

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

MI LECTURA DE *EL CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES**

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO**

"No se consigue fácilmente una obra sobre el tema que vincule con tanta competencia la discusión latinoamericana, alemana y anglosajona"

Robert Alexy

* Ensayo presentado en el lanzamiento del libro. Auditorio del Palacio Nacional de Justicia, agosto 5 de 2005. Agradezco las observaciones críticas de Ernesto Mieles (Universidad Nacional), Natalia Encinales (Universidad de los Andes), Heriberto Santacruz y Gustavo Restrepo (Universidad de Caldas).

** Estudiante de Derecho, Universidad de Caldas. Ha publicado artículos, traducciones y capítulos de libros sobre filosofía política, derecho constitucional, filosofía del derecho y pedagogía jurídica. Editor y coautor de *John B. Rawls: El hombre y su legado intelectual*.

La publicación del libro que bien podría considerarse –por ahora– la obra cumbre de un autor, parece exigir el acto postrero de esbozar una reconstrucción de sus planteamientos por quienes lo hemos seguido en sus luchas e inquietudes a través de sus escritos, caracterizados por la erudición y analítica claridad. Sin embargo, hacer una valoración de los principales méritos y las críticas fundamentales a la reciente obra del profesor Rodolfo Arango, es una empresa que queda muy lejos de mis posibilidades, por lo que procuraré tan sólo realizar una aproximación general que destaque los puntos estructurales en los que se inscribe su investigación, concluyendo con algunos de los méritos que le encuentro y la relación con la agenda de la academia iusfilosófica y constitucional en Colombia.

De otra parte, la amistad y orientación académica que he recibido del autor, me produce inicialmente una cierta aprehensión al comentar su obra, pero que en alguna proporción se diluye al constatar continuamente su calidez humana, su apoyo y su disposición a comentar y discutir mis nacientes inquietudes académicas. En particular, mi primera publicación –una breve y modesta aproximación a la teoría jurídica de Ronald Dworkin–, contó con la fortuna de su

crítica rigurosa. En una segunda publicación sobre Dworkin, no pude menos que manifestarle mi explícito agradecimiento¹.

El concepto de derechos sociales fundamentales

Leer, o más que leer, estudiar una obra como la reciente traducción al castellano de esta tesis doctoral publicada originalmente en alemán², además de ser una gran ilustración y seducción por los temas y problemas capitales de la filosofía del derecho y el derecho constitucional contemporáneo, es de lectura obligada para todos quienes tenemos interés por estas áreas, así como por la dogmática de los derechos fundamentales, la teoría jurídica, la filosofía política, la teoría normativa de la justicia y el derecho comparado³, en las cuales –con mayor o menor intensidad– se inscribe su análisis creativo.

Esta obra corresponde a la tesis de Doctorado que presentó en la Universidad Christian-Albrecht de Kiel (Alemania), en donde los miembros encargados de enjuiciarla pusieron de manifiesto tanto la importancia del estudio realizado como el rigor científico de su autor, por lo que le merecieron dos notables reconocimientos: la máxima

¹ Cfr.: Leonardo García J. 2002. “Ronald Myles Dworkin: Filósofo del derecho y su filosofía jurídica (I)”, en: *Aporia. Revista de Derecho, Ética y Política*. No. 1. Manizales (abril); 2002. “Ronald Myles Dworkin. Filósofo del derecho y su filosofía jurídica (II) Principios y reglas jurídicas”, en: *Aporia. Revista de Derecho, Ética y Política*. No. 2. Manizales (nov.)

² Rodolfo Arango. 2001. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. Vers. cast., de Mauricio Hernández Lara, 2005. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis / Universidad Nacional, 1ra ed.

³ Particularmente, dentro de la perspectiva de la teoría comparada del derecho como la de William Ewald donde se sostiene que para entender un derecho extranjero, no basta con sólo entender las normas que componen su sistema jurídico, sino que también se deben conocer los presupuestos fundamentales de su teoría del derecho. Ejemplificando con el derecho alemán, afirma Ewald “[C]onsidero en detalle el código civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke; y argumento que, a no sé que uno entienda estas ideas superiores, no se pueden entender tópicos centrales en el derecho privado alemán actual”. Ver: “Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?”, en: 143 *Pennsylvania Law Review*, 1994, pp. 1943-4. Énfasis añadido. Cit. en (LÓPEZ, 2005: 79).

calificación *Summa cum laude*, y el premio de la Reunión Oficial de Doctores en Derecho de Kiel al mejor trabajo de tesis de doctorado, en julio de 2001. Su director fue Robert Alexy, quien regenta actualmente la cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho, y cuya obra es amplia y sistemáticamente abordada por Arango en su libro, enfocándose en particular en la *Teoría de los derechos fundamentales*, la cual constituye un material de gran relevancia en la práctica jurídica, en las academias y en los tribunales constitucionales de diversas latitudes. En este libro, el profesor germano trató de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales, en cuanto normas principiales, tienen la estructura de mandatos de optimización (ALEXY, 1993: 77 y ss), es decir, preceptos que conducen a que algo sea realizado en la mayor medida posible. Para Alexy reglas y principios son dos tipos de normas que se distinguen por un ‘criterio de generalidad’: las reglas tienen un grado de generalidad relativamente bajo, mientras que el de los principios es relativamente alto.

Su diferencia fundamental es, entonces, estructural, ya que las reglas contemplan específicamente las condiciones fácticas a las cuales se aplican, con respectivas determinaciones en la esfera de lo real y jurídicamente posible, exigiendo un cumplimiento pleno y siguiendo una forma

de aplicación de todo o nada a través de un procedimiento de subsunción. De otra parte, los principios son normas que pueden ser cumplidas en diferente grado y pueden aplicarse a muchas situaciones posibles, atendiendo las posibilidades fácticas y jurídicas existentes⁴. Tal aplicación no se realiza por subsunción sino que depende del mayor o menor grado del resultado del procedimiento de ponderación que realiza el juez entre dicho principio y otros que confluyan en la resolución del caso concreto. Por su criterio de generalidad relativamente alto, los principios entran en colisión con otros principios, debiéndose establecer relaciones de precedencia de unos sobre otros a la hora de ser aplicados a un caso concreto (ARANGO, 2004: 238). Alexy le otorga a los derechos subjetivos el carácter de principios (272), y su modelo de los derechos, constitucionales o fundamentales, como principios, es retomado por Arango.

A nivel constitucional, las normas que consagran derechos pueden establecerse en forma de reglas o principios. Mientras que los derechos que consagran las reglas son definitivos, los principios sólo postulan derechos *prima facie*, es decir, que en vez de aplicarse inmediata y casi que mecánicamente, se aplican luego de un ejercicio judicial de ponderación con otros derechos y principios en las circunstancias fácticas del caso concreto⁵.

El cometido principal de la investigación académica de índole analítica de Arango, sin

⁴ Ver también, (ARANGO, 2004: 238).

⁵ Además de los problemas al interior de la interpretación constitucional ocasionados por la elección de las fuentes y la aplicación de reglas y principios, la textura abierta de las normas representa muchas veces el meollo del asunto, pues la ambigüedad propia de las normas de un sistema jurídico implica la falta de acuerdo en la interpretación de un artículo para resolver un caso concreto. Ver al respecto, Herbert L.A. Hart. 1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon press, 2nd ed. VII, 1 “The Open Texture of Law”.

precedentes en nuestro medio es, como el mismo autor lo explica (1)⁶, el de clarificar y fundamentar el concepto de Derechos Sociales Fundamentales (DSF, en adelante), intentando igualmente, al utilizar las herramientas de la filosofía del derecho y la teoría constitucional, liberarlos del debate ideológico. Procura así ofrecer las bases conceptuales necesarias y los fundamentos teóricos para comprender mejor las características de los DSF que propendan por su realización, abordando la cuestión igualmente desde la problemática económico-política. Se inscribe así en una teoría general de los derechos fundamentales que, como él mismo destaca, es “parte central de un tratado sobre del Estado social de derecho que aún está por escribirse”.

Del concepto de DSF, “que constituyen un tema central de la ciencia contemporánea de los derechos fundamentales” (XI), encontramos una primera formulación en la Introducción: “Los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y con carácter positivo general” (1)⁷.

