

**ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.**

**0. Presentación**

No cabe duda que el problema de los derechos sociales se ha convertido en uno de los temas principales de la ciencia jurídica contemporánea. Y creo que tampoco arriesgo demasiado al afirmar que la obra del profesor Rodolfo Arango *El concepto de derechos sociales fundamentales*<sup>1</sup> introduce en la discusión del problema, además de otras cuestiones relevantes que señalaré más adelante, un avance en mi opinión básico: un pormenorizado análisis conceptual<sup>2</sup>. Por otra parte, la dedicación del profesor colombiano al tema de los derechos sociales es muy extensa y por tanto no nos encontramos ante una obra aislada en su producción investigadora<sup>3</sup>. En la línea de clarificación

---

<sup>1</sup> ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005. Esta obra fue publicada anteriormente bajo el título *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001 por la editorial Nomos. Las páginas señaladas en el texto del presente entre paréntesis se corresponden con la edición en español.

<sup>2</sup> Ya en la presentación a la edición en español de la obra el autor nos advierte que no encontraremos en el libro una dogmática de los diferentes derechos sociales fundamentales, ni tampoco un análisis de su desarrollo jurisprudencial, nacional e internacional, en definitiva «busca ofrecer las bases conceptuales necesarias para la realización de dichos derechos, bien sea en su desarrollo normativo o su aplicación práctica». Igualmente, afirma el profesor Arango, «el objetivo de este libro es clarificar el concepto de derechos sociales fundamentales», *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit. p. 1.

<sup>3</sup> Entre otros trabajos cabe citar: «On Constitutional Social Rights», en: Leiser, Burton /Campbell, Tom D., *Human Rights in Philosophy and Practice (Applied Legal Philosophy)*, Ashgate Publishing Company, 2001, 141-152; *La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales*, en: Alonso, M. A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá, 2001, 135-165; «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Revista de Derecho Público* Núm. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, 185-212; «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial», en: *Otras miradas de la justicia. El Otro Derecho* Núm. 28, ISLA, Bogotá, 2002, 103-122; «Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy», *Ratio Juris* Vol. 16 Issue 2, June 2003, 141-154; *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, *Estudios Ocasionales*, Centro de

conceptual señalada con anterioridad son básicamente dos los conceptos que se defienden en el trabajo y en torno a los que gira la estructura del mismo: 1) el concepto de derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general (p. 1), y 2) un concepto bien desarrollado de derechos subjetivos como posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular (p. 2).

El rigor del análisis efectuado en relación con el concepto de derechos sociales fundamentales queda de manifiesto en la distinción de los diferentes tipos de preguntas que sobre el tema cabe hacerse: preguntas analíticas, empíricas y normativas, o lo que es lo mismo, preguntas sobre las propiedades identificadoras de los derechos sociales fundamentales, sobre el reconocimiento de tales derechos en las constituciones modernas, su existencia jurídica y sobre la fundamentación de los derechos sociales fundamentales. A dicho planteamiento corresponde fielmente la estructura del libro, abordando en los capítulos I y II las cuestiones relativas al concepto y estructura de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos (cuestiones analíticas); en el capítulo III se aborda la cuestión de la justiciabilidad (cuestiones empíricas); en el capítulo IV, por fin, se plantea la cuestión de la fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales (cuestiones normativas).

## 1. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos

La tesis que el profesor Arango defiende sobre esta cuestión parece clara: los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos (p. 5).

### 1.1 *El concepto de derecho subjetivo*

El concepto de derecho subjetivo del que se parte en el trabajo es aquel que se define como un poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo. En dicha definición se contienen tres características propias del derecho subjetivo: (1) una norma jurídica, (2) una obligación jurídica y (3) un poder jurídico (posición jurídica).

(1). El concepto de norma jurídica que maneja a estos efectos el profesor Arango es un concepto amplio, que va más allá de la norma jurídica de carácter exclusivamente legal, puesto que también deben tomarse en consideración las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen carácter obligatorio como derecho directamente vinculante y entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.

