

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/337745725>

# Derechos sociales y proporcionalidad: aproximaciones conceptuales y metodológicas a partir de la jurisprudencia constitucion....

Chapter · December 2019

CITATIONS

0

READS

25

1 author:



**Enán Arrieta Burgos**

Universidad Pontificia Bolivariana

53 PUBLICATIONS 46 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Estudios sobre el poder y la violencia [View project](#)



Perspectivas y retos del Derecho Penal y Procesal Penal en la sociedad contemporánea [View project](#)

# **DERECHOS SOCIALES Y PROPORCIONALIDAD: APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Enán Arrieta-Burgos.

Abogado, especialista en derecho procesal y doctor summa cum laude en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana, con estancia de investigación posdoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Actualmente se desempeña como profesor asociado e investigador del Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: [orcid.org/0000-0001-7877-7715](https://orcid.org/0000-0001-7877-7715).  
Dirección de correo electrónico: [enan.arrieta@upb.edu.co](mailto:enan.arrieta@upb.edu.co).

## **INTRODUCCIÓN**

Los avances, estancamientos y retrocesos institucionales del Estado Social pueden juzgarse, en términos políticos y morales, en diferentes sentidos. Las eternas y numerosas discusiones que

se presentan sobre esta materia se deben a que, a fin de cuentas, las diferentes posiciones descansan en preferencias o juicios de valor. Con todo, si bien es difícil proponer un debate argumentativo orientado a posibilitar un consenso, no por ello la deliberación debe hacerse a un lado. Es necesario reconducir el debate hacia aquellos campos que, sin desconocer el trasfondo ideológico del problema, solo acepten argumentos controlables.

La teoría del derecho es uno de estos campos. Las polémicas que se han suscitado, recientemente, alrededor de la naturaleza de los derechos sociales y sus instrumentos de aplicación, dan cuenta de que, en el contexto jurídico, no existe una posición dominante. La ausencia de un criterio pacífico que permita el entendimiento y uso de los derechos sociales se debe, entre otras razones, a un problema ideológico. Aunque ello sea así, en el campo jurídico el debate no es reductible a problemas de corrección o conveniencia, con lo cual, el escenario jurídico solo admite medios de persuasión que puedan ser verificados y refutados desde el punto de vista normativo.

Dicho esto, este capítulo tiene por objeto analizar los desarrollos teóricos de la ciencia del derecho referidos, particularmente, a los derechos sociales. Estos desarrollos teóricos permiten soportar tanto los avances como los retrocesos del Estado Social. Nuestro marco de comprensión viene dado por los aportes que la Corte Constitucional de Colombia ha hecho a este respecto, fundamentalmente a propósito de la concepción de los derechos sociales como derechos fundamentales y, adicionalmente, en torno a su aplicación a través del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, para desarrollar esta propuesta de trabajo, en primer lugar, bosquejaremos una breve aproximación al tratamiento de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional colombiana. En un segundo momento exploraremos cómo la Corte Constitucional ha aplicado los derechos sociales en algunos casos concretos, haciendo uso del principio de proporcionalidad como herramienta de justiciabilidad. De lo anterior, y a manera de conclusión, problematizaremos el entendimiento

conceptual de los derechos sociales como principios jurídicos, así como el uso que se ha hecho del principio de proporcionalidad para evaluar en qué eventos un retroceso es admisible y cómo pueden concretarse los derechos sociales.

Para cerrar esta introducción, vale la pena expresar algunas palabras sobre el discurrir investigativo. Este capítulo es resultado de un proceso de investigación que adoptó el paradigma hermenéutico. Se trata de un estudio que conjuga la teoría del derecho con la dogmática jurídica, en este caso, con la dogmática constitucional<sup>1</sup>. En consecuencia, nuestro propósito es exponer los fundamentos teóricos que le han servido a la Corte Constitucional colombiana, a partir de la interpretación que ha hecho de la Constitución Política y del derecho internacional de los derechos humanos (bloque de constitucionalidad), para delimitar el alcance de los derechos sociales, evaluar sus posibles retrocesos y aplicar métodos orientados hacia su concreción.

## **DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿SON ADMISIBLES LOS RETROCESOS?**

Los derechos fundamentales, como lo ha puesto de presente Pérez Luño, son aquellos derechos humanos que, además de estar reconocidos en el derecho positivo de un determinado Estado —habitualmente en su Carta Constitucional—, gozan de una tutela jurídica reforzada<sup>2</sup>. La distinción entre derechos humanos de primera, segunda, tercera y hasta cuarta generación hace tiempo que dejó de ser útil para explicar el carácter fundamental de un conjunto de estos derechos en oposición a otro. Desde la Declaración

---

<sup>1</sup> SOLANO, Henry. *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2016.

