 207.

⁵⁰⁸ Clérico, L. op. cit., 2009, p. 35 y 180.

V. Recapitulación

En este capítulo se ha demostrado que también es posible fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social por medio de estructuras de argumentación que implican directamente la explicitación de un juicio de proporcionalidad. Los juicios de proporcionalidad permiten verificar si un principio ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor al óptimo, es decir, en un grado de cumplimiento “sub-óptimo”. En este sentido, un principio de derecho social se encuentra “sub-optimizado” cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que lo limita es desproporcionada en sentido amplio. Esto quiere decir que la omisión o bien no es idónea o bien es innecesaria o bien es desproporcionada en sentido estricto. Lo que esto significa fue clarificado por medio de la reconstrucción detallada de la estructura del examen de proporcionalidad por omisión.

Existen dos presupuestos básicos para que resulte aplicable el examen de proporcionalidad por omisión al caso especial de los derechos sociales. En primer lugar, se requiere que exista la omisión de una o varias acciones positivas fácticas. La determinación del contenido de la omisión es dependiente de cuál o cuáles sean las acciones positivas fácticas *prima facie* ordenadas por un principio de derecho social. A su vez, una omisión puede ser definida o indefinida. Es definida cuando ella representa la negación de la única medida idónea para realizar en un mayor grado de cumplimiento a un principio de derecho social. En cambio, es indefinida cuando representa la negación de varias acciones positivas fácticas que son alternativas para realizar en un mayor grado al principio de derecho social. En segundo lugar, se requiere que esa omisión implique una limitación en el grado de realización de un principio de derecho social. Para ello deben fundamentarse dos cosas. Primero, que un principio de derecho social ha sido realizado en un grado menor con respecto a su realización

plena o total. Luego, que existe una conexión causal entre esa limitación al principio de derecho social y la omisión de una o varias acciones positivas fácticas previamente determinada. Esto último se logra demostrando que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas contribuye con la no-realización de un principio de derecho social, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico. Una vez que se cumplen estos dos presupuestos, debe pasarse al examen de proporcionalidad por omisión en sí propio.

De acuerdo con el sub-examen de idoneidad, 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. La fundamentación relativa a la falta de idoneidad de una omisión puede ser dividida analíticamente en dos pasos. En primer lugar, debe determinarse cuál es el fin o estado de cosas que la omisión fomenta o busca fomentar y corroborar si la persecución de ese fin está o no definitivamente prohibida por parte de alguna regla constitucional. En segundo lugar, debe determinarse si la omisión es o no técnicamente adecuada para contribuir en algún grado y sentido con la realización del fin legítimo previamente identificado. Si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no contribuye en ningún grado ni sentido con la promoción del fin legítimo, entonces deben ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

De acuerdo con el sub-examen de necesidad, la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es 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. La fundamentación relativa a la falta de necesidad de la omisión también puede dividirse en dos pasos. En un primer paso, debe determinarse si existen medidas alternativas que permitan promover al fin

legítimo en igual o mayor grado de realización en comparación con la omisión. En un segundo paso, debe determinarse si esa o esas medidas alternativas resultan menos lesivas, es decir, si permiten alcanzar un mayor grado de realización del principio de derecho social en comparación con la omisión. En ambos supuestos, se trata de un examen acerca de la idoneidad de las medidas alternativas, aunque tomando como referencia a una pauta de comparación fija, esto es, a la omisión que fuera efectivamente adoptada.

De acuerdo con el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*, la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es desproporcionada en sentido estricto cuando el grado de importancia de la realización del fin legítimo que persigue es menor al grado de intensidad de la limitación del principio de derecho social. Los grados de intensidad e importancia están determinados por un valor compuesto entre el peso relativo abstracto de cada uno de los principios y sus respectivos grados de realización y no-realización. El peso relativo abstracto es un valor que puede ser asignado a un principio con independencia de cuáles sean las circunstancias concretas del caso en el cual este colisiona. Un principio de derecho social puede contar un peso relativo en abstracto “alto” cuando se conecta de manera relevante o bien con otro principio material que goza de una especial importancia o bien con un principio formal. Por su parte, los grados de limitación de un principio de derecho social y los grados de realización de un fin legítimo se obtienen comparando su grado de realización actual con el grado de su realización plena o total. Su determinación es dependiente de las circunstancias del caso en concreto. No obstante, no por ello prescinde de criterios generales que permiten facilitar tal determinación. Así, dentro de prácticas constitucionales estables existen “mandatos de consideración”, lo cuales pueden ser definidos como criterios dogmáticos que, en referencia a una determinada colisión entre principios,

ordenan prima facie considerar o no considerar ciertas propiedades fácticas como relevantes para la asignación de grados de limitación o realización de los principios.

CONCLUSIONES

Esta tesis tuvo la finalidad de resolver el interrogante referido a si es posible fundamentar la validez de normas constitucionales que ordenen la realización de derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. La conclusión que se deriva de todo el desarrollo anterior es una respuesta positiva para este interrogante. Ello, principalmente, porque ha podido demostrarse que existen dos grupos de argumentos que permiten adscribir racionalmente esta clase de normas al significado de los enunciados constitucionales. El primer grupo está conformado por aquellos argumentos que descargan de explicitar un juicio de proporcionalidad. Como ejemplos al respecto fueron reconstruidas las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. El segundo grupo, en cambio, estuvo conformado por aquellos argumentos que sí requieren explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Estas últimas fueron sintetizadas dentro del examen de proporcionalidad por omisión.

La argumentación tendiente a fundamentar esta idea central estuvo dividida en dos secciones. La primera sección concernió a la teoría de las normas y tuvo el objetivo principal de precisar cuál es el concepto y la estructura de las normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. Por ello, el capítulo primero estuvo dedicado a fundamentar un determinado concepto de las normas de derecho social en general. Allí se defendió una definición sencilla que indica que una norma de derecho social es toda aquella norma constitucional que ordena la realización de un derecho social. Sin embargo,

esta definición sencilla trajo consigo una serie de presupuestos que debieron ser desplegados y justificados.