(2). Frente a la común defensa de la tesis de la correlatividad, según la cual no existe derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa el profesor Arango formula una objeción: dicha correlatividad sólo es predicable para un orden jurídico estrictamente privado, puesto que en un orden jurídico que incluye normas de derecho público es posible encontrar obligaciones jurídicas que imponen deberes a los poderes o autoridades públicas, sin que

por ello se pueda afirmar que exista un derecho subjetivo de los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los mencionados deberes (p. 12).

(3). Para la oportuna defensa de un concepto lo suficientemente amplio de derecho subjetivo, Arango prefiere el uso de la expresión «posición jurídica» a la de «poder jurídico» como tercer elemento integrante de la definición de derecho subjetivo. Con esta distinción considera salvada la suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo, concepción que considera errónea al no distinguir entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de derechos (p. 17)<sup>4</sup>.

Unido a lo expuesto con anterioridad, también el profesor colombiano concibe una idea de derecho subjetivo superadora de las teorías del interés y de la voluntad, otorgando al derecho subjetivo un nivel de abstracción más elevado (p. 19)<sup>5</sup>. Para ello acude al concepto de «razones válidas» que posibilitan una determinada «posición jurídica», de modo que los derechos subjetivos no serían tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo, sino que serían todas las posiciones jurídicas que pueden ser adscritas a un enunciado normativo o a una «red de enunciados normativos» por medio de «razones válidas» (p. 20)<sup>6</sup>. La cuestión de establecer qué razones se consideran válidas remite al problema de la justificación filosófica de los derechos y a la relación entre el derecho y la moral. Desde una perspectiva positivista, la justificación de la posición jurídica sólo puede venir determinada por el establecimiento de normas jurídicas explícitas como únicas razones para establecer derechos, sin embargo, desde una perspectiva no positivista también caben normas ganadas interpretativamente (p. 22).

<sup>4</sup> Esta cuestión plantea el problema de la distinción entre los derechos y sus garantías, para una aproximación más completa al mismo puede verse, FERRAJOLI, L., «Garantías», trad. de Cabo, A., de, y Pisarello, G., en *Jueces para la democracia*, 38, 2000. SASTRE, S., «Derecho y garantías» en *Jueces para la democracia*, 38, 2000, pp. 47-55. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales» en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001; PALOMBELLA, G., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», trad. de García Figueroa, A., en *Doxa* 22 (1999), pp. 525-579; ZOLO, D., «La strategia della cittadinanza», en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994; GUASTINI, R., «Tres problemas para Luigi Ferrajoli» en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. pp. 57-62; id. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de Ferrer, J., Gedisa, Barcelona, 1999. Sobre los inconvenientes que presenta la tesis de la correlatividad vide BETEGÓN, J., «Conceptos jurídicos fundamentales», en *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 169 y ss. Sobre el concepto «derecho subjetivo» puede verse PÁRAMO, J. R., «Derecho subjetivo», Garzón Valdés, E., y Laporta, F., (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

<sup>5</sup> En este aspecto sigue la línea trazada por H. L. A. HART en «Bentham On Legal Right» en *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. W. B. Simpson (ed.), Oxford, 1973, pp. 171-201 y seguida por LINDHAL, L., *Position and Change*, Dordrecht, 1977 y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>6</sup> Del mismo modo, desde una perspectiva negativa la posición jurídica viene determinada por su no reconocimiento injustificado que origina un daño al sujeto del derecho.

Para un completo análisis del concepto de derecho subjetivo el profesor Arango dedica las páginas siguientes de su obra (pp. 23-30) al estudio de las formas y estructuras propias de los derechos subjetivos.

### 1.2 *Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos*

El estudio parte de la conocida definición que de los derechos fundamentales formuló Robert Alexy como «posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria»<sup>7</sup>. Las características pues de los derechos fundamentales vendrían dadas por su condición de derechos subjetivos y por su alto grado de importancia (p. 31). Es inevitable que al introducir los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un determinado derecho se abra la puerta al problema de la justificación de las proposiciones normativas referidas a derechos fundamentales. La propuesta que se nos ofrece, si no he entendido mal, se asienta sobre la base de la necesidad de la existencia de una norma jurídica fundamental, es decir, el grado de importancia de un derecho (el caso de los derechos humanos) no es una condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Ahora bien, esta relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no cierra el número de derechos fundamentales, puesto que los derechos ganados interpretativamente también entran en consideración. Es aquí donde juega un papel decisivo el no reconocimiento de una posición jurídica iusfundamental, pues a mayor perjuicio mayor grado de importancia del derecho en cuestión (p. 34).