Para presentar un concepto adecuado de DSF –el cual se refiere a los derechos a un mínimo social para el cubrimiento de las necesidades básicas–, defiende la tesis de que deben concebirse como derechos subjetivos, delimitando asimismo estos últimos respecto de los derechos fundamentales (Cap. I). Arango sostuvo al respecto en un ensayo anterior que: “un

mínimo social^[8] –o lo que es lo mismo los derechos sociales fundamentales–, hace parte de los “*constitutional essentials*” que el juez está llamado a reconocer y proteger frente al poder de las mayorías” (ARANGO, 2001b: 198), lo cual se encuentra en armonía con la definición de los derechos fundamentales de Alexy: “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (31).

Se adelanta a contrarrestar las objeciones contra su propuesta distinguiendo entre ‘el contenido’ y ‘la extensión’ de los derechos subjetivos y los derechos fundamentales. Desde una dimensión claramente analítica, acomete esta tarea planteando en primer lugar un detallado análisis conceptual de qué son los derechos subjetivos. Tal presentación, como destaca Alexy, “sobresale por su agudeza y profundidad” (XI). Estima Arango que la discusión en torno a los DSF radica en parte en que no existe claridad sobre el uso de los conceptos ‘derecho subjetivo’ y ‘derechos fundamentales’. Parte de la influencia de su aporte, radica en que Arango logra apropiarse de una históricamente trajinada noción, como la de los derechos subjetivos, con base en lo cual estructura una sólida y completa teoría de los DSF, que se encontraban anclados en un concepto caduco de derecho subjetivo.

Siguiendo al jurista alemán H. Maurer, define los derechos subjetivos, en sentido estricto,

⁶ Los números entre paréntesis sin referencia remiten a páginas o secciones del libro. Me he abstenido de referenciar en la bibliografía los libros o ensayos sobre aspectos meramente puntuales que se citan sólo en la respectiva nota al pie.

⁷ Así también en (ARANGO, 1997: 72).

⁸ Como destaca Arango, en el derecho constitucional alemán este concepto corresponde al concepto de “mínimo existencial”, y remite al respecto a Robert Alexy, “John Rawls’ Theorie der Grundfreiheiten”, en: Bad Homburg – Wilfried Hinsch (eds.) *Philosophische Gesellschaft, Zum politischen Liberalismus*. Frankfurt a.M. 1997, p. 281.

como “el 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”. Luego los caracteriza (9 y ss.) desde la norma jurídica válida (el enunciado normativo cuyo cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal y que se configura en fuente del derecho subjetivo con su validez y la norma de derecho fundamental), la obligación jurídica correlativa al derecho subjetivo (crítica a la tesis de la correlatividad, en virtud de la cual los derechos y las obligaciones son correlativos –se implican mutuamente–, porque resulta válida sólo en sistemas jurídicos privados, pues en los que incluyen normas de derecho público, efectivamente hay obligaciones jurídicas que imponen deberes, sin que exista un derecho subjetivo que posibilite a los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los deberes) y la posición jurídica (desde el poder jurídico reconocido por una norma y el interés ciudadano cuya protección persigue jurídicamente, involucra la discusión sempiterna sobre la justificación de los derechos subjetivos).

Luego de las características conceptuales y la forma (libertades, derechos a algo o competencias del ciudadano y las estatales) y estructura del derecho subjetivo (23 y ss.), plantea una primera crítica a Jürgen Habermas –que retoma y amplía en el cap. IV– respecto a la conceptualización de los derechos subjetivos⁹, pues para Arango, confunde el contenido del concepto con su alcance y reduce los derechos positivos, tanto a las formas que podrían adoptar los

derechos subjetivos, como a la característica conceptual de ‘posición jurídica’ a la de ‘norma jurídica’.

Con la claridad del concepto de derechos subjetivos, aborda el concepto de derechos fundamentales y como rechazo a la tesis que excluye los DSF del conjunto de los derechos fundamentales en el nivel de su conceptualización, los incluye en una teoría general de los derechos fundamentales, a los que le agrega como característica particular su carácter “positivo general”. Plantea una definición de los DSF que, además, lo caracteriza el ser derechos subjetivos y su alto grado de importancia.

Concluye el capítulo I con algunas puntualizaciones sobre el contenido y la estructura de los DSF, enfatizando que la determinación del contenido de cada DSF puede llevarse a cabo mediante un modelo de caso extremo, sobre el que nos detendremos más adelante, siendo la diferenciación entre los DSF indispensable para fijar el alcance de cada uno de estos derechos.

Finalmente, de las características constitutivas del concepto de derechos subjetivos (*posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a tu titular un daño inminente sin justificación jurídica*), destaquemos que ni la existencia de una norma ni de la obligación jurídica, per se, implican la existencia de un derecho subjetivo. Las posiciones jurídicas son condiciones necesarias, pero tampoco son en sí mismas suficientes, del concepto de

⁹ Para Habermas los derechos subjetivos “tienen el sentido de descargar a las personas jurídicas de los preceptos morales bien determinados concediendo a los actores espacios legales para las acciones guiadas por sus propias preferencias”. “Los derechos subjetivos con los que se construye el ordenamiento jurídico moderno tienen el sentido de dispensar a las personas jurídicas de las obligaciones morales. Con la introducción de los derechos subjetivos, que otorgan a los actores un espacio de acción en el que actuar conforme a sus propias preferencias, el derecho moderno hace valer el principio general de que está permitido todo lo que no está explícitamente prohibido” (28).

derecho subjetivo. Ejemplifica lo anterior Arango con el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn: “El Estado protege, haciéndose también responsable por las generaciones venideras, los fundamentos naturales de la vida” (56, n. 163). Aquí se observa claramente la existencia de una norma y de una obligación, sin que *sólo* de esto pueda afirmarse la existencia de un derecho subjetivo.

De la tesis principal defendida en el capítulo I (que los DSF poseen un alto grado de importancia y son de carácter positivo general, pero particularmente, del que deban concebirse como auténticos derechos subjetivos), se desprende un aspecto fundamental, como es el de la estructura básica de los DSF, abordada en el capítulo II, donde trata la titularidad –individual o grupal– (II, 1), la obligatoriedad –Estado o particulares– (II, 2) y el objeto –acciones fácticas o acciones jurídicas– (II, 3) de los DSF. En primer lugar, plantea la “Tesis de la titularidad de los derechos” en dos partes. La primera, sustenta que, en la medida en que los DSF se encuentran adscritos al concepto de derechos subjetivos, son exclusivamente derechos individuales, es decir, sólo personas naturales están en la posición jurídica de exigir una acción positiva específica. Por su carácter ‘general’, los DSF son derechos de todos, no sólo de trabajadores y empleados, sino de toda persona natural (1.1.2). Arango cita a Luzius Wildhaber: “Los derechos sociales fundamentales buscan asegurar un estándar mínimo y por esto benefician potencialmente a todos. La dignidad de cada individuo exige que éste se pueda educar, alimentar y mantener saludable (...)” (69). En la segunda parte, enfatiza la no inclusión de los colectivos en cuanto a la titularidad de DSF, por una razón fundamental: su goce o ejercicio siempre puede ser individual.

El sustento para respaldar esta tesis radica en (a) la manera de accionarse: individualmente, y en (b) que la titularidad colectiva de DSF es irreconciliable con los principios de la autonomía y la dignidad. Determina a continuación que los colectivos bien pueden ser titulares de derechos culturales. Los DSF no son, entonces, ni derechos colectivos, ni fines o metas políticas ni enunciados programáticos, constituyéndose como garantías reales implícitas en las Constituciones de las democracias modernas.

El carácter positivo general de los DSF destacado en el capítulo I, le permite sustentar el que los DSF tengan carácter global, y no simplemente nacional. La cuestión de quiénes son los obligados a cumplir los DSF, si sólo el Estado o si también los particulares, la aborda en la segunda parte de este capítulo. Con base en razones prácticas y razones morales, sostiene que solamente el Estado (el legislador (95), el ejecutivo (97) y la administración de justicia (98)) es el obligado frente a los DSF para garantizarlos (2.2.1 “Efecto horizontal indirecto”). Como un problema de la vinculación horizontal de terceros a los derechos fundamentales, es tratada la cuestión por la obligatoriedad de los particulares frente a los DSF, excluidos como obligados directos debido a razones pragmáticas (102) y a razones normativas (104). Rechaza así la “vinculación horizontal directa” (2.2.2). Los DSF son, entonces, derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas (113).