<sup>2</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

y el Programa de Acción de Viena de 1993, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos<sup>3</sup> hace que toda alusión al desarrollo generacional de estos derechos solo sea útil para explicar, en términos históricos, el proceso de positivación, mas no para jerarquizar la importancia de un derecho en relación con otro.

Por lo anterior, desde comienzos del nuevo milenio, la Corte Constitucional de Colombia abandonó la idea, según la cual, los derechos de segunda y tercera generación solo podían ser objeto de protección vía acción de tutela o “solicitud amparo constitucional”, en tanto que derechos fundamentales, siempre y cuando tuviesen una relación de conexidad con las libertades civiles y políticas de primera generación. En ese entonces era común hablar de derechos fundamentales conexos para referirse a algunos derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, en la Sentencia T-227 de 2003, entre otras, el Tribunal Constitucional asumió una premisa distinta: todo derecho constitucional es fundamental y, por ende, tutelable, si puede traducirse en una obligación subjetiva de exigibilidad inmediata dirigida, funcionalmente, a posibilitar el logro de la dignidad humana<sup>4</sup>. Además, si, en torno a él, existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o normativos sobre su naturaleza iusfundamental<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> CARPIZO, Jorge. Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. En: *Cuestiones Constitucionales*, 2011, no 25, p. 3-29.

<sup>4</sup> Si se quiere, la tesis de la conexidad sigue estando presente, pero circunscrita a que el derecho en cuestión alimente, funcionalmente, el contenido de la dignidad humana. Algunos, incluso, sostienen que no es cierto que la Corte haya abandonado por completo la tesis de la conexidad, al punto que, con posterioridad a 2003, algunas salas de revisión de tutelas del Tribunal Constitucional han seguido haciendo uso de esta postura. Para una crítica a la tesis de la conexidad puede verse: OLARTE-BACARES, Diana; GONZÁLEZ-JÁCOME, Jorge. La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales-DESC. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, 12, pp. 253-299.

<sup>5</sup> La innovación no se redujo al escenario judicial. A nivel legislativo, por ejemplo, la Ley 1751 de 2015 definió la salud como derecho fundamental autónomo e irrenunciable.

Así las cosas, el contenido jurídico del concepto de dignidad humana es clave para determinar el carácter fundamental de cualquier derecho. El sentido normativo de la dignidad humana, entendida como valor fundante del Estado, principio constitucional y derecho fundamental, fue precisado por la Corte Constitucional, desde la Sentencia T-881 de 2002, de modo que esta comprende: (i.) la libertad de elegir un modo de vida y actuar conforme con este diseño vital (vivir como se quiera), (ii.) la satisfacción de ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien) y (iii.) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física y moral del individuo, en tanto que este es considerado como un fin en sí mismo (vivir sin humillaciones)<sup>6</sup>.

Bajo este horizonte de sentido, los derechos sociales podrían definirse como derechos subjetivos a prestaciones fácticas y, principalmente, positivas, a cargo del Estado<sup>7</sup>. De esta delimitación conceptual se derivan algunas características.

En primer lugar, los derechos sociales no son simples contenidos morales o políticos de carácter aspiracional. Son, en verdad, mandatos normativos que pueden asumir la forma de reglas, pero que, generalmente, se conciben como principios. Incluso si se piensan como normas-reglas, a estas les subyacen normas-principios, con lo cual esta última caracterización conceptual resulta más apropiada. En este sentido, los derechos sociales, incluso los fundamentales, son derechos relativos.

En segundo lugar, aunque poseen una dimensión negativa o de defensa, en ellos se destaca una faceta positiva o prestacional<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> En similar sentido, la doctrina ha expresado que: “la dignidad humana supone el valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos, que tiende a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. Entraña no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo” PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 318.

<sup>7</sup> ARANGO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. En: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. *Hacia un inconstitucionale commune en América Latina* (Armin von Bongandy y otros, coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 17-34.