En un primer momento, debió explicitarse el concepto general de las normas presupuesto. Esta tesis asumió la concepción “semántica” de las normas, en razón de ser la más compatible con una perspectiva de investigación específicamente jurídica, es decir, de aquel participante de la práctica legal que se pregunta por aquello que está ordenado, prohibido o permitido. Dicha concepción parte de distinguir entre los enunciados normativos y las normas. Un enunciado normativo es una formulación lingüística utilizada para prescribir, que o bien contiene expresiones deónticas o bien puede ser traducida a expresiones deónticas. Una norma, en cambio, es el significado de un enunciado normativo.

En un segundo momento, debió clarificarse cuándo una norma goza de rango constitucional. De acuerdo con la concepción “semántica” es evidente que una norma goza de rango constitucional cuando puede ser adscripta al significado de uno o varios enunciados constitucionales. Sin embargo, el problema versó por saber cuáles son las normas que pueden ser fundamentadas como parte del significado de tales enunciados. Sobre este asunto existen dos posiciones básicas. Una primera posición señala que solo pueden ser normas constitucionales válidas aquellas que resultan directamente estatuidas por el texto de los enunciados constitucionales. Sin embargo, esta primera posición presupone una concepción demasiado acotada de la argumentación jurídica. Es por ello que resulta más adecuada una segunda posición que indica que las normas constitucionales válidas son, no solamente aquellas directamente estatuidas por el texto de los enunciados constitucionales, sino también aquellas que pueden ser fundamentadas como indirectamente estatuidas en razón de otros argumentos interpretativos (más allá de los estrictamente semánticos), de argumentos dogmáticos, de precedentes, de analogías, de otros

argumentos jurídicos especiales, de juicios de proporcionalidad o de argumentos prácticos en general.

En un tercer momento, debió explicitarse cuál es el concepto de los derechos sociales presupuesto. Un derecho social ha sido definido en un sentido estricto, esto es, como un derecho subjetivo a una acción positiva fáctica. Son una clase de los derechos subjetivos, en razón de que pueden ser representados analíticamente como relaciones triádicas entre un sujeto titular, un sujeto destinatario y un objeto. A su vez, que se trate de derecho a una acción positiva fáctica significa que su objeto exige la entrega de un bien material o a la prestación de un servicio. Esta definición estrecha de los derechos sociales resulta preferible por razones tanto relacionadas con el objeto como con el problema de investigación. Pues, por un lado, permite reducir el objeto de la investigación, a los fines de hacerlo abarcable y manejable, y, por el otro, concentrar el análisis sobre sus aspectos más problemáticos y discutidos.

Si esta definición estrecha resulta aceptable, entonces puede destacarse una particularidad estructural que los derechos sociales comparten con el resto de los derechos de prestación. Esta particularidad indica que el objeto de los derechos sociales puede exhibir tanto una estructura definida como alternativa. Así, exhibe una estructura definida cuando solamente existe una única acción positiva fáctica idónea para alcanzar el grado de su cumplimiento debido. En cambio, exhibe una alternativa cuando existen más de una única acción positiva fáctica idónea para alcanzar el grado de su cumplimiento debido. La explicitación de esta particularidad estructural es importante, ya que permite poner de relieve que la indefinición estructural del objeto de los derechos sociales no implica de por sí un problema de racionalidad para la toma de decisiones jurídicas. Más bien, únicamente significa que el obligado a cumplir definitivamente

con un derecho social, cuenta con un margen de discrecionalidad para elegir cuál de las acciones positivas fácticas alternativas adoptar.

Ahora bien, el concepto general de las normas de derecho social expuesto en el capítulo primero no presupone nada con respecto a cuáles son sus propiedades estructurales. Sin embargo, una determinación al respecto es de decisiva importancia, ya que es evidente que no toda norma de derecho social válida permite justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales. Por ello, el capítulo segundo estuvo dedicado a precisar la distinción estructural de las normas de derecho social entre reglas y principios. De este modo, las reglas de derecho social fueron definidas como normas constitucionales que ordenan la realización de un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. Solamente esta clase de normas pueden ser representadas proposicionalmente como la premisa normativa mayor de una decisión jurídica en la materia. En cambio, los principios de derecho social son normas constitucionales que únicamente ordenan optimizar a un derecho social. Como tales, no pueden representar razones definitivas para la toma de decisiones jurídicas, sino que solamente razones en favor de un determinado juicio de proporcionalidad. Pero, esto no quiere decir que a partir de un principio de derecho social no pueda justificarse normativamente una decisión jurídica. Pues, si como resultado de un juicio de proporcionalidad un principio de derecho social obtiene precedencia condicionada por sobre otro principio que le colisiona, entonces debe aceptarse la validez de una regla de derecho social.

Esta diferencia estructural de las normas de derecho social está expuesta a varios cuestionamientos que debieron ser resueltos. En primer lugar, no existe acuerdo dentro de la teoría del derecho con respecto a cuál es el criterio que permite poner de relieve que las reglas y los principios son distinguibles de manera estricta o categorial y no meramente por su grado

de generalidad. Aquí se ha demostrado que un criterio adecuado para poner en evidencia esto es aquel que indica que los principios exhiben una dimensión que en las reglas falta: la “dimensión del peso” o “la importancia”. Este se verifica cada vez que se analizan sus respectivas situaciones de contradicción normativa. Los principios exhiben una “dimensión del peso” porque sus colisiones deben ser resueltas por medio de un juicio de proporcionalidad condicionado por las especiales circunstancias del caso. Esto significa que el principio que resulta desplazado no pierde su validez. Por ende, sigue operando como una razón a tener en cuenta ante situaciones de colisión futura e, inclusive, puede obtener precedencia bajo nuevas circunstancias. Contrariamente, los conflictos entre reglas no se resuelven en la “dimensión del peso”, sino en la “dimensión de la validez”. Esto quiere decir que cuando se suscita un conflicto entre reglas, el mismo se resuelve invalidando total o parcialmente a alguna de ellas, ya sea por el agregado de una cláusula de excepción o directamente por su expulsión del sistema jurídico. De esto se deriva que la regla declarada inválida deja de operar como una razón a tomar en cuenta en casos futuros.