Lo definitorio del concepto «derecho social fundamental» es su carácter general positivo, elemento que se une a los otros cuatro ya expresados: (1) la norma jurídica, (2) la obligación jurídica, (3) la posición jurídica y (4) el grado de importancia. Los derechos positivos generales se basan en normas de derechos fundamentales establecidas explícitamente o en normas obtenidas por vía interpretativa (p. 40), estos últimos sólo pueden ser derivados de las normas constitucionales cuando la existencia de esos derechos se justifica correctamente mediante la interpretación del texto constitucional con ayuda de la argumentación jurídica (p. 41)<sup>8</sup>.

## 2. **La estructura de los derechos sociales fundamentales**

El capítulo II de la obra que nos ocupa tiene un triple propósito: (1) demostrar si la *titularidad* de los derechos sociales fundamentales es únicamente individual o también colectiva; (2) si el *obligado* es sólo el Estado o también los particulares, y (3) si el *objeto* de los derechos sociales fundamentales lo constituyen sólo las acciones fácticas, o si también incluye acciones jurídicas, positivas o negativas (p. 59).

(1) Los titulares de los derechos sociales fundamentales.

Con independencia de la posibilidad de afirmar la existencia de derechos colectivos, con ciertas limitaciones, la tesis sostenida por Arango es que los

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 406.

<sup>8</sup> En las páginas siguientes el profesor Arango realiza un excelente análisis a propósito de la obligaciones iusfundamentales y los derechos sociales fundamentales, y, más en concreto, sobre los derechos generales positivos en torno a la teoría jurídica de Ernst Wolfgang Böckenförde y de la jurisprudencia alemana sobre el *numerus clausus*, el derecho de amparo de pobreza y el derecho a un mínimo vital (pp. 41-53).

derechos sociales fundamentales son derechos individuales; de todos los individuos al margen de la condición de ciudadanía, pues estarían ligados al concepto de derechos humanos. Por otra parte, se trata de diferenciar entre los conceptos derechos individuales y metas políticas. Lo relevante, más allá del enunciado, es el reconocimiento de una determinada posición del sujeto del derecho mediante la argumentación de razones válidas y suficientes que posibiliten el paso de una norma objetiva a un derecho subjetivo<sup>9</sup>.

El hecho de que los derechos sociales fundamentales puedan ser ejercidos individualmente en todo caso indica que pertenecen a la subclase de los derechos individuales (p. 87), y además, los derechos sociales fundamentales no pueden ser derechos colectivos por razones normativas, pues si del reconocimiento de tales derechos a un determinado colectivo se dedujera la pertenencia de alguien a un grupo abierto de individuos se estaría menoscabando la autonomía del individuo (p. 90).

### (2) Los obligados de los derechos sociales fundamentales

Por razones tanto pragmáticas como normativas, los particulares están descartados como obligados directos de los derechos sociales fundamentales<sup>10</sup>, así pues es el Estado el exclusivamente obligado de tales derechos (p. 90). Y aún puede concretarse más la identidad de los obligados que se integran genéricamente en el término Estado: el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia, como ramas del poder público que está vinculado directamente por los derechos fundamentales (p. 95).

### (3) El objeto de los derechos sociales fundamentales

Según la tesis defendida por el profesor Arango, el objeto de los derechos sociales fundamentales sólo puede comprender acciones fácticas positivas del Estado, esto es, acciones materiales que posibilitan el cumplimiento de tales derechos, en contraposición a las acciones jurídicas positivas que suponen un acto de creación normativa, sin que tal diferenciación presuponga descartar las acciones normativas como medio para la realización de los derechos sociales fundamentales (p. 110). Tampoco las omisiones del Estado forman parte del objeto de los derechos sociales fundamentales, no hay un derecho social fundamental que tenga como objeto la omisión del Estado (p. 113).