<sup>8</sup> En contra del entendimiento de los derechos sociales como derechos de prestación puede verse: NÚÑEZ, José. Estado constitucional de derecho y ponderación: hacia la superación de la

como quiera que el Estado no solo debe abstenerse de desconocerlos, sino que, más aún, los principales problemas jurídicos sobre su exigibilidad pasan por su efectiva realización<sup>9</sup>. Si se quiere, no existe una distinción radical entre las obligaciones que se siguen de los llamados derechos civiles y políticos en comparación con aquellas que se siguen de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>10</sup>. De esta manera, de todo derecho humano se siguen tanto obligaciones negativas como positivas. Por esta razón, algunos autores como Shue<sup>11</sup> o Van Hoof<sup>12</sup> optan por diferenciar cuatro niveles de exigibilidad de las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos y que se encuentran a cargo del Estado, tanto en su dimensión positiva como negativa, así: *respetar* los derechos humanos, *proteger* las transgresiones que provengan de terceros, *asegurar* que el titular del derecho pueda acceder por sí mismo a este y *promover* condiciones para su satisfacción efectiva.

En tercer lugar, algunos derechos sociales son fundamentales sí, de su dimensión negativa o positiva de naturaleza constitucional, pueden desprenderse obligaciones subjetivas de aplicación inmediata orientadas, funcionalmente, hacia la satisfacción de la dignidad humana<sup>13</sup>. Dependiendo del caso en concreto, encontra-

---

falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. En: *Vniversitas*, 2014, 63(128), pp. 153-172.

<sup>9</sup> ARANGO, Rodolfo. Derechos sociales. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Jorge Fabra y Verónica Rodríguez, eds.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 1677-1711.

<sup>10</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En: *La protección judicial de los derechos sociales*, pp. 3-29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

<sup>11</sup> SHUE, Henry. *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

<sup>12</sup> VAN HOOFF, Godefridus. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal Some Traditional Views. In: *The Right to Food* (Alston & Tomaveski eds.). Dordrecht: Nijhoff, 1984, pp. 97-110.

<sup>13</sup> Una definición, coincidente con la anterior, es: “los derechos sociales fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular a, que representa a una persona física; un sujeto destinatario b, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto A<sub>pr</sub> que simboliza una acción positiva fáctica” DE FAZIO, Federico. El

mos, así, derechos sociales fundamentales autónomos como la alimentación, el agua, la salud, la vivienda, el trabajo, la seguridad social, la educación, entre otros<sup>14</sup>.

En cuarto lugar, la faceta prestacional de exigibilidad progresiva de los derechos sociales, si bien no puede exigirse vía acción de tutela o solicitud de amparo constitucional, no por ello puede ser ignorada por parte del Estado. En el contexto de América Latina, los tribunales constitucionales de Colombia, Perú, Costa Rica y Chile han sido particularmente activos a la hora de evaluar la eficacia de las políticas, los planes y los programas sociales a través de los cuales se hacen efectivos, progresivamente, los derechos sociales<sup>15</sup>. Se trata, pues, como señala Bernal, de un ejercicio de contrapeso frente al hiperpresidencialismo que caracteriza nuestras democracias. Así, por ejemplo, para el caso colombiano, las atribuciones que la Corte Constitucional se ha dado en materia de protección de derechos sociales, al igual que la figura del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), revelan que, en nuestro país, el Tribunal Constitucional dejó de concebirse como un simple legislador negativo al estilo kelseniano, y pasó a convertirse, por exceso, en un hacedor de políticas públicas.

En este punto cobra importancia el principio de progresividad de los derechos humanos, del que se sigue una prohibición,

---

concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. En: *Revista Derecho del Estado*, 2018, (41), p. 192.

<sup>14</sup> A nivel doctrinal la discusión se ha planteado en torno a un número significativo de derechos que, aunque no se encuentran positivados expresamente como derechos sociales, sí podrían asumir la estructura funcional de estos derechos. Por ejemplo, sobre el alcance normativo del derecho al agua puede verse: SÁNCHEZ-BRAVO, Álvaro. Injusticia ambiental y derecho humano al agua. En: *Justicia y medio ambiente* (Álvaro Sánchez ed.). Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, pp. 151-169; SÁNCHEZ-BRAVO, Álvaro. Hacia un reconocimiento del agua como derecho humano universal. En: *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2017, 8(3), pp. 220-238. También, por ejemplo, se afirma que los derechos de los consumidores son derechos sociales. Al respecto véase: HERRERA, Belina. La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales. En: *Civilizar*, 2013, vol. 13, no 25, p. 33-48.

<sup>15</sup> BERNAL, Carlos. Los derechos constitucionales sociales en América Latina. En: *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica* (C. Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018b, pp. 169-194.