En segundo lugar, tampoco existe consenso con respecto a cómo debe ser explicada conceptualmente esta distinción estricta entre reglas y principios. No obstante, se trata de una discusión indiferente a los efectos de esta tesis. Pues, independientemente de los matices analíticos y terminológicos, es posible arribar a las mismas conclusiones con cualquiera de las teorías de los principios que pueden presentarse como candidatas. Por ello, en este trabajo bastó con asumir la adecuación de la teoría de Alexy. De acuerdo con ella, el punto decisivo que explica la distinción estricta entre reglas y principios, radica en que las reglas son “mandatos de cumplimiento exacto” mientras que los principios son “mandatos de optimización”. Es sabido que existen numerosas objeciones en contra del

concepto de los “mandatos de optimización”. Sin embargo, las más importantes han podido ser neutralizadas a lo largo de esta investigación.

Ahora bien, incluso admitiendo que es posible distinguir estrictamente entre reglas y principios y que ello puede ser capturado por medio del concepto de los “mandatos de optimización”, ello no indica nada en relación con cuál es la estructura de las normas de derecho social en particular. Esto implicó que, en un tercer paso, deba desarrollarse una argumentación dogmático-interpretativa tendiente a demostrar que la distinción estructural entre reglas y principios de derecho social no sólo es ajustada a las prácticas jurídicas reales, sino que también es compatible con una teoría adecuada de la Constitución.

La distinción entre reglas y principios de derecho social resulta ajustada a las prácticas jurídicas reales, en razón de que solo por medio de su ayuda pueden ser captadas las propiedades estructurales que las normas de derecho social efectivamente exhiben. Ello se pone en evidencia cuando se analiza contra-fácticamente qué sucedería si las normas de derecho social fueran reconstruidas a través de “modelos dogmáticos puros” o bien de principios o bien de reglas de derecho social. Así, por un lado, un “modelo puro de principios de derecho social” no puede representar una reconstrucción adecuada, en virtud de que no toma en serio a las determinaciones normativas ya instituidas en las propias Constituciones. Por su parte, tampoco resulta adecuado un “modelo puro de reglas de derecho social”, puesto que no permite explicar la mayoría de las contradicciones normativas que se suscitan en la materia.

Por último, la distinción entre reglas y principios de derecho social es perfectamente compatible con una teoría adecuada de la Constitución. Ello, en primer lugar, porque el concepto de los principios de derecho social no está necesariamente comprometido con un modelo institucional de

“supremacía judicial” ni con una determinada intensidad en el control de constitucional ni mucho menos con una concepción específica acerca de remedios judiciales. Además, reconoce una serie de márgenes de discrecionalidad que son prerrogativas necesarias en favor del legislador. En segundo lugar, porque lo anterior tampoco significa que el concepto de principios de derecho social redunde en una pérdida de la protección de los derechos sociales en tanto derechos fundamentales. En tercer lugar, porque tampoco resultan certeras aquellas acusaciones que señalan que el concepto de principios de derecho social genera vulneraciones al “contenido esencial” de los derechos sociales o “falsas expectativas” entre sus titulares.

Una vez clarificado que la justificación de la premisa normativa mayor de una decisión jurídica concerniente a derechos sociales depende de la validez de una regla de derecho social, se presenta un nuevo interrogante. Este refiere a cómo puede fundamentarse racionalmente la validez de reglas de derecho social como parte del significado de uno o varios enunciados constitucionales. Una respuesta adecuada requirió abandonar el ámbito de la teoría de las normas y pasar al ámbito de la metodología jurídica.

Por ello, en el capítulo tercero se demostró que una primera manera de fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social es a través de estructuras de argumentación que no implican explicitar directamente un juicio de proporcionalidad. Esto tiene una significativa importancia, ya que pone en evidencia que, en ocasiones, es posible fundamentar reglas de derecho social sin la necesidad de ingresar en debates morales profundos. A tales efectos, se reconstruyeron las reglas y formas de los argumentos interpretativos, sobre el uso de los precedentes y de las analogías. Los argumentos interpretativos permiten fundamentar por medio de la interpretación del texto de uno o varios enunciados

constitucionales que una regla de derecho social se extrae como parte de su significado. A modo de ejemplo fueron trabajos los argumentos teleológico y sistemático-teleológico. A su vez, los argumentos basados en el uso de precedentes permiten fundamentar la validez de una regla de derecho social en virtud de una sentencia judicial anterior concerniente a derechos sociales. Aquí solamente interesaron aquellos precedentes jurisprudenciales en los cuales una regla de derecho social fue expresa o implícitamente fundamentada como resultado de un juicio de proporcionalidad previo. Por último, los argumentos analógicos permiten extender los efectos de una regla de derecho social proveniente de un precedente jurisprudencial a otros casos que, si bien no caen estrictamente bajo su supuesto de hecho, sí poseen circunstancias similares. Un nuevo caso guarda una relación de similitud con un precedente relativo a derechos sociales cuando en ambas circunstancias concurren idénticos problemas normativos e idénticas constelaciones de principios en colisión. En estos casos, puede fundamentarse la validez de una regla de derecho social, cuyo supuesto de hecho está compuesto por las circunstancias del nuevo caso y cuya solución jurídica es aquella que fuera adoptada en el precedente similar.

En el capítulo cuarto se demostró que una segunda manera de fundamentar racionalmente la validez de reglas de derecho social es por medio de estructuras de argumentación que sí implican explicitar un juicio de proporcionalidad. Estas estructuras fueron sintetizadas bajo el nombre del examen de proporcionalidad por omisión. La reconstrucción completa de este examen no puede ser más determinante. Pues, en la mayoría de los casos, las normas de derecho social que pueden ser adscritas al significado de los enunciados constitucionales exhiben la estructura de principios. Sin embargo, ello no implica que, a partir de un principio de derecho social, no pueda justificarse la premisa normativa mayor de una

decisión jurídica concerniente a derechos sociales. Pues, si como resultado del examen de proporcionalidad por omisión puede fundamentarse una relación de precedencia condicionada en favor de un principio de derecho social, entonces debe aceptarse la validez de una regla de derecho social.