Después de determinar la titularidad y obligatoriedad de los DSF, defiende la tesis de que su objeto comprende únicamente las situaciones fácticas positivas del Estado, por lo que dentro del espectro de los DSF deben excluirse (a) las acciones positivas jurídicas, por ser objeto de los derechos a la

protección y organización, y (b) las acciones negativas del Estado, porque son objeto de la libertad general de acción o del derecho a la igualdad y no pueden verse como parte integrante del objeto de los DSF. Sin embargo, no deja de reconocer que un buen medio para su realización son las actuaciones normativas positivas. Destaco aquí una de las contribuciones de Arango con su obra en un mundo en el que hemos padecido desde siempre la inequidad general en la asignación de oportunidades sociales y económicas, y unas injustas condiciones de riqueza que responden a un institucionalizado esquema de dominación social y política excluyente que convierte a unos pocos libres y a otros muchos dependientes vulnerables, pocos señores y muchos siervos.

Los capítulos I y II se preocupan por responder preguntas del orden analítico, en la medida en que clarificando y precisando el concepto de DSF se opera con las propiedades que caracterizan los DSF y los diferencian de otros conceptos.

En el capítulo III, como sostiene Alexy, ofrece una completa teoría de los DSF (XIX) y destaca que mucho en su reconocimiento depende de los argumentos que se puedan esgrimir en favor o en contra de los mismos. Aborda la justiciabilidad, o reconocimiento por vía judicial, de los DSF, tomando posición en la discusión que ha estado históricamente signada por tres perspectivas donde (I) de manera rotunda se niega el carácter exigible de los DSF, negando incluso la ostentación del título de ‘fundamentales’¹⁰, (II) se considera que los derechos civiles y políticos no son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares

y obligaciones para el Estado, siendo los DSF exigibles judicialmente de manera directa, y una posición intermedia (III) que defiende una justiciabilidad indirecta de los DSF.

El problema de la limitación de los DSF respecto a su restringida exigibilidad judicial, particularmente cómo y en qué circunstancias es posible que los ciudadanos exijan del Estado una actuación fáctica positiva para el amparo de este tipo de derechos, es formulado por Arango como un “problema del supuesto de hecho de los DSF” (119). Dicho supuesto son las condiciones materiales necesarias para tal reconocimiento judicial, las cuales pueden ser tanto condiciones individuales de debilidad manifiesta, como situaciones estructurales de déficit del mercado. En cualquier caso, se trataría de una “situación de urgencia” que permitiría exigirle judicialmente al Estado obligaciones positivas. (ARANGO, 2001b: 202). En este sentido, Arango respalda el concepto “*capabilities*” de Amartya Sen, en virtud del cual el Estado, sobre todo en sociedades estructuralmente pobres, debe servir como parámetro de justicia distributiva, además de garantizar las libertades económicas del individuo con base en sus circunstancias “actuales” como criterios para la asignación de derechos.

Obtiene los fundamentos necesarios para reconstruir el supuesto de hechos de los DSF mediante la revisión de las relaciones entre derechos fundamentales y disposiciones de derechos fundamentales. El supuesto de hecho deja a un lado la elucubración abstracta con la sentencia de la Corte Constitucional en donde se le

¹⁰ Para una negación del carácter exigible de los DSF, ver (ABRAMOVICH – COURTIS, 2002: 19 y ss.) Consúltese igualmente al respecto, entre otras obras, las de Friederich von Hayeck, Barbalet, Giovanni Sartori, Danilo Zolo, Luigi Ferrajoli y Francisco Laporta.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

reconoce a un anciano en situación de necesidad una intervención quirúrgica que de no realizarse le ocasionaría la ceguera absoluta (ST-533 de 1992).

Retoma el tema, mencionado en el capítulo I, del contenido de los DSF, cuestionando si debe adoptarse una tesis maximalista o minimalista, para cuya solución introduce la distinción entre derechos individuales y de grupo, así como entre derechos frente al Estado y frente a particulares. Analiza igualmente en relación, la diferencia entre condiciones formales y materiales. Sobre este problema presenta dos puntos de vista antagónicos: (a) la relación uno a uno, según la cual sólo puede haber un derecho fundamental cuando existe una disposición iusfundamental correspondiente¹¹, y (b) la relación uno a uno+n, o perspectiva “integral”, viene a sostener que un derecho puede sustentarse de múltiples formas, lo cual resulta en concordancia con una comprensión sistemática del ordenamiento jurídico posibilitando la fundamentación del derecho fundamental al mínimo existencial¹².

En un primer momento los DSF son reconocidos como derechos fundamentales construidos por vía de interpretación a partir de varias normas iusfundamentales. Se tiene así una noción de derecho subjetivo evolucionada que permite su reconocimiento en caso de que el no reconocimiento injustificado de un derecho fundamental innominado, conlleve a una consecuencia contraria a los postulados constitucionales, haciéndose jurídicamente necesario su

reconocimiento (argumentación contra fáctica). El no reconocimiento es justificado, cuando el obligado es otro, no el Estado.

Luego de esta etapa, viene la de la justiciabilidad de los DSF, que consiste básicamente en trasladar al derecho constitucional el problema del alcance de los derechos humanos entre liberales y socialistas (ARANGO, 2001b). Es decir, si los DSF deben ser vistos como meras aspiraciones o metas políticas, en el mejor de los casos como mandatos destinados al legislador para que los desarrolle progresivamente, o como verdaderos derechos fundamentales que implican subsiguientes obligaciones jurídicas para el Estado. Arango, sustentando que pueden construirse interpretativamente a partir de una constitución democrática, respalda la propuesta dworkiniana de la interpretación constitucional holista al momento de interpretar estos casos, la cual parte de una relación no bi-unívoca entre derechos fundamentales y normas constitucionales (ARANGO, 2001b: 189), relación a partir de la cual defiende un concepto evolucionado de los derechos que permite que su titularidad y ejercicio se vean como dos momentos conexos, destacando que el valor de éstos, si se tienen en cuenta la particularidad de la persona humana, radica sobre todo en la posibilidad de ser ejercidos.

La justiciabilidad de los DSF presenta tres problemas fundamentalmente (Cap. III), uno de carácter cognoscitivo: el reconocimiento de un DSF (condición necesaria pero no suficiente para su justiciabilidad (115, n. 2)

¹¹ A este preciso respecto, Alexy afirma que en la Constitución alemana no existen DSF, excepto el derecho a la asistencia materna, consagrado en el art. 6, inc. 4 de la Ley Fundamental de Bonn.

¹² Con anterioridad Arango presentó (2001a) un análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana respecto al mínimo vital en el servicio doméstico, con base principalmente en ST-092/00 y SU-062/99. Allí sostuvo que la Corte acierta al tutelar el derecho al mínimo vital de las personas empleadas en este servicio, adoptando así un índice de justicia entre particulares, pero que la fundamentación de su decisión no es una argumentación correcta. Sobre la corrección en la argumentación, consúltese (ARANGO, 1999a).

y si en un caso determinado podría determinarse objetivamente por vía de interpretación a partir de una Constitución democrática, cuestión que se esclarece clarificando la relación entre las normas y los derechos (119), y la relación entre los derechos y el mercado (137). Otro de carácter metodológico, y versa sobre la posibilidad de determinar judicialmente el contenido de los DSF en cada caso concreto (176 y ss. - 198 y ss.). Finalmente, nos encontramos ante el problema de orden funcional, que trata sobre la repartición adecuada de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional.

Se inscribe en la dicotomía dilemática de si los DSF son o no verdaderos derechos fundamentales¹³. Para quienes defienden que no lo son, el campo semántico de los derechos fundamentales estaría limitado por los derechos liberales clásicos, y los DSF serían metas políticas dirigidas al legislador, mas no derechos subjetivos directamente exigibles por sus titulares. La más reputada interlocución de esta perspectiva que establece Arango en su investigación, es con del exmagistrado del tribunal constitucional federal alemán, Ernst W. Böckenförde, para quien, desde la tradición liberal del Estado de Derecho, mientras que hay una clara justiciabilidad de los derechos fundamentales de libertad, los DSF no son justificables en la medida en que son meros postulados constitucionales que sólo consagran derechos subjetivos, que serían efectivos en la medida en que el legislador los desarrolle y garantice de manera específica, perspectiva defendida igualmente por Habermas. La labor del juez sería, entonces, la de reconocer lo que ya está positivizado y protegerlo de las intromisiones estatales, por lo que en el caso

de los DSF, “la prestación contenida en ellos es tan general, que no es posible deducir una pretensión jurídica concreta por vía de interpretación” (116).