*prima facie*, de regresividad. En consecuencia, una vez se ha logrado un determinado nivel de satisfacción de un derecho, todo retroceso debe juzgarse sospechoso desde la perspectiva constitucional<sup>16</sup>. Ahora bien, el manto de sospecha puede ser despejado si la afectación al nivel de satisfacción de un derecho social supera el denominado “test de no regresividad”, también conocido como “test de progresividad” y, más propiamente hablando, “test de proporcionalidad en materia de regresividad de derechos sociales”<sup>17</sup>.

Sobre este particular es necesario ahondar. El test de proporcionalidad aplicado para evaluar si el retroceso que incide en la satisfacción del derecho social se encuentra justificado supone un ejercicio que puede descomponerse en tres pasos. Para comenzar, es necesario determinar si el instrumento normativo objeto de análisis constitucional modifica, negativamente, el estado de cosas normativo que caracteriza a un derecho social, bien sea porque cercena su ámbito de protección, disminuye los recursos públicos destinados para su concreción, aumenta su costo de realización o retrocede, por cualquier vía, en su nivel de satisfacción<sup>18</sup>. A renglón seguido, debe verificarse si la modificación normativa afecta “contenidos mínimos intangibles” del respectivo derecho social<sup>19</sup>, los cuales han de determinarse en cada caso concreto<sup>20</sup>. Finalmente, si, en efecto, la medida es regresiva y lesiona contenidos mínimos, es preciso evaluar si se encuentra o no justificada. Si no

---

<sup>16</sup> La mayor parte de cuestiones que llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional tienen que ver con las reformas normativas al régimen de seguridad social. Con frecuencia estas reformas crean o aumentan los requisitos de acceso a determinadas garantías pensionales, sin un régimen de transición orientado a salvaguardar las expectativas legítimas, de modo que la Corte Constitucional, en no pocas ocasiones, ha encontrado que estas reformas desconocen el principio de progresividad. Sobre la incidencia de este principio en el ámbito de la seguridad social puede leerse: CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. En: *Vniversitas*, 2006, 55 (112), pp. 111-147.

<sup>17</sup> *Cf.* Sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>18</sup> *Cf.* Sentencia C-507 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>19</sup> *Cf.* Sentencia C-644 de 2012 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrada ponente: Adriana M. Guillén Arango.

<sup>20</sup> Un ejemplo, referido al derecho a la vivienda de las personas en condición de discapacidad, puede verse en la Sentencia C-536 de 2012. Magistrada ponente: Adriana M. Guillén Arango.

lo está, deberá declararse inconstitucional. Si lo está, superará el escrutinio constitucional, con lo cual, a pesar de regresiva, será constitucionalmente válida.

En esta línea argumentativa, la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos toleran retrocesos, en materia de derechos sociales, bajo justificaciones muy precisas. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que el Protocolo de San Salvador, señalan que las limitaciones que tengan por objeto los derechos sociales serán válidas si tienen por finalidad preservar el bienestar general y en la medida en que no desconozcan el propósito y razón de estos derechos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo los lineamientos del Comité del PIDESC, ha aplicado un test estricto de proporcionalidad para determinar si las medidas regresivas que afectan contenidos mínimos de los derechos sociales resultan o no constitucionales. Así, para superar el juicio de constitucionalidad, la modificación normativa que revista estas connotaciones deberá: (i.) perseguir un fin constitucionalmente imperioso, (ii.) constituir un medio adecuado para alcanzar dicha finalidad, (iii.) ofrecerse como el medio necesario, (iv.) ser estrictamente proporcional en términos de costo-beneficio y (v.) haberse discutido, ampliamente, en un proceso de deliberación en el que se hayan expuesto razones sustantivas por parte del órgano competente para su creación<sup>21</sup>. Esta estructura metodológica, como es evidente, se corresponde con el denominado principio de proporcionalidad. Veremos en el siguiente apartado que este principio no solo sirve para evaluar la constitucionalidad de una reforma normativa en abstracto, sino, también, para aplicar los derechos sociales en un caso en concreto.

Así, para responder la pregunta que guía esta sección, podría decirse que, en términos conceptuales, los derechos sociales pue-

---

<sup>21</sup> Cf. Sentencia C-503 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

den ser concebidos, en algunos casos, como derechos fundamentales. No por ello, sin embargo, se trata de derechos absolutos. No existiendo en el derecho contemporáneo, como sostenía Luhmann<sup>22</sup>, normas irrenunciables, los derechos sociales han sido conceptualizados de tal manera que en su propia relativización se abre la puerta a posibles retrocesos. El instrumento metodológico para determinar si un retroceso es admisible es el principio de proporcionalidad en materia de regresividad de derechos sociales.