No obstante, una adecuada reconstrucción de las reglas y formas de argumentación que componen al examen de proporcionalidad por omisión exigió establecer clarificaciones con respecto a su fundamento, estructura y racionalidad. El fundamento del examen de proporcionalidad por omisión se deriva de la propia estructura de los principios de derecho social. Pues, es precisamente este examen el que permite determinar cuándo ha sido “optimizado” y cuándo “sub-optimizado” un principio de derecho social. En relación con su estructura, debe decirse que, desde la perspectiva de la argumentación judicial, el examen de proporcionalidad por omisión cuenta con una estructura idéntica respecto del más conocido examen de proporcionalidad por exceso. Ello, en virtud de que en ambos casos debe controlarse la medida efectivamente adoptada por el destinatario del derecho. La diferencia específica del examen de proporcionalidad por omisión es que, cuando existe una limitación a un principio de derecho social, el control se efectúa sobre la omisión de una o varias acciones positivas fácticas.

De esto último se deriva que un principio de derecho social se encuentra “sub-optimizado” en todas aquellas ocasiones en que exista la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limita el grado de su realización y que resulta desproporcionada en sentido amplio. Esto quiere decir que la omisión o bien carece de idoneidad o bien es innecesaria o bien es desproporcionada en sentido estricto. Así, 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, acciones positivas fácticas, que permitan fomentar al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización, pero que contribuyan 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 el grado de importancia de la realización del fin legítimo es menor que el grado de intensidad de la limitación del principio de derecho social. Dentro del marco de este último sub-examen es posible elevar las clásicas objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación. Sin embargo, todas ellas han encontrado una respuesta.

Hasta aquí se ha hecho un repaso de los logros y avances conseguidos por esta tesis. Resta dar cuenta de cuáles son sus proyecciones en el futuro. Una primera proyección está relacionada con la investigación jurídica sobre los derechos sociales en general. En primer lugar, debe aclararse que, si bien esta investigación ha efectuado un intenso trabajo de recopilación y análisis de la jurisprudencia desarrollada en Alemania, Argentina, Colombia y Sudáfrica, nada impide que aparezcan nuevos fallos, tanto en éstas como en otras jurisdicciones, que permitan detectar otras estructuras de argumentación también aptas para fundamentar la validez de reglas de derecho social. Por ello, esta tesis aspira a consolidar una línea de investigación exclusivamente enfocada en la metodología jurídica de los derechos sociales que, en el futuro, pueda expandir un poco más sus resultados.

En segundo lugar, los avances aquí obtenidos sirven de información relevante para aquellas investigaciones dedicadas a resolver el problema institucional, es decir, el problema vinculado con la tensión entre los derechos sociales y las instituciones democrático-representativas. Pues, estas investigaciones suelen acordar que, en todos aquellos supuestos donde existan dudas razonables respecto de cuál es el grado exacto de

realización en que los derechos sociales deben ser cumplidos, es preferible ser que los jueces o bien sean deferentes frente al legislador o bien, sin ser totalmente deferentes, apliquen escrutinios leves o remedios “débiles”.⁵⁰⁹ Justamente, las reglas y formas de argumentación aquí reconstruidas pueden servir como un instrumento analítico relevante para determinar cuándo es que existen estas dudas razonables y cuándo no.

La segunda proyección está relacionada con la enseñanza del derecho. En la actualidad, las discusiones que se suscitan en torno a los derechos sociales suelen estar integradas dentro de los programas de las materias filosofía del derecho, teoría general del derecho, derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Precisamente por ello, este estudio ha intentado presentar sus explicaciones por medio de una redacción lo más clara y sistemática posible, a los fines de que pueda ser utilizada como material bibliográfico en cualquiera de las materias mencionadas.

La tercera proyección se vincula con la práctica de los operadores del derecho en general. Cualquier juez o litigante familiarizado con los derechos sociales sabe perfectamente que la interpretación de estos derechos constituye un verdadero problema. En este sentido, esta investigación también puede contribuir a brindar precisión, racionalidad y seguridad dentro del ámbito forense. A los efectos de cumplir con este objetivo de orden práctico, a continuación será agregado un anexo didáctico que reúne y sistematiza todas las reglas y formas de argumentación que fueron reconstruidas a lo largo de este estudio.

⁵⁰⁹ En este sentido, puede verse: Etchichury, H., op. cit., 2011; Gargarella, R., op. cit., 2013 y 2017; Klatt, M., op. cit., 2015; Morales, L., op. cit., 2015, pp. 331 y ss.; Tushnet, M., op. cit., 2008, pp. 228 y ss.

ANEXO: TABLA DE REGLAS Y FORMAS DE ARGUMENTACIÓN

I. Reglas y formas de los argumentos interpretativos

I.1. Reglas de los argumentos interpretativos:

(I.1) Siempre que por medio de argumentos interpretativos pueda fundamentarse que una norma de derecho social, que cuenta con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas, forma parte del significado del texto de uno o varios enunciados constitucionales, debe aceptarse la validez *prima facie* de una regla de derecho social.

(I.2) Quien pretenda apartarse de la regla de derecho social que, en virtud de argumentos interpretativos, puede ser fundamentada como parte del significado del texto de uno o varios enunciados constitucionales, asume la carga de la argumentación.

I.2. Forma de los argumentos interpretativos:

(A.I) (x) (Tx → ORx) (I)

II Reglas y formas del argumento sobre el uso de precedentes

II.1. Reglas sobre el uso de los precedentes:

(Pr.1) Cuando pueda citarse un precedente en favor de la validez de una regla de derecho social, debe hacérselo.

(Pr.2) Quien quiera apartarse de la regla de derecho social que surge de un precedente, asume la carga de la argumentación.