Por su parte y desde el Constitucionalismo del Estado Social de Derecho, Arango defiende la tesis en virtud de la cual los DSF, que fueron incluidos en el constitucionalismo con el propósito de atenuar las diferencias materiales entre las personas (GARCÍA, 2001: 456), son verdaderos derechos fundamentales que se constituyen en normas jurídicas efectivas que garantizan derechos, y no meros postulados políticos que consagran posibilidades y expectativas. Los DSF son derechos de prestación a recibir una asistencia positiva por parte del Estado; prestación aquí entendida, o en sentido normativo, sino fáctico. Arango defiende el alcance que tienen los postulados constitucionales que protegen DSF específicos. Son por esto verdaderos derechos fundamentales y sostiene la hipótesis de que por los medios de la filosofía analítica del derecho puede esclarecerse el concepto de DSF, independientemente de sus diferencias lógico-estructurales. A este preciso respecto es menester decir que parte nuclear de la originalidad de su contribución con esta obra, radica en el esclarecimiento, respecto de la confusión terminológica e ideológica, del concepto de los DSF, el cual había sido durante largo tiempo enlodado por la discusión ideológica sobre los derechos económicos, sociales y culturales, a saber, si ellos pueden ser catalogados como “verdaderos” derechos humanos.

¹³ Me baso igualmente aquí en su ponencia *On Basic Social Rights*, presentada en el Vigésimo Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, New York, junio de 1999. Cito de la versión castellana que amablemente me facilitó.

Para llegar a la tesis de que el concepto de DSF se encuentra cobijado por el concepto de derechos subjetivos, debe partir de tres supuestos básicos, (I): “que los derechos sociales no tienen como título de adquisición el texto expreso de la Constitución (...) tienen como única fuente posible normas adscriptas de derecho fundamental, es decir, deben ser fundamentados mediante una argumentación correcta”. (ARANGO, 1997: 70). (II) Del que derechos positivos generales se infieran de derechos constitucionales implícitos, no se deduce de plano que los DSF puedan considerarse derechos subjetivos, pues los deberes constitucionales no son suficientes para dar lugar sin más a derechos (ARANGO, 1997: 70). (III) Sustenta la tesis de que los DSF pueden subsumirse en la categoría de derechos subjetivos, bastándole fundamentar una posición jurídico-constitucional que se da en un caso específico: el derecho al mínimo vital a partir del cual es posible concebir la existencia humana como vida digna y con autorespeto, mediante el reconocimiento de los DSF específicos, tales como la comida, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, la educación básica y secundaria, la recreación, el trabajo y la seguridad social.

En sistemas jurídico-políticos como el nuestro donde la protección de los derechos no depende de la ley sino de su consagración constitucional¹⁴ y donde los DSF son en su mayor medida son hipotéticos, por lo que si no hay una

situación desfavorable que involucre un DSF que sea empíricamente verificable no es posible reconocerlo al ciudadano, los jueces en casos concretos pueden –y deben, reitera Arango– aplicar directamente el texto constitucional para proteger este tipo de derechos, incluso cuando una disposición legal señala una solución diferente de la contemplada en la Constitución¹⁵.

Que los jueces en casos concretos deban, incluso cuando una disposición legal señala una solución diferente, aplicar directamente el texto constitucional para proteger DSF, nos remite indefectiblemente al controvertido tema del activismo judicial, sobre el que nos limitaremos a conceptuar con Duncan Kennedy, quien lo define como la voluntad de tratar la decisión judicial, no como un mero mecanismo de resolución de casos particulares y composición legal inter partes, sino como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad, lo cual exige del juez la obligación de justificar sus decisiones y de asumir su responsabilidad política y moral, para que los derechos de las personas no sean indeterminados¹⁶. En este mismo sentido, Arango sustenta que cuando el juez se encuentra ante un caso difícil, debe integrar las esferas política y moral en el derecho, en virtud de lo cual la equidad en la ponderación de principios, y no la rigidez del formalismo legal, permita hallar la respuesta correcta que posibilite el cumplimiento de los fines estatales. (ARANGO, 2004 / 1999, 44). Sobre el modelo

¹⁴ Sobre la diferencia entre este constitucionalismo y el constitucionalismo europeo con relación a la separación entre derechos y ley respecto a la protección de los derechos, ver (ZAGREBELSKY, 2002).

¹⁵ La sentencia pionera del análisis normativo del concepto de Estado Social de Derecho en Colombia, es la ST-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita.

¹⁶ Duncan Kennedy, 1980. “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850 - 1940”, en: *Research on Law and Society*. No. 3. Ver también, 1997. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University press.

de adjudicación de la respuesta correcta en el derecho, Arango se inscribe en la tesis dworkiniana que exige de las decisiones judiciales una legitimidad sustantiva y no solamente procedimental (ARANGO, 1999: 138). Proyectando un concepto de derecho que no sólo incluye un conjunto de reglas, sino también de principios que desempeñan un rol esencial en la fundamentación del razonamiento judicial¹⁷.

El “concepto normativo de causalidad” de Carlos Santiago Nino, la jurisprudencia federal de los Estados Unidos –en relación con la acción afirmativa– y la del Tribunal Constitucional Alemán –relativa a los tiempos de escolaridad–, le asisten como marco sólido para identificar y exponer las omisiones estatales de los DSF. En particular, se refiere con Nino a las “omisiones fácticas” del Estado respecto a la protección de DSF, como uno de sus más claros agentes de vulneración, y a tales jurisprudencias como denuncias a las “omisiones absolutas” del legislador respecto a su falta de actuación en determinados campos. Plantea un esquema de coherencia (que complementa el modelo de los DSF propuesto por Alexy), que le asiste para determinar la vulneración de los DSF por omisión absoluta del Estado.

En estas circunstancias sólo puede pensarse en la igualdad jurídica, en sentido rawlsiano, por vía de un trato desigual para beneficiar a los menos favorecidos. En el segundo principio de justicia, Rawls establece cómo deben estructurarse las desigualdades económicas y sociales, las cuales han de ser para a) el mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con

un principio de ahorro justo (principio de diferencia); y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades (principio de justa igualdad de oportunidades)¹⁸. Igualmente, de la obra de Arango resulta una concepción de justicia que, estimo, podemos definir en sentido general desde una perspectiva rawlsiana: “[E]l principal objetivo de la justicia es el de la estructura básica de la sociedad o, más precisamente, el de la manera en que las principales instituciones de la sociedad distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas de la cooperación social” (RAWLS, 1971: 7).

Desde su jurisprudencia temprana, la Corte Constitucional restringió el uso de la tutela contra derechos sociales (GARCÍA, 2001), reconociéndolos en casos excepcionales por conexidad como derechos fundamentales. La Corte plantea una estricta restricción –con respecto, por ejemplo, a la jurisprudencia alemana– en cuanto al ámbito de protección de los DSF y su aplicación como derechos subjetivos, a situaciones en las que concurren las siguientes condiciones: (1) un atentado grave al principio de dignidad humana a personas que pertenezcan a un sector vulnerable de la población (niños, ancianos, disminuidos físicos y mentales, etc.) y (2) la falta de prestación efectiva por parte del Estado de la ayuda material mínima requerida, no obstante (2.1) contar con la capacidad económica para hacerlo. Tal omisión estatal vulnera derechos fundamentales del afectado. (ARANGO, 1997: 70).

¹⁷ A este respecto es importante destacar que Dworkin defiende el nexo entre derecho y moral, “a nivel de su interpretación y descripción, que responde a una posición política comprometida con una democracia constitucional sustantiva”. (ARANGO, 1999: 157).

¹⁸ Son estas las dos partes del segundo principio de justicia. Consúltese (RAWLS, 1971).