En definitiva, y siguiendo las tesis defendidas por el profesor colombiano, podemos afirmar que estructuralmente los derechos sociales fundamentales son derechos del individuo (no metas políticas, ni derechos colectivos) frente al Estado como único obligado en demanda de acciones fácticas positivas.

## 3. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales

En el capítulo III el profesor Arango se ocupa de las cuestiones empíricas relativas al problema de los derechos sociales fundamentales. Estas cuestiones empíricas relacionadas con la justiciabilidad de tales derechos presentan

<sup>9</sup> Por ello, afirma el profesor Arango, «la titularidad del derecho es el resultado del reconocimiento de una posición jurídica, no condición para dicho reconocimiento» (p. 66).

<sup>10</sup> Es muy interesante el análisis que se desarrolla en las pp. 99-106 a propósito de las doctrinas del efecto horizontal, indirecto y directo, de los derechos fundamentales.

al menos tres problemas: (1) cognoscitivo, que remite, por un lado, a la clarificación de la relación entre derechos y normas, y por otro, a la relación entre derechos y mercado, lo que permite responder a la pregunta ¿pueden ganarse derechos sociales fundamentales por vía de interpretación constitucional?; (2) metodológico, referido a la posibilidad de determinar el contenido de los derechos sociales fundamentales judicialmente y (3) funcional, que plantea la cuestión del reparto adecuado de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional.

(1) El problema cognoscitivo remite a la cuestión del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, esto es, a las condiciones (formales y materiales) que deben cumplirse para que se les impute una determinada consecuencia jurídica (obligación estatal fáctica-positiva) (p. 119). En coherencia con el concepto de «posición jurídica» defendido por el profesor Arango<sup>11</sup>, ésta puede justificarse mediante la unión de varias disposiciones normativas, como así ocurre con la mayoría de los derechos sociales fundamentales, a diferencia de los derechos de libertad cuya relación con las normas es unívoca, *uno a uno*<sup>12</sup>.

La práctica de la interpretación jurídica, y más concretamente de la constitucional, expresa una relación entre derechos y normas diferente, fundamentando derechos fundamentales innominados mediante una comprensión sistemática del orden constitucional (p. 124). A tal fin es decisiva la argumentación contrafáctica: si el no reconocimiento de una posición jurídica lleva a una consecuencia irreconciliable con el orden constitucional, dicha posición jurídica debe ser reconocida. A esta interpretación integral correspondería la relación *uno a uno + n*, y en ella el juez adopta un papel activo determinante en el reconocimiento de un derecho fundamental interpretativamente construido, lo que acarrea una obligación o exigencia de respeto a las reglas institucionales propias de su función jurisdiccional, y en especial a las reglas y formas de la argumentación jurídica (p. 126).

Para el análisis de la relación entre los derechos y el mercado nuestro autor procede a la distinción entre una relación ideal y una real. Los presupuestos de la primera serían: a) una concepción ideal que separa la titularidad y el ejercicio del derecho, realzando la primera frente a la segunda que pasa a un segundo plano (tesis de la separación); b) una concepción ideal acerca del funcionamiento natural y libre del mercado (tesis naturalista) y c) una concepción asimétrica entre los derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales que repercute en su justiciabilidad. Los presupuestos de la segunda serían: a) una concepción realista de los derechos que concibe titularidad y ejercicio conjuntamente (tesis de la unión); b) una concepción realista que

<sup>11</sup> Recordemos que para el profesor Arango los derechos subjetivos no son sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo, sino todas aquellas posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una «red de enunciados normativos» por medio de razones válidas (p. 20).