II.2. Forma sobre el uso de precedentes resultados de un juicio de proporcionalidad anterior:

- (K') (1) $(P_{ds} \mathbf{P} P_2) C_1$
 (2) $P_{ds} \rightarrow OR_1$
 (3) $(C_1 \rightarrow OR_1)$ (1) y (2)
 (4) $(M_1^1x \cdot M_2^1x \cdot M_n^1x \rightarrow C_1)$
 (5) $(M_1^1x \cdot M_2^1x \cdot M_n^1x \rightarrow OR_1)$ (3) y (4)
 ...
 (A.Pr) (6) (x) $(M_1^1x \cdot M_2^1x \cdot M_n^1x \rightarrow OR_1)$ (Pr)

III. Reglas y formas sobre el uso de las analogías

III.1. Reglas sobre el uso de las analogías:

(A.1) Cuando pueda citarse un caso análogo en favor de la validez de una regla de derecho social, debe hacerse.

(A.2) Quien quiera apartarse de la regla de derecho social que surge de un caso análogo, asume la carga de la argumentación.

III.2. Forma sobre el uso de las analogías:

- (A.A) (1) (x) $(C_1 \vee C_{1sim} \rightarrow OR_1)$
 (2) (x) $(C_2 \rightarrow C_{1sim})$
 (3) (x) $(C_2 \rightarrow OR_1)$ (1) y (2)

IV. Reglas y formas del examen de proporcionalidad por omisión

IV.1. Sub-examen de idoneidad

IV.1.1. Reglas del sub-examen de idoneidad

(S-I.1) Si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limita a un principio de derecho social es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces debe examinarse si la misma resulta necesaria y/o proporcionada en sentido estricto.

(S-I.2) Si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limita a un principio de derecho social no es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces la misma debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

IV.1.2. Forma del sub-examen de idoneidad

(A.S-I) (1) OP_x
 (2) $\neg A_{pf} \rightarrow \neg P_x$
 (3) $Ph \neg A_{pf}$ (1) y (2)

IV.2. Sub-examen de necesidad

IV.2.1. Reglas del primer paso del sub-examen de necesidad

(S-N.1) Si no existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, entonces debe entenderse que esta última es necesaria y debe proseguirse con el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto.

(S-N.2) Si existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, entonces debe determinarse si esa medida alternativa es menos lesiva con respecto al principio de derecho social.

IV.2.2. Forma del primer paso del sub-examen de necesidad

(A.S-N.1) (1) OP_x
 (2) $M_{alt} \geq \neg A_{pf} \rightarrow P_x$
 (3) $O (M_{alt} \vee \neg A_{pf})$ (1) y (2)

IV.2.3. Reglas del segundo paso del sub-examen de necesidad

(S-N.3) Si existen medidas alternativas que fomentan al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas,

pero que limitan en igual o mayor grado al principio de derecho social, entonces la omisión debe ser tenida por necesaria y proseguirse con el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto.

(S-N.4) Si existen medidas alternativas que fomentan al fin legítimo en, por lo menos, un mismo grado de realización que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas, pero que limitan en un menor grado al principio de derecho social, entonces la omisión debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

IV.2.4. Forma del segundo paso del sub-examen de necesidad

- (A.S-N.2) (1) OP_{ds}
(2) $M_{alt} > \neg A_{pf} \rightarrow P_{ds}$
(3) $Ph \neg A_{pf}$ (1) y (2)

IV.3. Sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto

IV.3.1. Reglas del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto

(S-P.1) Si la intensidad de la limitación de un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo que ésta persigue, entonces la omisión debe ser tenida por proporcionada en sentido amplio.

(S-P.2) Si la intensidad de la limitación de un principio de derecho social por parte de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no es proporcional con la importancia de la realización del fin legítimo que ésta persigue, entonces la omisión debe ser tenida por desproporcionada en sentido amplio.

IV.3.2. Forma del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto

- (F.A´) (1) $(AP_{ds} \cdot LP_{ds} > AP_x \cdot RP_x) C_x \rightarrow (P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_x$
 (2) $(AP_{ds} \cdot LP_{ds} > AP_x \cdot RP_x) C_1$
 (3) $(P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_1$ (1) y (2)
 ...
 (K´) (3) $(P_{ds} \mathbf{P} P_x) C_1$
 (4) $P_{ds} \rightarrow OR_1$
 (5) $C_1 \rightarrow OR_1$ (3) y (4)

IV.3.3. Reglas de la justificación material del peso abstracto

(P.A.1) Cuando pueda fundamentarse que un principio de derecho social, en una situación de colisión dada, se conecta de manera relevante con otro principio material al cual ya se le atribuye un peso relativo abstracto alto, entonces debe asignarse *prima facie* al principio de derecho social también un peso relativo abstracto alto.

(P.A.2) Cuando pueda fundamentarse que un principio de derecho social, en una situación de colisión dada, ya ha obtenido precedencia condicionada en casos precedentes o análogos, entonces debe atribuírsele *prima facie* un peso relativo abstracto alto en un nuevo caso.

IV.3.4. Reglas de la justificación material de los grados de limitación o realización de los principios (mandatos de consideración)

(M.C.1) Cuando pueda citarse un “mandato de consideración” a favor o en contra de la fundamentación de un determinado grado de limitación de un principio de derecho social, debe hacérselo.

(M.C.2) Quien quiera apartarse de lo prescrito por un mandato de consideración que pueda ser citado a favor o en contra de la fundamentación de un determinado grado de limitación de un principio de derecho social, asume la carga de la argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

— “Las reglas en serio”, en: Aarnio, A.; Garzón Valdés, E y Uusitalo, J., *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Abramovich, V. y Courts, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Ackerman, B., *La justicia social en el Estado liberal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

— (ed.) *Logic, Argumentation and Interpretation*, ARSP, Beiheft 110, Stuttgart, 2005.

Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

— *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

— “Norma Jurídica”, en: Garzón Valdés, E. y Laporta, F., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

Alder, J., “Incommensurable Values and Judicial Review: The Case of Local Government”, *PL*, 2001.

Aleinikoff, T., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, N° 5, 1987, p. 943-1005.