La demanda de Arango no es, contrario a lo que pudiera pensarse en un primer momento, hacia la positivación de los DSF, sino de su reconocimiento mediante la interpretación sistemática de la constitución política, lo cual supera la conexidad como medio de reconocimiento de estos derechos. La discusión histórica de los DSF la reconstruye desde esferas como la filosófica en relación con las diferencias existentes entre derechos negativos y derechos positivos y sus correlativos deberes de abstención y de prestación; la económica, la sociológica y la teórica del Estado, esferas que se habían ocupado en relación con la función del Estado en la distribución de recursos en el contexto de una economía de libre mercado (Cass Sunstein) o respecto del carácter (Thomas Campbell) y las funciones del Estado en un mundo globalizado (Onora O'Neill, Peter Koller). Igualmente aborda al respecto el derecho constitucional, donde el tema de los DSF ha sido examinado principalmente en el ámbito de la interpretación constitucional y la discusión al respecto se ha enraizado en torno a la posibilidad (Frank Michelman y Laurence Tribe) o no (Ronald Dworkin y Cass Sunstein), de que tales derechos puedan ser deducidos del principio de igualdad. A todas las perspectivas que reconstruye y discute no deja de reconocerles importancia, pero resalta la insuficiencia que representan frente a los DSF. Analiza a renglón seguido el concepto de DSF desde la perspectiva de la teoría jurídica.

Desde el análisis económico del derecho y a partir de perspectivas ideales y reales, aborda la relación entre DSF y mercado estableciendo las situaciones que aquellos deben asegurar, sobre las que el mercado

resulta incapaz de hacerlo. También a este respecto se enfoca hacia cuestiones de teoría constitucional, considerando algunos de los límites que irremediablemente impone la economía, en términos de costos, a la aplicación de los derechos. Arango afirma que una sociedad ideal con ideal economía de mercado no demandaría derecho social alguno, mientras que bajo condiciones reales los derechos sin posibilidad efectiva de ser ejercidos carecen de valor. Defiende aquí, con Rawls, una concepción real del mercado, que puede sintetizarse básicamente en que los mercados no son naturales, sino que están conformados por instituciones, esto es, que tienen limitaciones formales e informales que atienden a los intereses de los distintos actores y que permiten la dinámica misma del mercado¹⁹.

En su lectura experta de Alexy se apoya para reconstruir el modelo general de los DSF como un modelo de ponderación en el que la carga de la argumentación privilegia la igualdad jurídica (ALEXY, 1993 / 2004), encontrando que resulta problemático respecto a la garantía del derecho al mínimo existencial. Plantea en consecuencia la necesidad de complementar el modelo general alexyano con un modelo del caso extremo, el cual invierte la carga de la argumentación en situaciones de urgente necesidad en beneficio de la igualdad fáctica. Para Mauricio García Villegas, en el mismo sentido, "En la sociedad capitalista el fundamento último de los derechos sociales se encuentra en la defensa de la libertad: los derechos sociales protegen la libertad al resguardar las condiciones materiales que la hacen posible, o dicho en otras palabras, los derechos sociales propenden por el mantenimiento de la

¹⁹ Ver también (ARANGO, 2001b: 196).

igualdad material necesaria para la libertad efectiva o libertad fáctica” (GARCÍA, 2001: 456).

Para quienes los DSF sólo son directrices políticas que consagran posibilidades y expectativas, lo sustentan en la indeterminación que impide su exigibilidad judicial y, en últimas, su reconocimiento como verdaderos derechos fundamentales. La indeterminación de los DSF se elimina con un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo. Con respecto a la justiciabilidad de los DSF su tesis central es que ésta puede justificarse a partir de un concepto evolucionado, o bien desarrollado, de derechos subjetivos, presentado en el capítulo I y fundamentado en el capítulo IV. Su hipótesis central es la siguiente: hasta hoy no se le ha podido encontrar solución satisfactoria a la pregunta sobre si hay DSF en las constituciones democráticas modernas, y si a partir de éstas se pueden fundamentar convincentemente, porque carecíamos de un concepto suficientemente evolucionado de derechos subjetivos. En sus palabras: “la justiciabilidad de los DSF puede ser justificada a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos. Un concepto evolucionado de los derechos exige comprender el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los DSF”. (ARANGO, 2001b: 186).

Su tema fundamental es la existencia jurídica de los DSF por vía de normas constitucionales explícitas o de normas

adscritas mediante interpretación. Esto remite al tema de las preguntas empíricas que tratan fundamentalmente la cuestión, abordada detenidamente en el capítulo III, de si los DSF pueden entenderse como implícitos, en las constituciones de las democracias modernas no obstante su falta de consagración expresa, lo cual merece especial atención en tanto se ha reconocido en varias oportunidades el derecho al mínimo social o mínimo vital, por medio de una interpretación constitucional sistemática²⁰.

En el último capítulo (IV) presenta tal concepto (297) que, igualmente, le asiste para otorgarle a los DSF un fundamento filosófico sólido. El concepto bien desarrollado de derecho subjetivo dice: “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” (298). Dicho concepto “reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos negativos o positivos, y a la vez incorpora en su definición los criterios para determinar su violación”. Un nuevo concepto de DSF puede formularse y justificarse con base en un concepto evolucionado de derechos. La estructura conceptual que edifica Arango para fundamentar dicho concepto, inmuniza los DSF de la objeción en torno a su indeterminación.

Fundamenta filosóficamente los DSF a partir de los modelos filosóficos que a este respecto han presentado cuatro autores importantes, exponiendo sintética e

²⁰ En Colombia, ver la ST-531 de 1992 (citada en las ST-950-04 y SC-997-04). Asimismo, destaca Arango que juristas como Herbert L.A. Hart (1973), Frank Michelman (1979), Robert Alexy (1993), Carlos S. Nino (1993) y John Rawls (1993), han reconocido un derecho al mínimo existencial por vía de la interpretación de los textos constitucionales.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

integralmente las corrientes iusfilosóficas en las que se inscriben, planteando igualmente críticas pertinentes y rigurosas a sus respectivos intentos de fundamentación.

Analiza si el concepto de DSF se encuentra sólidamente fundado a la luz de la filosofía política. Como destaca Alexy (XVI), más que justificadamente se inicia su itinerario con el filósofo recientemente fallecido John Rawls²¹, y cuya obra revolucionaria *A Theory of Justice* es amplia y justamente considerada la aportación más significativa a la filosofía política y moral contemporánea, pero también a la economía, la ciencia política y el derecho. Su extendida receptividad —a nivel disciplinar y geográfico— se encuentra manifiesta en la siguiente afirmación de su profesor asistente en Harvard, Thomas Pogge: “[*Teoría de la justicia*] trascendió las fronteras de las disciplinas y de los países, y treinta años después de su primera edición se sigue leyendo ampliamente tanto por juristas como por economistas, desde China hasta Brasil” (POGGE, 2004: 20).

Además de otros conocidos y bien rastreados cambios acometidos por Rawls en su segunda obra, *Political Liberalism*, Arango aborda una dimensión menos explorada: los DSF²². Destaca que para Rawls en *Teoría de la justicia* la distribución de riqueza e ingreso —la cual está presupuesta en el reconocimiento de los DSF— es un asunto librado al segundo principio de justicia. Los asuntos regulados bajo el segundo principio de justicia

(incluyendo el mínimo social) son de competencia del legislador. Ellos no forman parte del texto constitucional. Rawls, en esta obra, modifica su posición: “(...) así como un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos, cuentan como esencias constitucionales” (RAWLS, 1996: 265, n. 36). Con la aceptación de un “mínimo social que cubra las necesidades básicas”, Rawls acoge la tesis de Frank I. Michelman, según la cual los “derechos sociales constitucionales son parte de una constitución democrática” (RAWLS, 1996: 272). Arango señala más adelante, en contraste con el concepto de necesidades en sentido absoluto de Wiggins, que el concepto de necesidades básicas de Rawls es menos ventajoso que aquel porque excluye las doctrinas que no aceptan la concepción liberal de la persona como ciudadano (295).

Pese a esto, Arango sostiene que Rawls no hace claridad sobre si dicho mínimo social debe ser tomado como un derecho constitucional fundamental (sobre este punto deriva la crítica de Alexy). Esta irresolución de Rawls al momento de caracterizar las esencias constitucionales puede explicarse porque Rawls nunca ofreció una teoría desarrollada de los derechos. El jurista inglés H.L.A. Hart señaló que Rawls ofreció una teoría controvertida e incompleta de los derechos. (HART, 1983: 194). Fundamenta también que Rawls, lo mismo que Habermas, maneja un concepto no evolucionado de derechos subjetivos, y

²¹ Tres trabajos sobre Rawls se han publicado en Colombia después de su fallecimiento: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional, Departamento de Filosofía, 2005; Delfín Ignacio Grueso (ed.) *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Cali: Universidad del Valle, 2005; y Leonardo García Jaramillo (ed.) *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, Departamento de Filosofía, 2004.