De esta manera, las aproximaciones conceptuales y metodológicas de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional colombiana tienen en común el entendimiento de los derechos sociales como principios jurídicos, pues no de otra manera tendría lugar, en términos metodológicos, el denominado test de proporcionalidad. Como se sabe, este test es el instrumento diseñado para hacer operativo el principio de proporcionalidad. Profundizaremos en ello a continuación.

## PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN: EL COSTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Es oportuno reflexionar con mayor detalle en la naturaleza normativa de los derechos sociales y sus implicaciones prácticas. ¿Qué significa que los derechos sociales sean principios jurídicos? La diferencia más aceptada entre normas-reglas y normas-principios es delimitada por Alexy en los siguientes términos:

“Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones (...). Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se

---

<sup>22</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. ¿Hay todavía en nuestra sociedad normas irrenunciables? En: *La paradoja de los derechos humanos* (N. Luhmann). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 60-101.

hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario<sup>23</sup>.

A nuestro juicio, en el fondo de esta distinción entre normas-reglas y normas-principios subyace, en verdad, una forma de racionalidad. Mientras que las normas-reglas se erigen a manera de imperativos categóricos, dogmas o deberes que son resultado de valores incondicionales; las normas-principios responden a intereses pragmáticos, circunstanciales y relativos que se encuentran condicionados por otros intereses. En una suerte de simplificación excesiva, podría decirse que las reglas conversan mejor con argumentos morales de corte deontológico, al cabo que los principios parecen corresponderse con argumentos morales inspirados en el utilitarismo.

Pues bien, los principios, entendidos como mandatos de optimización, exigen del denominado principio de proporcionalidad para su concreción práctica. La doctrina se ha centrado, sobre todo, en analizar, desde el punto de vista normativo, las situaciones antinómicas o conflictivas entre principios, para lo cual se han esbozado diferentes modelos teóricos. Así, por ejemplo, además del modelo germano de proporcionalidad y el *balancing* norteamericano<sup>24</sup>, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado el test o juicio de integrado de proporcionalidad/igualdad<sup>25</sup>. El modelo

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En: Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 349-374

<sup>24</sup> Cf. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: *The historical origins* En: *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8(2), 263-286.

<sup>25</sup> Cf. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

integrado combina la propuesta anglosajona y el esquema continental europeo, de modo que, en primer lugar, el operador jurídico debe situarse, de acuerdo con el caso concreto, en un nivel de intensidad o escrutinio al estilo norteamericano (leve, intermedio y estricto), para luego aplicar el modelo europeo referido a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, cuando el nivel de escrutinio sea leve (regla general), bastará con que la medida enjuiciada sea idónea y no evidentemente desproporcional. Si el escrutinio es intermedio, la medida deberá ser idónea y necesaria. Cuando se aplique un nivel de escrutinio estricto, la medida, además de idónea y necesaria, deberá ser proporcional en sentido estricto.

De acuerdo con la propuesta de Alexy<sup>26</sup>, la cual ha sido acogida, con pequeños ajustes, por la doctrina mayoritaria<sup>27</sup>, se asume que el principio de proporcionalidad es el instrumento metodológico para determinar, en cada caso concreto, la *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* de un principio, el cual, por su propia naturaleza normativa, se encuentra en tensión o colisión con otro u otros principios que definen sus “posibilidades jurídicas”. Bajo este horizonte, el estudio de la ponderación, como esquema interpretativo y argumentativo para la aplicación de los principios —a diferencia de la subsunción que se utiliza para la adjudicación de las reglas—, ha sido el principal objeto de análisis<sup>28</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, la literatura especializada no ha abordado, con el mismo rigor y detalle, lo relativo a las

---

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, pp. 11-29.

<sup>27</sup> Cf. BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017, p. 159. Este y otros autores, sobre todo italianos, diferencian la adecuación de la idoneidad. En el modelo propuesto por Alexy, el subprincipio de idoneidad comprende tanto la búsqueda de una finalidad adecuada como la conexión racional que debe existir entre esta y los medios dispuestos para su consecución.

<sup>28</sup> Para una crítica al modelo propuesto por Alexy puede verse: GARCÍA, Juan. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En: *Derechos sociales y ponderación* (AAVV). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 249-331.