Alexy, R., „Zum Begriff des Rechtsprinzips“, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, pp. 59-87.

— „Rechtsregeln und Rechtsprinzipien“, *ARSP*, Beiheft 25, 1985, pp. 13-29.

- “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en: Garzón Valdés, E., *Derecho y Filosofía*, México D., F., Fontamara, 1988.
- *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1993.
- “Sistema jurídico y razón práctica”, en: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- *Rechts, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995.
- „Grundrechte als subjektive Rechte und als objective Normen“, en: *Rechts, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995.
- *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, N° 5, 1998, p. 139-155.
- „Zur Struktur der Rechtsprinzipien“, en: Schilcher, B. et. Al (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Osterreich Verlag, 2000, pp. 31-52.
- “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, N° 66, Madrid, 2002, pp. 13-64.
- „Die Gewichtsformel“, en: Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003a.
- “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 16 (4), 2003b, pp. 433-449.
- “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26, Alicante, 2003c, pp. 5-65.
- *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003d.
- *Derechos sociales y ponderación*, México, D. F., Fontamara, 2007.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, Alicante, 2009, pp. 68-83.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010a.
- “Two or Three?”, en: Borowski, M. (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, ARSP-Beiheft 119, Nomos, 2010b.
- *La Construcción de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2010c.
- “Sobre la estructura de los derechos de prestación”, en: Beade, G., y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011a.
- “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Madrid, 2011b, pp. 11-29.
- “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *I•CON*, Vol. 12 No. 3, 2014, p. 511-524.

Alexy, R., y Buligyn, R., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Alexy, R., y Dreier, R., “The Concept of Jurisprudence”, *Ratio Juris*, Vol. 3, N° 1, 1990, pp. 1-13.

- “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en: Maccormick, N y Summers, B. (eds.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 17-64.

Afonso da Silva, V., *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

- “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *OJLS*, N° 31, 2011a, p. 273-301.
- “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, en: Sieckmann, J. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011b.

- “Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetividad y justiciabilidad: un análisis empírico”, en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011c.
- Alonso, J. P., “Principios jurídicos implícitos y coherencia”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 36, 2013, pp. 357-385.
- Añón Roig, M., “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, N° 34, Madrid, 2016, pp. 54-90.
- Apel, K., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991.
- Arango, R., “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, *Pensamiento jurídico*, N° 8, Bogotá, 1997.
- *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en: Clérico, L.; Sieckmann, J. y Oliver-Lalana, D., *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90.
- *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México D. F., Fontamara, 2012.
- Arango, R. y Lemaitre, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales*, Bogotá, CIJUS, 2003.
- Atienza, M., *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986.
- *La razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2004.
- *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.

Atienza, M., y Ruiz Manero, J., "Sobre principios y reglas", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, Alicante, 1991, pp. 101-120.

— *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4° ed. Barcelona, Ariel, 2010.

Atria, F., "¿Existen Derechos Sociales?", *Discusiones: Derechos Sociales*, N° 4, Bahía Blanca, 2004, pp. 15-59.

Ávila, H., *Teoría de los Principios*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

Baldassarre, A., *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Barry, B., *Political Argument*, Nueva York, Routledge and Kegan Paul, 1965.

Beade, G. y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Beatty, D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, OUP, 2004.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

— "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", *Discusiones: Derechos Sociales*, N° 4, Bahía Blanca, 2004, pp. 99-144.

— "The Rationality of Balancing", *ARSP*, Vol. 92, N° 2, Stuttgart, 2006, pp. 195-208.

— *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bilchitz, D., *Poverty and Human Rights: The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford, OUP, 2007.

Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, México D. F., FCE, 1989.

Böckenförde, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1994.

Borowski, M., “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 59, Madrid, 2000, pp. 29-56.

— *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

— *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

— (ed.) *On the Nature of Legal Principles*, ARSP, Beiheft N° 119, Nomos, Stuttgart, 2010.

Brozek, B., *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Varsovia, Oficyna, 2007.

Bustamante, T. y Bernal Pulido, C., *On the Philosophy of Precedent*, ARSP, Beiheft 133, Stuttgart, Nomos, 2012.

Carbonel, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Cardinaux, N., Clérico, L., D’Auria, A. (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), 2006.

Carrió, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

— *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

— *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001 [versión en español: *La estructura del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009].

— “Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en: Sieckmann, J., (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

- “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en: Beade, G. y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- “Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso. ¿Más similitudes que diferencias? En: *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, N° 37, octubre 2012, pp. 113-145.
- “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de filosofía del derecho*, XXXI, Madrid, 2015, pp. 73-99.

Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M., *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

Clérico, L. y Vita, L., “Der Rechtsstreit um Gesundheit in Argentinien. Gerechtigkeit für alle?”, *Zeitschrift für Menschenrechte*, N° 2, 2015, pp. 70-85.

Cohen, M y Nagel, R., *Introducción a la lógica y al método científico*, Vol. I y II, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

Copi, I., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

- (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del puerto, 2006.
- “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 3-52.

Cross, R., *El precedente en el derecho inglés*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Cruz Parceró, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

De Fazio, F., "Sistemas normativos y conflictos constitucionales: ¿Es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?", *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, N° 40, abril 2014, pp. 197-226.

De Fazio, F. y Aldao, M., "Los Derechos Sociales Fundamentales en Carlos S. Nino. Una línea fértil para la metodología jurídica", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 38, 2015, pp. 301-317.

De Wet, E., *The constitutional Enforcement of Economic and Social Rights. The meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Johannesburg, Butterworth, 1996.

Dixon, R., "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles", en: Garagrella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 51-103.

Dworkin, R., "Rights as Trumps", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

— *Law's Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

— "La lectura moral y la premisa mayoritaria", en: Hongju, S. y Koh, H. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1994.

— *Freedom's Law. The Morality Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Cambridge, 1996.

— *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury, 1997.

— *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, New Jersey, Princeton University Press, 2006.

— *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

— *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Eco, U., *¿Cómo se hace una tesis? Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Barcelona, Gedisa, 1998.