²² Con anterioridad a la publicación de la versión castellana de la obra que reseñamos, Arango analizó el tema en el seminario *Con Rawls y contra Rawls*, ofrecido en la Universidad Nacional de Colombia en marzo y junio de 2002.

al respecto escribe: “la indecisión en la caracterización de los *constitutional essentials* como derechos fundamentales se origina en que Rawls carece de un concepto claro de derechos subjetivos, así como de derechos fundamentales” (252). A la tesis de Habermas en particular, le plantea una crítica importante que versa sobre la posición ambivalente que sostiene respecto a si las constituciones democráticas modernas deben presuponer el reconocimiento de los DSF. Esta ambivalencia proviene de un concepto demasiado estrecho de derecho subjetivo (261). Sustenta Arango que los derechos subjetivos son derechos negativos, lo cual resulta contrario al sistema de derechos presentado por el sociólogo de Dusseldorf.

Este defecto en ambos autores, señala Arango, afecta el sistema de derechos que proponen para regular la vida en sociedad bajo un sistema jurídico-positivo legítimo.

En relación con la crítica temprana a Rawls, es abordada la objeción a Frank Michelman. Para Arango, el profesor norteamericano en su teoría justifica de forma insuficiente cómo es posible dar el paso de la importancia de un estado de cosas objetivo (situación fáctica), al reconocimiento de un supuesto de hecho normativo (posición normativa), o sea, la manera en que se pretende superar la separación entre ser y deber ser en la fundamentación de los derechos.

El siguiente autor en la agenda de repaso y crítica es su director de investigación y quien prologa el libro que reseñamos. Arango sostiene que en el modelo alexyano resulta enigmático cómo se puede llevar a priori a la aceptación de los DSF mínimos. Exige igualmente un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo (275).

El filósofo alemán Ernst Tugendhat es abordado en cuarto lugar. Para Tugendhat, desde una perspectiva moral imparcial, los DSF no se sustentan en el concepto de libertad, sino en el de las necesidades, con referencia permanente a la idea de dignidad humana; planteamiento que hace al modelo tugendhatiano “postmetafísico”. Destaca Arango la claridad conceptual en su uso del concepto de derechos subjetivos, pero le critica que su fundamentación filosófica de los DSF tiene la debilidad de no distinguir entre necesidades objetivas e intereses subjetivos como base de los derechos y la indeterminación de la relación entre necesidades y derechos (286).

La propuesta teórica de David Wiggins es enseñada en último lugar. Mediante un concepto normativo de necesidades absolutas, Wiggins se basa a la vez en el concepto del daño que se concreta en caso de la no satisfacción de las necesidades absolutas. No relaciona convincentemente las razones para derechos (necesidades en sentido absoluto) y los derechos abstractos (moral social) (296).

Después de una exposición ilustrada de estos autores y sus modelos filosóficos respecto a los DSF, el profesor Arango plantea su propio modelo que pretende superar las debilidades de los anteriores, procurando cimentar el concepto de DSF sobre un “concepto bien desarrollado de derecho subjetivo”. En la Introducción presenta una primera formulación del 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” (2) y en este capítulo lo define como: “la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no

reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al titular (derecho definitivo concreto)” (XVIII). El derecho *prima facie*, como esclarece Alexy (XVIII), es aquel cuya posición normativa que pretende reconocerse se apoya en una razón válida, pero el derecho definitivo se consolida cuando la razón válida logra ser, además, suficiente, lo cual se determina por medio de la ponderación, definida por Eduardo Cifuentes al interior de nuestro constitucionalismo, como el método primordial en el análisis constitucional que consiste en permitir que los argumentos encontrados “dialoguen”, explorar sus diferentes posibilidades y dejar que la mejor solución posible caiga de su propio peso, por lo que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación²³.

Se trata en este capítulo de preguntas normativas, planteándose la cuestión de si con la fundamentación los DSF tienen validez universal desde la perspectiva de la filosofía moral y si su institucionalización constitucional es necesaria para referirnos con propiedad a Estados Democráticos y Constitucionales modernos (2).

La tradición que más conozco (o menos desconozco) y comparto, y en la cual quisiera inscribir—no encasillar— el libro de Arango, es en lo que se ha denominado en estos trece años de regencia de la Constitución política de 1991 y gracias al papel de la Corte Constitucional en la creación y desarrollo del derecho²⁴, el “nuevo derecho”. Consideraciones teóricas que acogeré antes de concluir.

El concepto de derechos sociales fundamentales en el ‘nuevo derecho’ en Colombia

“La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...) El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como las matemáticas, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas”. Oliver W. Holmes²⁵

Con la expresión ‘nuevo derecho’ se ha referido en Colombia, fundamentalmente desde la expedición de la Constitución del

²³ Dentro de las críticas que ha recibido la concepción de los principios de Alexy, para Manuel Atienza, ésta no le permite dar cuenta adecuadamente de la ponderación (esto es, a no poder establecer correctamente un orden interno entre los principios que permita “racionalizar” la operación) y a una insuficiente articulación de la dimensión instrumental y moral que caracteriza a la argumentación jurídica. Alexy responde las objeciones fundamentales que ha recibido su concepción de los Derechos Fundamentales como principios que encierran un mandato de optimización (ALEXY, 2004), así como la ponderación como método inexcusable para la aplicación de este tipo de normas. Ver también el “Postfacio” a la edición castellana de la *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 289 - 318.

²⁴ Ver la *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, No. 15. “El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y desarrollo del derecho”. Bogotá, (dic.) 2002.

²⁵ Oliver W. Holmes. 1897. *The Path of the Law*. Bedford: Applewood. Publicado originalmente en: *Harvard Law Review* No. 10.

²⁶ La noción de Luis Recasens Siches de la “Lógica de lo razonable”, por ejemplo, fue implantada en nuestro sistema por la Corte Constitucional en ST-406/92 y ST-322/96, ver también, Jaime Bernal – Eduardo Montealegre, “De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable”, en: *El proceso penal: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 5ta ed., 2004, pp. 234 - 236; (LÓPEZ, 2004, «“Jueces valientes” y “Jueces timoratos”»).

91, a una serie de trasplantes iusteóricos²⁶, además de los conocidos trasplantes dogmáticos como leyes o códigos, y a la difusión y consolidación de argumentos de corte anti-formalista e ideologías anti-tradicionales que hacen uso constante de lecturas transformadoras de la Teoría Transnacional del Derecho²⁷ como crítica a la cultura jurídica preponderante, relacionadas esencialmente con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación de derecho, la relación derecho-sociedad, el carácter vinculante de los principios, entre otros.

Afirma Diego López Medina que “Como movimiento intelectual, su influencia ha crecido de la mano de la utilización en aumento por parte de los ciudadanos de la acción de tutela como forma de protección de sus derechos fundamentales. Se le percibe en términos políticos como un movimiento particularmente comprometido con el ideal del estado social de derecho y, por tanto, con una estructura de derechos fundamentales que, preservando los derechos liberales, extiende también los derechos sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado” (LÓPEZ, 2004: 439 - 440). Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica se

implantó y fortaleció por la labor vanguardista y progresista de la Corte Constitucional, y por el destacado papel de algunas academias jurídicas nacionales (o más precisamente digamos “capitalinas”, en el sentido de Rafael Gutiérrez Girardot²⁸) donde se empezó a publicar a principios de los 90s una importante literatura, propia o por traducciones, que importaba y adecuaba nuevos abordajes iusteóricos que influyeron también en la modernización de los programas de derecho.

Se constituye respecto a Colombia y Latinoamérica, a través de una renovada versión de diversas tendencias transnacionales que se desarrollaron en países como Francia, Alemania, España y Estados Unidos, particularmente, de la teoría de Kelsen y la recepción de iusteorías transnacionales²⁹, pero que fueron postuladas para sociedades con democracias más evolucionadas que la nuestra, industrializadas y, por sobre todo, como su pretensión no fue hacerse extensibles a sociedades de una inestabilidad social como la colombiana, con economías capitalistas incipientes, caracterizada además por altos niveles de desigualdad y subdesarrollo, encuentro precisamente en esto una de las mayores ventajas del sistemático estudio de Arango,

²⁷ Aludimos a la Teoría Transnacional del Derecho, en el sentido de Diego E. López, para referirnos a los “países prestigiosos”, que son los “sitios de producción” que generan y practican una T. T. del D.