<sup>12</sup> Para una mejor comprensión de la expresión ver la nota 19 del capítulo III. La relación *uno a uno* presupone una comprensión «discreta» del texto constitucional, según la cual únicamente las disposiciones, separadas, «atómicas» sirven como fundamento para derechos fundamentales (p. 121). Esta es la postura que defienden las teorías positivistas estrictas que presuponen una relación conceptual, necesaria, entre el derecho fundamental y la disposición normativa *individual*. Siguiendo este planteamiento se profundiza en la cuestión (pp. 130-137) atendiendo a la distinción efectuada por Wright entre normas categóricas e hipotéticas.

niega cualquier orden natural o espontáneo del mercado (tesis de los hechos institucionales) y c) la no asimetría entre derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales, al menos en lo que respecta a las consecuencias relativas a la exigibilidad judicial.

Así pues, presuponiendo las condiciones materiales (situaciones de necesidad caracterizadas por su urgencia), tanto como las formales (construidas interpretativamente a partir de la unión de diferentes proposiciones normativas) de los derechos sociales fundamentales<sup>13</sup>, pueden establecerse los elementos del supuesto de hecho de un derecho fundamental *prima facie* de modo tal que «cuando una persona (individual o colectiva) se encuentra en una situación de necesidad y el Estado tiene la posibilidad fáctica de resolverla o mitigarla, pero omite hacerlo, y tal omisión amenaza con ocasionar un daño a la persona, entonces ella tiene un derecho *prima facie* a una acción positiva fáctica del Estado» (p. 167).

Que la formulación dé cuenta de un derecho social fundamental *prima facie* es expresión de que pueden existir razones en contra que prevalezcan sobre las razones para el reconocimiento definitivo del derecho social fundamental, lo que supone a su vez, que tal supuesto de hecho tenga una estructura argumentativa, puesto que las condiciones materiales de desigualdad fáctica son condiciones necesarias, pero no suficientes de los derechos sociales fundamentales<sup>14</sup>.

(2) La tesis defendida por el profesor Arango respecto del problema metodológico referido a la determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales es que éste puede extraerse de una interpretación sistemática de una constitución democrática moderna, previa aceptación de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo. La propuesta se desarrolla acudiendo a los métodos para la verificación de vulneraciones a los derechos fundamentales por omisiones estatales, mediante un concepto adecuado de causalidad<sup>15</sup> y de la correcta interpretación del principio de igualdad desarrollado por Alexy.

La superación del esquema afectación/limitación de los derechos fundamentales que opera tanto en los casos de acción como de omisión parcial estatal, pero que sin embargo no es adecuado para los casos de omisión absoluta, se produce mediante la propuesta del «esquema de coherencia», que alude a la interpretación sistemática de la constitución, en el sentido que si el principio de coherencia no es atendido en la aplicación del derecho, se verá transgredido el principio de igualdad<sup>16</sup>. En suma, según el «esquema de coherencia», cuando están dadas circunstancias individuales concretas una omisión absoluta del Estado puede dañar a la persona, si tal hecho queda demostrado, y el

<sup>13</sup> El desarrollo de las condiciones materiales y formales se efectúa en las pp. 153-174.

<sup>14</sup> Una razón es que las desigualdades no presentan un carácter normativo, del ser (desigualdad fáctica) no puede derivarse un deber (derecho social fundamental). Y por otra parte, la situación personal de necesidad por sí sola no constituye razón suficiente para los derechos sociales fundamentales, por lo que exige argumentos normativos que permitan la individualización de la posición jurídica del individuo (p. 168).

<sup>15</sup> En este aspecto el autor sigue las reflexiones de C. S. Nino en *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991.

<sup>16</sup> La omisión estatal absoluta es analizada por el profesor Arango a través de dos casos: la *affirmative action* norteamericana y una decisión del Tribunal Constitucional alemán de 1996/ *BverfGE* 94, 241 (pp. 191-197). A propósito de cuestiones similares en relación con el principio de igualdad puede verse el esclarecedor trabajo del profesor L. Prieto, *Lex, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

Estado no puede justificar tal inactividad, debe ser reconocido el derecho fundamental definitivo a una acción positiva fáctica del Estado (p. 197).

(3) Respecto al problema funcional apuntado, es decir, al reparto de competencias entre los jueces constitucionales y el legislativo, el profesor Arango señala la imposibilidad de trazar límites en abstracto. Las razones son conocidas: el carácter constructivo y coherente de la interpretación de los derechos fundamentales, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales como derechos de aplicación inmediata, y la función de los Tribunales Constitucionales como guardianes supremos de los derechos fundamentales.