Echave, D.; Urquijo, M. y Guibourg, R., *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1995.

Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1990.

Etchichury, H., "Poder judicial, democracia y derechos sociales", *Revista electrónica del instituto de investigaciones jurídicas "A. L. Gioja"*, N° 7, 2011, pp. 29-49.

— *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

— "Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema argentina", *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 11, N° 2, Talca, 2013, pp. 737-768.

Fabre, C., "Constitutionalizing Social Rights", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, N° 3, Oxford, 1998, pp. 263-284.

— *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, OUP, 2000.

Farrel, D., *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979.

— *Una sociedad (relativamente) justa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008.

Ferraz, O., "Poverty and Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N° 3, 2008, pp. 585-603.

Forsthoff, E., "Concepto y esencia del estado social de derecho", en: Abendroth, W.; Forsthoff, E. y Doehring, K. (eds.), *El estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 71-106.

Fredman, S., *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, OUP, 2012.

Gamut, L. T. F., *Introducción a la lógica*, Vol. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

García Amado, J., "¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", en: *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, Madrid, 1996, pp. 65-86.

- “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en: Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, D. F., Fontamara, 2007, pp. 249-331.

García Figueroa, A., *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Gargarella, R., “Primeros apuntes para una teoría de los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la democracia*, N° 31, 1998, pp. 11-15.

- “Derecho y disociación. Un comentario a <<¿Existen derecho sociales?>> de Fernando Atria”, *Discusiones: Derechos Sociales*, N°. 4, Bahía Blanca, 2004, pp. 61-70.
- “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, 2006.
- “Justicia Dialógica y derechos de salud” en: Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M., *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abaledo Perrot, 2013.
- “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en: Benson, S y Martí, J (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Hampshire, Ashgate, 2017, pp. 233-252.

Gargarella, R., Domingo, P., y Roux, T., (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Hampshire, Ashgate, 2006.

Goldstein, L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon, 1987.

Gomez Canotilho, J., “Metodología <<Fuzzy>> y <<camaleones normativos>> en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 6, 1998, págs. 35-50.

Grajales, A. y Negri, N., *Argumentación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

Grosman, L., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la constitución*, Buenos Aires, Librería, 2009.

Günther, K., *The Sense of Appropriateness*, Nueva York, State University of New York Press, 1993.

Haberle, P., „Grundrechte im Leistungsstaat“, *VVDStL*, N° 30, 1073, pp. 43-141.

Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994.

— “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, en: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, pp. 57-134.

— *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.

— *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Buenos Aires, Paidós, 2011.

Hart, H., *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, De Palma, 1962.

— “Postscriptum”, en: Rodríguez, C., (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997

— *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.

Hart, H. y Honoré, A., *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

Heller, H., *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

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

— *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Hierro, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy”, en: Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, D. F., Fontamara, 2007, pp. 163-222.

— *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Barcelona, Marcial Pons, 2016.

Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, CEAL, 1968.

Holmes, S. y Sunstein, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, siglo XXI, 2011.

Huscroft, G., Miller, B. y Webber, G., *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Isensee, J., „Verfassung ohne soziale Grundrechte“, *Der Staat*, N° 3, 1980, pp. 367-384.

Jackson, V. y Tushnet, M. (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Joerden, J., *Logik im Recht*, Heidelberg, Springer, 2005.

Jung, C.; Hirschl, R. y Rosevear, E., “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *American Journal of Comparative Law*, N° 62, 2015, pp. 1043-1094.

Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1979.

Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, OUP, 2012.

— (hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

— “Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance”, *I•CON*, Vol. 13, N° 2, 2015, pp. 354-382.

Klatt, M. y Meister, M., *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010.

— *The Constitutional Structure of Proportionality* Oxford, OUP, 2012, p. 87.

Klimovsky, G., *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires, A-Z, 1994.

Klimovsky, G e Hidalgo, C., *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, A-Z., 1998.

Kriele, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.

Koch, H. y Rüßmann, H. (Comps.), *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Munich, Beck, 1982.

Kumm, M., "Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en: Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Oxford and Portland, 2007.

Kunz, A. y Cardinaux, N., *Investigar en derecho. Guía para estudiantes y tesisistas*, Buenos Aires, Departamento de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

Landau, D., "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2012, pp. 189-247.

— *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

— "La promesa de una aproximación al mínimo vital: el modelo colombiano de control de constitucionalidad de las medidas de austeridad", en: Landau, D., *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 435-499.

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

Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

Lehmann, K., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale International Law Journal*, N° 33, 2008, pp. 113-175.

Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2012

Llewellyn, K., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons About How Statutes are to be Construed", *Vanderbilt Law Review*, N° 3, 1950, pp. 195-406.

Liebemberg, S., *Socio-economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta & Co Ltd, 2010.

Linares, F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 2010.

Lyons, D., "The Correlativity of Rights and Duties", *Nous*, Vol. 4, N° 1, 1970, pp. 45-55.

MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

— *Rethoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

— "La argumentación silogística: una defensa matizada", *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 30, Alicante, 2007, pp. 321-334.

Maccormick, N y Summers, B. (eds.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

Martínez Zorrilla, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

— *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Melero de la Torre, M. (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Mendonca, D., *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

Mendonca, D. y Guibourg, R., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Merold, A., *Freiheit durch den Staat: eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums*, Hamburg, Kovac (Dissertation: Universität Bremen), 2016.

Michelman, F., "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, N° 83, 1969, pp. 7-59.

— "Constitutional Welfare Rights and A Theory of Justice", en: Daniels, N., (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1975, pp. 319-347.

- “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly*, N° 3, 1979, pp. 659-693.
- Montealegre, E.; Pizarro, N. y Vergara Peña, L. (coords.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Moral Soriano, L., *El precedente judicial*, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- Morales, L., *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2015.
- Moreso, J. J., “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en: Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, D. F., Fontamara, 2007, pp. 223-248.
- Moreso, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en: Moreso, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- Moreso, J. J., y Vilajosana, J., *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- Müller, F. y Christensen, R., *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004.
- Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México D. F., Fontamara, 1993.
- *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013a.
- *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013b.
- *Derecho, moral y política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- Nozik, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994.