²⁸ Ver, Rafael Gutiérrez Girardot, “La cultura de viñeta” y “La historia universal desde la Sabana”, en: *Manual de historia de Colombia*. Bogotá: Colcultura, 1980, T. III.

²⁹ El realismo jurídico, particularmente en su vertiente norteamericana (Holmes, Cardozo, Pound, Frank); la revitalización de la tópicia jurídica (Viehweg); la hermenéutica, en el sentido técnico de la modernidad a partir del siglo XIX (Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer, Ricoeur); la neo-retórica (Perelman); la analítica positivista de Hart, y su influyente reformulación del positivismo con fundamento en el análisis lingüístico y en la descripción sociológica; el resurgimiento del pensamiento político liberal en el liberalismo social-progresista de Rawls; la propuesta jurídico-democrática de Habermas; el cambio en el paradigma interpretativo del derecho de Dworkin y sus críticas al liberalismo político mediante su ‘liberalismo igualitario’; los derechos fundamentales de Alexy; la teoría de la argumentación jurídica (Alexy, Toulmin, MacCormick, Aarnio, Peczenik, Atienza) y la escuela de los Principios Generales del Derecho (Dworkin, MacCormick, Peczenik y Wellman).

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

ya que dicho influjo debe concebirse y fortalecerse, más que mediante su adopción: mediante su *adaptación* al contexto de nuestra sociedad, por lo que percibo la publicación de este libro como un acontecimiento formativo para la propia concepción de la filosofía del derecho y el derecho constitucional de nuestro país, máxime en un “ambiente hermenéutico pobre” (LÓPEZ, 2004: 17) como el colombiano, presupuestos epistemológicos como los acometidos por Arango, permiten realizar lecturas locales de los DSF y establecen aportes singulares para adelantar fructífera y competentemente una discusión no pocas veces descontextualizada y mal detallada.

Si bien es cierto que muchas veces la teoría o la filosofía del derecho es solipsista y auto-referenciada, es más cierto que, como casi indiscutiblemente se reconoce, el nuevo derecho revitalizó los temas y problemas de la filosofía del derecho en las decisiones de los jueces y en nuestra propia concepción de todo el fenómeno de lo jurídico. Se le añadió así una verdadera dimensión práctica que posee una particular repercusión en el influjo teórico y dogmático de los planteamientos iusfilosóficos transnacionales en torno a la protección e interpretación de los derechos, especialmente. Respecto a la relación de los filósofos con los jueces, escribe Ronald Dworkin, en *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?*³⁰: “Los jueces y los filósofos no comparten simplemente temas y asuntos que aparecen en ambas disciplinas, tal como sucede con astrónomos y astrólogos. Por el contrario, los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos; ambas profesiones apuntan más

exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresa nuestra moralidad política reinante y nuestro derecho orgánico”.

En este orden de ideas, la obra de Arango participa, como muy pocas en un medio académico como el colombiano, en un paradigma como el que sustenta el nuevo derecho, que rehuye a la pasiva e irreflexiva forma de concebir el derecho donde muchas veces no se ve la necesidad de ampliar los horizontes de los estudios jurídicos más allá de los límites de una dogmática jurídica de muy corto vuelo intelectual. El estudio de nuestra disciplina, como sustentamos y como podemos colegir de la obra de Arango, no puede marginarse de aquellas dimensiones que articuladas con la normativa le son propias, dimensión que se acoge en toda la precitada investigación, y aunque no es este el lugar para extenderse en consideraciones sobre la materia, si reiteramos la necesidad de una visión alternativa que remedie una difusa pero creciente sensación de malestar e inconformidad hacia los métodos dominantes en la actual forma de concebir y enseñar el derecho, pues a diferencia de los métodos clásicos, no se limita al estudio de los problemas derivados de las meras relaciones entre leyes, ya que con igual atención debe incorporar el recurso a la teoría jurídica y la interdisciplinariedad y, de manera especial, a una jurisprudencia constitucional que resuelve los casos a partir de los cuales se establecen límites entre los principios y la obligatoriedad de los derechos de las personas.

³⁰ Ronald Dworkin. 2000. *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?* New York Council for the Humanities, Scholar of the Year Lecture.

Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1973³¹ en la que se decidió sobre la validez de la creación judicial de derecho en contra del texto mismo de una ley, le asiste a Arango para referirse al papel activo del juez en la determinación de si en un caso concreto debe pronunciarse en favor de un derecho fundamental interpretativamente construido (126, n. 38). Deseo hacer alusión a un breve pero fundamental apartado de dicha sentencia, pero en vez del activismo judicial que destaca Arango, como sustento a la denuncia de la concepción irreflexiva y unilateral del derecho: “*El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial*”³². A la Corte Constitucional le resulta en el mismo sentido indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual “el derecho no se agota en las normas”³³.

A manera de conclusión

En las 380 páginas de esta obra uno se encuentra ante una estructura intelectual

construida con el mayor rigor científico y dominio, donde se circunscribe un proyecto ambicioso que procura realizar un aporte a la estabilidad de las democracias constitucionales modernas. Plantea una teoría de los DSF *hoy* que constituye una respuesta académica a la urgencia de desarrollar modelos teóricos y de satisfacer las imperativas exigencias de conceptualización, que resulta más propicia para el estudio y la evaluación de sociedades “no bien ordenadas” (parodiando una bien conocida expresión de J. Rawls), aportando a tal contexto una comprensión más sofisticada de la forma en la que discutimos los asuntos de los que trata su obra, propendiendo así por aumentar en Colombia la conciencia sobre la fundamentación y protección de los DSF.

Defensor radical y profundamente comprometido con la exigibilidad de los DSF, Arango instaura un original y refinado modelo de decisión judicial que puede llevarse a la práctica y permite no sólo el reconocimiento sino también la justiciabilidad de los DSF, lo cuales adquieren autonomía como derechos fundamentales y se faculta a los jueces para protegerlos directamente sin depender del desarrollo legal.

³¹ En el fallo “Soraya”, esta princesa divorciada del último sha de Irán, demandó a un semanario alemán por publicar una entrevista adulterada y en la cual se incluían aspectos privados de su vida, lo cual, afirmaba, vulneró su derecho a la personalidad. El Tribunal de Justicia Federal falló a su favor y le concedió una cuantiosa indemnización. Lo particular de este caso es que no se encontraba dentro de los casos que *explícitamente* contiene la legislación civil alemana (Código Civil -BGB- art. 253) que facultan al juez para conceder indemnizaciones monetarias por daños inmatereales (morales). El fallo fue ratificado en segunda instancia por el Tribunal Constitucional Federal.

³² BverfGE 34, p. 269 (286 y ss.) Énfasis añadidos.

³³ SC-479/92. Ms. Ps.: José Gregorio Hernández – Alejandro Martínez C.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

No sólo el libro que reseño sino toda su obra³⁴, sienta incluso bases metodológicas propicias para adelantar discusiones y fructíferos intercambios de ideas mediante una dialéctica constructiva e imaginación renovadora en nuestra propia cultura jurídica. A todos sus potenciales lectores, amigos y discípulos nos estimula con su trabajo a creer que vale la pena trabajar tenazmente por un proyecto, por una idea, que el esfuerzo en la difícil tarea de la investigación y la teoría en un medio caracterizado por el legalismo y la codificación respecto a la concepción del derecho, pero especialmente por el estudio de un área que, como los derechos fundamentales, es de una dolorosamente acuciante vigencia en un país como el nuestro que está, como describe Arango en un ensayo anterior, en “bancarrotas moral y política”³⁵.

Sus análisis de las condiciones bajo las cuales perseguimos las grandes cuestiones de la vida en una sociedad democrática y pluralista, no sólo ayudan al conocimiento crítico de uno de los más significativos temas contemporáneos, sino que permiten que esta controversia pueda darse en esquemas abiertos y constructivos. Promoverá fructíferas discusiones no sólo en el campo de la teoría de los Derechos Fundamentales, sino también en los de la filosofía del derecho y el derecho constitucional en su más distinguida tradición. Las condiciones teóricas de posibilidad de la realización de los DSF que establece en su investigación, tendrán enorme influencia en el futuro en la manera como se entiende y se debate la teoría

de los derechos fundamentales, por lo que no resulta exagerado afirmar que Arango contribuye singularmente a la definición de la agenda de discusión, investigación y producción en los terrenos de la teoría los derechos fundamentales, no sólo en Colombia, sino en otros países latinoamericanos, en los Estados Unidos y Alemania, donde es continuamente invitado.