Parece evidente que siguiendo el «esquema de coherencia» planteado, el reconocimiento y la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales supone sustraer al proceso político de deliberación capacidad de decisión y disposición legislativa, lo que evidencia la existente tensión entre los derechos fundamentales y la democracia (p. 208).

La propuesta del profesor colombiano, sin pretensiones de zanjar la tensión antes expuesta, es la «tesis del control con intensidad diferenciada», según la cual, la severidad del control judicial constitucional depende de la importancia *prima facie* de las posiciones iusfundamentales en juego, que no presupone un orden ontológico de valores, y sí una argumentación de justificación de determinada posición normativa que a su vez puede ser vencida con argumentos diferentes. Así pues, una determinación definitiva del contenido de los derechos sociales fundamentales no puede darse por adelantado<sup>17</sup>.

#### 4. La fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales

Estudiadas las cuestiones analíticas (capítulo I y II), y las cuestiones empíricas (capítulo III), quedan por abordar las cuestiones normativas (capítulo IV) referidas a la fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales. En el libro se realiza un pormenorizado análisis de algunos intentos de fundamentación filosófica de estos derechos tomando la referencia de filósofos políticos y del derecho tanto dentro de la tradición kantiana (Rawls, Habermas, Alexy, Tugendhat) como fuera de ella (Wiggins). Por razones propias de este trabajo, no comentaré nada a propósito de las excelentes reflexiones que se contienen en estas páginas (239-297), en especial en los apartados en los que el profesor Arango formula sus críticas a cada una de las diferentes fundamentaciones, dando paso con ello a su propuesta de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo, al que ya me he referido anteriormente, y del que me ocuparé a continuación.

##### 4.1 *Un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo*

La propuesta de definición de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo que se nos ofrece es la siguiente:

*«Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto»* (p. 298).

La primera parte de esta definición hace referencia al concepto de derecho subjetivo en sentido estricto que ya fue reseñado en el apartado 1, y

<sup>17</sup> En las páginas siguientes (212-235) se efectúa un detallado análisis de la cuestión en relación con algunos casos individuales: el mínimo vital, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social.

cuyos elementos principales son: a) la posición normativa, b) las razones válidas para la posición normativa (derecho *prima facie*) y c) razones válidas y suficientes para la posición normativa (derecho abstracto definitivo).

No deben confundirse sentimientos, intereses o necesidades con las razones, pues pese a ser la materia prima de las razones para posiciones normativas por sí solos no bastan para justificar un derecho subjetivo y esta insuficiente diferenciación entre el nivel antropológico y axiológico, por un lado, y el nivel lingüístico por otro ocasiona numerosos errores en la fundamentación de los derechos (p. 302). Igualmente es necesario distinguir entre: 1) la validez moral y la validez jurídica de las razones, pues los derechos morales y los jurídicos no son coextensivos y es posible que determinadas razones sean razones válidas para derechos morales, pero no para derechos jurídicos<sup>18</sup> (p. 305); 2) la validez legal y la validez constitucional de las razones, que si bien tiene pleno sentido al hacer referencia a ámbitos diferenciados (derecho privado/derecho constitucional) con sus respectivas características propias en la fundamentación y aplicación de los derechos subjetivos dimanante de la distinción entre reglas (generalmente normas de derecho privado) y principios (generalmente normas iusfundamentales), también tiene un importante límite en el principio de irradiación de los derechos fundamentales.

La segunda parte de la definición propuesta de derecho subjetivo permite reconocer la violación del derecho mediante un criterio dual: 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

El primero se muestra adecuado para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo mediante el concepto de urgencia. El segundo, debidamente desarrollado, resuelve el problema referido a la indeterminación de los obligados igualmente por la aplicación de la tesis de la urgencia que activa el principio de subsidiaridad. La omisión persistente del subsidiariamente obligado (el Estado) es condición suficiente para declarar la violación de un derecho subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño (p. 317).