“posibilidades fácticas” que inciden en la optimización de un determinado principio. Ello puede obedecer a múltiples razones. En primer lugar, debido a que este no es un asunto que haya merecido una especial preocupación por parte de Alexy, cuyos ejemplos se relacionan, con mayor facilidad, con la dimensión negativa de los derechos fundamentales de exigibilidad inmediata<sup>29</sup>. En segundo lugar, porque el principio de proporcionalidad, aun si versa exclusivamente sobre tensiones normativas entre principios, no por ello hace a un lado las discusiones fácticas. Específicamente, el operador jurídico debe preguntarse si un medio es adecuado para alcanzar el fin que pretende, debe indagar por la existencia de otros medios menos gravosos para la consecución de dicha finalidad, al igual que debe tener en cuenta, en sede de proporcionalidad en estricto sentido, el grado de certidumbre de las premisas empíricas. En tercer lugar, el problema concerniente a las “posibilidades fácticas” de optimización de un principio remite a una pregunta con hondas consecuencias morales. ¿Cuál es el precio de los derechos-principios? Así, las posibilidades fácticas vienen dadas por las condiciones materiales para hacer efectiva la faceta prestacional de un determinado principio, la cual, en nuestra cultura jurídica contemporánea, siempre podrá monetizarse.

El interrogante sobre el costo de los derechos es especialmente relevante en el caso de los derechos sociales, pues es claro que las obligaciones positivas de *aseguramiento* y *promoción* son reductibles, en términos económicos, a un cálculo de costo-beneficio. El problema no es particularmente difícil cuando hablamos de las obligaciones de *respeto* y *protección* que se derivan de los derechos sociales, toda vez que, frente a ellas, basta determinar, de forma binaria, si el Estado cumplió o no con dichas obligaciones, para emitir una orden de tutela. En cambio, determinar si la faceta

---

<sup>29</sup> De esta manera, el modelo propuesto por Alexy es particularmente útil para analizar las obligaciones de respeto o abstención que se desprenden de las libertades civiles. Las obligaciones de protección, aseguramiento y promoción no han ocupado un papel protagónico en la teorización de Alexy a este respecto. Así, el texto que más se aproxima al esquema ponderativo de los derechos sociales, en la obra del jurista alemán, es: ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection, *Legisprudence*, 3(1), 2009, pp.1-17, DOI: 10.1080/17521467.2009.11424683. Por otro lado, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de derechos civiles, y en especial en el campo penal, puede verse: SOLANO, Henry; DUQUE, Andrés; DÍEZ, Miguel; ARRIETA, Enán; GARCÍA-BAYLLERES, Sebastián; MONSALVE, Juan. *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2019.

prestacional de un derecho social es tan cara de satisfacer que jurídicamente es válido garantizarla en un nivel menor es un problema que, principalmente, atañe a las posibilidades fácticas de su optimización. Y ello se debe a que los derechos sociales, en su dimensión prestacional positiva, pueden satisfacerse en diferentes grados.

De este modo, cuando hablamos de derechos sociales a prestaciones positivas a cargo del Estado, no puede negarse la dependencia presupuestaria de estos derechos. Ruiz y Plazas sugieren, en esta línea, que tal dependencia solo debería pesar a la hora de afrontar problemas distributivos en contextos de escasez, mas no debería utilizarse como excusa para negar la satisfacción de un derecho<sup>30</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, sin embargo, se aparta de esta consideración. Para el Tribunal Constitucional, la dependencia presupuestaria de los derechos sociales implica que estos deben ser asegurados y promovidos con cargo al gasto público<sup>31</sup>, de manera que también la protección y racionalización del gasto público involucran principios de importancia constitucional, como lo son, según el caso, los principios de sostenibilidad, economía, universalidad, eficiencia, equidad, calidad, autonomía administrativa, entre otros. En consecuencia, el debate sobre el precio de los derechos sociales, si bien alude a las posibilidades fácticas que condicionan su optimización, también suele llevarse al campo de las discusiones propiamente normativas<sup>32</sup>.

En esta tarea, la concreción de la faceta prestacional positiva de los derechos sociales, en situaciones litigiosas, exige de herramientas técnicas que faciliten su justiciabilidad. A nivel doctrinal, se han propuesto, en esta vía, los criterios de razonabilidad y de

---

<sup>30</sup> RUIZ, Ramón; PLAZAS, Clara. La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia. En: *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, 2011, pp. 3-20

<sup>31</sup> A propósito de los derechos sociales, Alexy sugiere que: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

<sup>32</sup> La circularidad entre lo fáctico y lo jurídico, implícita en el principio de proporcionalidad, dificulta teorizar, con precisión, sobre cómo debe realizarse el ejercicio de ponderación, dependiendo de si se trata de una colisión entre principios o de una monetización empírica sobre el costo-beneficio.