Si bien es de justicia advertir que impone de plano una cierta familiaridad con autores, sistemas e iusteorías transnacionales y exige una serie de conocimientos jurídicos y filosóficos, antes que desmotivar su lectura, es una sugestiva invitación para adentrarse rigurosa y críticamente en los principales debates contemporáneos en las áreas mencionadas anteriormente en las que se inscribe su obra, que más que mercedamente debe leerse, estudiarse y enseñarse, no sólo por los teóricos, sino también por los practicantes del derecho, tanto para aplicar sus enseñanzas, como para buscar razones que permitan apartarse de ellas. Es por esto inexcusable que unos y otros no se familiaricen con esta obra, y aspiro en éstas páginas haber transmitido con sinceridad y claridad la imperante necesidad de hacerlo, y como su planteamiento me parece una más interesante contribución en este escenario, le doy la palabra no sin antes agradecerle por haber dispuesto del tiempo que no tenía, para acompañarnos en esta jornada, a ustedes su asistencia y muy bienvenido *El concepto de derechos sociales fundamentales*.

³⁴ La cual se encontraba antecedida por un material académico voluminoso y erudito, dedicado al análisis los DSF desde la perspectiva de los derechos subjetivos y su protección nacional e internacional, los derechos constitucionales, la teoría jurídica y de la democracia, la filosofía política, del mínimo vital desde su importancia como índice de justicia entre particulares. De su autoría es la primera conceptualización y sistematización realizada en Colombia del mínimo vital en la jurisprudencia constitucional, donde también presenta por primera vez las subreglas constitucionales desarrolladas por los jueces al respecto.

³⁵ Rodolfo Arango, “La responsabilidad colectiva ante la crisis moral y política colombiana”, en Rubén Sierra M. – Alfredo Gómez M. (eds.) *La filosofía y la crisis colombiana*. Bogotá: Taurus, p. 29.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
2004. *Epílogo a la "Teoría de los derechos fundamentales"*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ABRAMOVICH Victor – COURTIS Christian. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta. Prólogo de Luigi Ferrajoli.
- ARANGO R., Rodolfo. 1994. "El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional", en: *Revista de Derecho Público*. No. 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (nov.) Bogotá.
1997. "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en: *Pensamiento Jurídico*. No. 8. Universidad Nacional, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- 1999a *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes.
- 2001a "El mínimo vital como índice de justicia entre particulares", en: VV.AA. *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Legis / Universidad de los Andes, Observatorio de justicia constitucional.
- 2001b "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", en: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.
- 2001c "Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales", en: M. A. Alonso – J. Giraldo (eds.) *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- 2002a "Realizing Constitutional Social Rights Through Judicial Protection", en: *Beyond Law*. Issue 25, *Re-Imagining Justice*, New York.
- 2002b "Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial", en: *Otras miradas de la justicia*, El Otro Derecho, No. 28, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, Bogotá.
- 2003a "Derechos, justicia constitucional y democracia", en: Miguel Rujana Q. (Comp.) *Teoría jurídica. Reflexiones críticas*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- 2004 *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2005a "John Rawls y los derechos constitucionales", en: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- 2005b *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis / Universidad Nacional.
- LEMAITRE, Julieta. 2002. "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital", en: *Estudios ocasionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

GARCÍA V., Mauricio. 2001. "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", en: Mauricio García V. – Boaventura de Sousa S. (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del hombre *et al.* T. I, Cap. IX.

HART, Herbert L.A. 1973. "Bentham On Legal Rights", en: *Oxford Essays in Jurisprudence*. A.W.B. Simpson (ed.) Oxford: Clarendon Press.

1983. "Utilitarianism and Natural Rights", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon press, 2nd ed.

LÓPEZ M., Diego E. 2004. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis / Uniandes.

MICHELMAN, Frank I. 1979. "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", en: *Washington University Law Quarterly*. No. 3.

NINO, Carlos S. 1993. "On Social Rights", en: Aulis Aarnio - Stanley Paulson - Ota Weinberger - Georg H. Wright - Dieter Wyduckel (eds.) *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Berlin: Duncker - Humblot.

POGGE, Thomas. 2004. "El encanto del libro verde", en: Leonardo García J. (ed.) *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, Departamento de Filosofía.

RAWLS, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap press of Harvard University press, 1971.

1996. *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica.

ORIENTACIONES A LOS AUTORES PARA LAS PUBLICACIONES QUE SE REALICEN EN LA REVISTA JURÍDICAS

La Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas del Programa de Derecho de la Universidad de Caldas, se encuentra orientada a la publicación de artículos originales que correspondan a resultados o avances de proyectos de investigación, artículos de reflexión relacionados con los desarrollos de la ciencia jurídica, traducciones y reseñas bibliográficas. En el primer caso, generalmente se utiliza una estructura que contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

La Revista, que publicará dos números anuales, pretende contribuir así con la difusión del estado actual del conocimiento jurídico en los ámbitos de lo regional, nacional e internacional, representando aportes a la construcción y consolidación de la materia, razón por la cual los artículos publicados deben ser de alta calidad científica y editorial.

Requisitos técnicos

El ensayo inédito deberá enviarse al Centro de Investigaciones en versión definitiva, impreso y acompañado de una copia en medio magnético (diskette, CD o correo electrónico) en formato Word. Se reciben artículos en español e inglés.

No podrá superar las 20 páginas de extensión, tamaño carta, a espacio y medio, dejando un margen en los cuatro bordes de 2,5 cm.

Las páginas se deberán numerar en el ángulo inferior derecho, empezando por la

página del título. Fuente: Times New Roman o Ariel, a 12 puntos; 10 puntos en notas al pie.

Después del título del artículo y el nombre completo de su(s) autor(es), se debe incluir un Resumen del ensayo en español e inglés, no mayor a 150 palabras, que describa los propósitos del estudio o investigación. A renglón seguido, 5 palabras clave y Key Words.

Se deberá anexar al artículo un resumen de la hoja de vida de su(s) autor(es) donde se indique sus títulos, filiación institucional y publicaciones.

Los gráficos, cuadros y fotografías deben ir anexos al artículo indicando el lugar donde se pondrá dentro del texto, ubicando claramente la(s) fuente(es) correspondiente(s).

Las **referencias bibliográficas** se ubicarán dentro del texto, no en nota al pie, de la siguiente manera: primer apellido del autor en mayúscula sostenida, año de publicación de la fuente citada seguida de dos puntos y página(s). Ejemplo (ARANGO, 2005: 190).

Todas las fuentes citadas, además de las secundarias que estime relevante, se deben indicar en la **bibliografía**, así: apellido en mayúscula, nombre del autor en minúscula; año de publicación; título en cursiva si es libro o entre comillas si es de revista o capítulo de libro, caso éste en el que debe citarse la fuente proveniente en cursiva; lugar de publicación; editorial del libro o número de la revista.

ARANGO, Rodolfo. 2005. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia.

MEJÍA, Óscar. 1997. *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes.

– 2002 “Dominación y exclusión en la Constitución de 1991”, en: *Revista Palimpsestus* No. 2, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional. Bogotá.

Las referencias provenientes de Internet, deben indicar los datos del artículo como si fuera artículo de revista y luego incluir la palabra, ‘en’ seguida de dos puntos, y la dirección electrónica de donde proviene el ensayo.

Las referencias de sentencias deberán citarse así: país, organismo judicial, sala o sección, tipo de providencia y número, fecha del fallo, magistrado(s) ponente(s) y número de expediente.

Los artículos de periódicos se indicarán así: apellidos y nombre del autor, título del artículo entre comillas, nombre del periódico en cursiva, sección, ciudad, fecha y número de página.

Evaluación calificada por árbitros competentes anónimos (evaluación por pares)

Siguiendo los parámetros establecidos por COLCIENCIAS, los ensayos sometidos a revisión con miras a publicarse en *Jurídicas*, se enviarán a pares externos para la evaluación, en la que constará la calidad y originalidad del documento.

La Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas costea la edición, publicación y distribución de la misma. Los autores, por su parte, inmediatamente acceden a la publicación de su escrito, ceden los derechos patrimoniales de autor. Cualquier intención contraria deberá ser expresamente manifestada al editor.