O'Neil, O., *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge, 2006.

Parra Vera, O., "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", en: Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 53-78.

Pautassi, L. (coord.), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social: debates actuales en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2010.

Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Oxford and Portland, 2007.

Peczenik, A., *The Basis of Legal Justification*, Sweden, Doctoral Dissertation, Lund University, 1983.

— *On Law and Reason*, Londres, Dordrecht, 1989.

— "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 12, 1992, pp. 327-331.

— *Derecho y razón*, México D. F., Fontamara, 2000.

Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

Pintore, A., "Derechos insaciables", en: De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Barcelona, Trotta, 2008.

Poscher, R., "Aciertos, errores y falso auto-concepto de la teoría de los principios", en: Sieckmann, J., (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Portocarrero Quispe, J., *Der autoritative Charakter von Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

— (ed.), *Ponderación y Discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Radbruch, G., „Gesetzliches Unrecht un Übergesetzliches Recht“, en: *Rechtsphilosophie*, 2da Edición, Heidelberg, Müller, 2003.

Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1991.

— *Liberalismo político*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

— *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004.

Raz, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5, 1972, p. 823-854.

— *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1967.

Raz, J.; Alexy, R. y Bulygin, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

Reichenbach, H., *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1951.

Rivers, J., “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 65, Issue 1, 2006, pp. 174-207.

Rivers, J., “Proportionality, Discretion and Second Law of Balancing”, en: Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Oxford and Portland, 2007, pp. 167-188.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

Rosenkrantz, C., “La pobreza, la ley y la constitución”, *SELA Papers* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), N° 15, 2002 (http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/15), visto por última vez el 30/3/2017.

Ross, A., *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971.

— *Tu-Tu*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

— *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

Russo, E., *Teoría general del derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

Sautu, E. et al., *Manual de Metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

— *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

Schlink, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

— “Proportionality (1)”, en: Rosenfeld, M. y Sajó, A., (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 718-737.

Schmitt, C., *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de derecho privado, 1934.

Scioscioli, S., *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado Federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

Sepúlveda, M., *The Nature of the Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003.

Shue, H., *Basic Rights*, New Jersey, Princeton, 1980.

Sieckmann, J., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

— „Zur abwägungsfähigkeit von Prinzipien“, *ARSP*, Beiheft N° 53, 1994a, pp. 205-213.

— „Semantischer Normbegriff und Normbegründung“, *ARSP*, Beiheft N° 80, 1994b.

— „Logische Eigenschaften von Prinzipien“, *Rechtstheorie*, N° 25, 1994c, pp. 163-189.

- „Zur Begründung von Abwägungsurteilen“, *Rechtstheorie*, N° 25, 1995, pp. 45-69.
- „Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen“, DVBl. - *Das Deutsche Verwaltungsblatt*, 101, Ausgabe 02, 1997a.
- „Zur Analyse von Normkonflikte und Normabwägung“, *Analyomen*, N° 2, 1997b, pp. 349-356.
- “Principles as Normative Arguments”, *Rechtstheorie*, N° 21, 2005, pp. 197-209.
- *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009a.
- „Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente“, *ARSP*, N° 97, 2011, pp. 178-197.
- “Derechos humanos y autonomía”, en: Capaldo, G., Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2011a, pp. 631-644.
- “Los derechos fundamentales como principios”, en: Sieckmann, J., (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011b.
- (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011b
- Sieckmann, J., “Concepciones de la ponderación: optimización y la “fórmula del peso” de Robert Alexy”, en: Beade, G. y Clérico, L. (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011c, pp. 189-230.
- *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Sieckmann, J., „Zur Prinzipientheorie Robert Alexys. Gemeinsamkeiten und Differenzen“, en: Klatt, M. (hg.),

Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

— *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

— “Norma Jurídica”, en: Fabra Zamora, J. y Rodríguez Blanco, V., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen 2, México D. F., UNAM, 2015.

Stone Sweet, A. y Matthews, J., *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Sullivan, K., “The justice of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, N° 106, 1992, p. 24-62.

Suntsein, C., “Social and Economics Rights? Lesson from South Africa”, *John M. Olin Program in Law and Economics Working*, Paper No. 124, 2001.

Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Península, 2003.

Tugendhat, E., *Lecciones de Ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Tsakyrakis, S., “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *I-CON*, vol. 7, N° 3, Oxford University Press and New York University School of Law, 2009, pp. 468-493.

Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton, 2008.

Uprimmy Yepes, R., “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en: Gargarella, R., Domingo, P., y Roux, T., (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Hampshire, Ashgate, 2006, pp. 127-151.

v. Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Traditional Views”, en: Alston, P. y Tomaševski, K., *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 97-110.

v. Jhierung, R., *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comares, 1998.

v. Savigny, F., *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

v. Wright, G. H., *La lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Eudeba, 1967.

- *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970.
- Velasco, M., *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.
- Vierdag, E., “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, IX, 1978, pp. 69-105.
- Vita, L., “La noción de principios en Hermann Heller y su relevancia para la teoría constitucional”, *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 43, México, D. F., ITAM, 2015, pp. 49-75.
- Waldron, J. (ed.), *Theory of Rights*, Oxford, OUP, 1995.
- *Derecho y desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Wasserstrom, R., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Stanford University Press, 1961.
- Weinberger, O., *Rechtstlogik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.
- Wellman, C., *Welfare Rights*, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1982.
- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt A/M, Thomas Kipp, 1906.
- Winkler, I. y Mahler, C., “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic rights Jurisprudence?”, *Human Rights Law Review*, 13:2, 2013, pp. 388-401.
- Wróblewski, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, Jurídica, 1979.
- Young, K., “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, N° 1, 2008, pp. 113-175.
- *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, OUP, 2012.
- “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en: Jackson, V. y Tushnet, M. (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Young, K., y Lemaitre, J., “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, 2013, pp. 179-216.

Zagrebelsky, G, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 2008.