Los argumentos que se han expresado anteriormente adquieren relevancia constitucional mediante el reconocimiento del principio de igualdad de trato en, o a partir de, una constitución, lo que conduce a una fundamentación de los derechos sociales fundamentales en base a un criterio objetivo: la importancia del derecho determinada por la urgencia de la situación<sup>19</sup>, que justifica de forma objetiva la obligación del Estado a actuar positivamente (p. 320). Esto último significa que los derechos sociales fundamentales son derechos generales a acciones *fácticas* frente al Estado, y por tanto, la actividad nor-

<sup>18</sup> Para el profesor Arango los derechos humanos serían una excepción, pues al poseer un carácter moral y al estar consagrados en declaraciones y convenios internacionales, tales derechos exigen *de lege ferenda* su reconocimiento como derechos constitucionales fundamentales.

<sup>19</sup> Es interesante la superación (pp. 321-325) que plantea el profesor Arango acerca de la objeción que se plantea a propósito de la aceptación del grado de importancia como parte del concepto de derechos fundamentales, en el sentido que la estimación de importancia implicaría «juicios de valor» que tendrían carácter axiológico, lo que en palabras de nuestro autor sería irreconciliable con el carácter deontológico de los derechos. La tesis es la siguiente: las proposiciones jurídicas sobre derechos, al menos, tienen que pretender objetividad para que su carácter deontológico sea resguardado. Objetividad que es aquí referida a una situación de urgencia concreta que es precisamente el criterio para establecer la importancia del derecho.

mativa general no es precisa para garantizar los derechos sociales fundamentales amenazados o vulnerados<sup>20</sup>, es decir, en casos de urgencia existe la obligación del legislador de legislar y de las autoridades de actuar, sin necesidad de una ley previa (p. 336).

#### 4.2 *Derechos sociales fundamentales y tipos de justicia*

La tesis que se defiende por el profesor Arango respecto a esta cuestión es la adscripción de los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia compensatoria, y no a la justicia distributiva. La razón principal es que tales derechos forman parte de una etapa previa al reparto de cargas y beneficios, puesto que de no ser así no sería posible garantizar iguales derechos a todos (p. 343). Los argumentos de la adscripción de los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia distributiva tienen su base en que el cumplimiento de tales derechos implican la distribución de bienes o prestaciones y la imposición de cargas, es decir, redistribución económica y social, cuya principal consecuencia es que dicho reparto, en un sistema democrático, compete a la función legislativa. Ésta es la gran diferencia de adscribir los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia compensatoria, que el criterio correctivo no está a disposición de la voluntad política, pues de la situación de urgencia dada y mediante razones válidas y suficientes se justifica el criterio de diferenciación, queda fundamentado el derecho a la acción positiva  *fáctica*  del Estado. En palabras del profesor colombiano, los derechos fundamentales deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador ordinario (p. 344).

### 5. Conclusiones

Tal y como expresaba al inicio de este trabajo creo que es indudable la aportación de la obra del profesor Arango a la teoría de los derechos sociales fundamentales, muy especialmente en los aspectos conceptuales. El análisis separado de cuestiones que con frecuencia se presentan entremezcladas, el equilibrio razonado de las tesis que propone frente a los también habituales posicionamientos básicamente ideológicos, el sólido soporte jurídico y no meramente metafísico de sus planteamientos, entre otras muchas virtudes, entre las que sin duda también se encuentra la de una prosa clara y directa, convierten a esta obra en un verdadero referente para el estudio de los derechos sociales fundamentales.

Seguramente para muchos el concepto de derechos sociales fundamentales que se nos propone va  *demasiado lejos* , y también seguramente, para otros, la propuesta es  *demasiado estrecha* . Estoy convencido de que en cualquier caso a pocos dejará indiferentes. Así pues, el debate debe continuar.

Miguel Ángel PACHECO RODRÍGUEZ  
Universidad de Castilla-La Mancha

<sup>20</sup> Tal actividad normativa general sí sería necesaria para la realización de otros derechos de prestación en sentido amplio. Para aclarar la división entre derechos sociales fundamentales y derechos prestacionales en sentido amplio es muy útil el esquema que aparece en la página 330.