contenido mínimo esencial<sup>33</sup>. Se trata, sin embargo, de criterios sustantivos cuya centralidad argumentativa se sitúa en preferencias o juicios de valor alrededor de los cuales es difícil discutir racionalmente. Por otra parte, autores como Contiades y Fotiadou<sup>34</sup> han defendido la utilización del principio de proporcionalidad como criterio procedimental para la adjudicación de los derechos sociales. En Colombia, Carlos Bernal Pulido ha planteado, a nivel doctrinal<sup>35</sup>, un modelo de aplicación que integra el análisis de razonabilidad con el análisis de proporcionalidad. Este modelo teórico también se ha puesto a prueba en las sentencias de la Corte Constitucional cuyo magistrado ponente ha sido el propio Bernal.

Así, aunque no existe una técnica unánime en la jurisprudencia constitucional para la optimización de los derechos sociales, una propuesta reciente e interesante es la planteada por Bernal Pulido, a propósito del derecho a la educación, en las sentencias T-091 de 2018, T-027 de 2018 y T-461 de 2018.

El punto de partida, como problema jurídico inherente a todo ejercicio orientado a la aplicación de los derechos sociales, lo plantea la Corte en los siguientes términos:

“El contenido prestacional de los derechos se caracteriza por su carácter abierto, en la medida que no está definido cómo o en qué términos se debe garantizar su prestación. Es más, la Constitución, como regla general, no determina cuál debe ser el nivel —ya sea mínimo, máximo o intermedio— de satisfacción de la dimensión prestacional de los derechos. Tampoco determina qué políticas públicas, programas o acciones concretas deben implementarse para tal efecto. Esta indeterminación resulta latente al evaluar cuál debe ser la acción del obligado, a fin de satisfacer el contenido razonable de la faceta prestacional del derecho, y, en consecuencia, poder concluir si existe o no una vulneración de un derecho fundamental. Así las cosas, es pertinente que el juez constitucional utilice una

---

<sup>33</sup> Cf. BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine. En: *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12(3), pp. 710-739.

<sup>34</sup> CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation. En: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10(3), pp. 660-686.

<sup>35</sup> BERNAL, Carlos. Los derechos sociales en proporción. En: *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica* (C. Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018a, pp. 142-168.

metodología para resolver casos relacionados con la faceta prestacional de los derechos fundamentales, que le permita identificar si los niveles de satisfacción involucrados (el provisto y el pretendido) no resultan contrarios al nivel de satisfacción que el ordenamiento jurídico ya ha garantizado para tal derecho<sup>36</sup>.

Para resolver este problema, que es inherente a la concepción de los derechos sociales entendidos como principios jurídicos, Bernal Pulido propone aplicar un test de razonabilidad y proporcionalidad que puede descomponerse en tres momentos: el operador jurídico debe, en primer lugar, interpretar, desde el punto de vista normativo, cuál es el contenido prestacional del derecho en cuestión y, por ende, cuál es su nivel razonable de satisfacción (análisis interpretativo o de razonabilidad); en segundo lugar, debe evaluar, en la práctica, cuáles son los modos de satisfacción de dicho nivel, entre el pretendido por la persona, el provisto por el Estado u otra alternativa modal (análisis empírico o de proporcionalidad). En algunos casos, adicionalmente, se podría promover, como tercer paso, un proceso de diálogo significativo entre los actores interesados, de manera que la elección final entre los distintos medios que permiten la satisfacción razonable del respectivo derecho se deje a criterio de los directamente involucrados<sup>37</sup>, bajo supervisión de un tercero imparcial, como lo es el juez constitucional (análisis dialógico).

Las sentencias lideradas por Bernal esquematizan cuatro situaciones que podrían presentarse, a saber.

#### Cuadro 1. Test de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos sociales fundamentales.

---

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-461 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

<sup>37</sup> Sobre el valor decisivo que juega la perspectiva jurídica de las partes, para la confección misma del derecho, puede verse: VIVARES, Luis. *Perspectivismo y derecho: articulación del concepto orieguiano de verdad con las formas cognitivas de la experiencia jurídica actual*. Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2017.

Presupuesto sustancial	Análisis de razonabilidad*		Análisis de proporcionalidad**	Remedio judicial***
Que exista una amenaza o vulneración a un derecho social fundamental.	1.	(a) es razonable*. El juez debe verificar la existencia de (R).	No existe (R). Si existe (R). El juez debe estudiar la proporcionalidad** entre (a) y (R).	El juez debe ordenar que se dé cumplimiento al contenido del derecho.  El juez deberá adoptar el remedio judicial más razonable y proporcional, en consideración a las circunstancias del caso concreto y la oferta diseñada por el Estado.
		2.	(a) y (b) son razonables.	
	3.	(a) no es razonable. Sin embargo, existe (c).	El juez debe analizar la proporcionalidad de (c).	
	4.	El contenido del derecho es abiertamente irrazonable, desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional.		
<b>Convenciones</b>				
(a) = La pretensión del titular del derecho ( <i>nivel de satisfacción pretendido</i> ).				
(b) = La política pública, programa o medida acusada ( <i>nivel de satisfacción provisto</i> ).				
(R) = Razón constitucionalmente legítima para no conceder (a).				
(c) = Otras alternativas razonables de satisfacción del derecho ( <i>diferentes a [a] y [b]</i> )				
* La razonabilidad está determinada por la adscripción, <i>prima facie</i> , de (a), (b) o (c) al contenido del derecho.				
** La proporcionalidad se determina a partir de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.				
*** En algunos casos, el remedio judicial puede estar mediado por un proceso de diálogo significativo.				

Fuente: adaptación de las sentencias T-092 de 2018 y T-461 de 2018 de la Corte Constitucional.

En cuanto al análisis de razonabilidad<sup>238</sup>, según Bernal, debe verificarse si la Constitución, la ley o alguna disposición reglamentaria determinan el contenido razonable de la faceta prestacional del respectivo derecho. Como es natural, este contenido se desarrolla, principalmente, en las políticas públicas, con lo cual resulta improbable encontrarlo, directamente, en el Texto Constitucional<sup>239</sup>. Una vez se ha precisado el alcance prestacional del derecho, el operador jurídico debe verificar si el nivel de satisfacción pretendido con la acción judicial se corresponde con dicho contenido. Si se corresponde, también será necesario verificar, por un lado, si existe una razón constitucionalmente legítima por parte del Estado para negar el nivel de satisfacción pretendido y, por otro lado, si el nivel de satisfacción provisto por el Estado, u otro nivel de satisfacción alternativo, se compadece con el contenido prestacional razonable del derecho en cuestión. Cuando el operador jurídico encuentre que existe más de un nivel de satisfacción que sea posible adscribir, razonablemente, al contenido del derecho social fundamental, deberá aplicar el principio de proporcionalidad con la finalidad de establecer, empíricamente, qué nivel de satisfacción debe ser amparado por vía de la acción de tutela.

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad sirve para evaluar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de

---

<sup>238</sup> Se le objeta al modelo propuesto por Bernal que el criterio de razonabilidad se utilice como rasero para medir la pretensión del accionante y no el actuar del Estado. Realmente, el análisis de razonabilidad debe aplicarse no solo sobre el nivel de satisfacción pretendido, sino, también, respecto del nivel de satisfacción provisto por el Estado u otro nivel alternativo que el operador jurídico identifique como aplicable para el caso en concreto. Luego, el test de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos sociales fundamentales no debería entenderse como un modelo teórico diseñado, deliberadamente, para negar la satisfacción de los derechos sociales o para permitir decisiones regresivas. Sin ninguna pretensión de científicidad, es solo un instrumento que permite considerar los diferentes factores que pesan a la hora de decidir sobre cómo debe concretarse la faceta prestacional positiva de un derecho social fundamental.

<sup>239</sup> Esta realidad ha sido fuertemente criticada. Quiénes rechazan el modelo propuesto por Bernal Pulido sugieren que, a través de este, se le resta fuerza normativa a la Constitución Política, toda vez que el contenido de satisfacción razonable del derecho social depende, principalmente, de los desarrollos legales y reglamentarios. Es, sin embargo, una apreciación injusta, pues Bernal no niega la posibilidad de que en el Texto Constitucional sea posible advertir, directamente, este contenido.

los diferentes niveles de satisfacción razonables<sup>240</sup>. Así, en cuanto a la idoneidad, será indispensable analizar si los niveles de satisfacción (pretendido, provisto o alternativo) constituyen medios efectivamente adecuados para alcanzar el nivel razonable de satisfacción del derecho social fundamental, de conformidad con el alcance que, de este derecho, ha establecido el Ejecutivo (principalmente), el Legislador o el Constituyente. A renglón seguido, el subprincipio de necesidad sugiere que el operador jurídico debe elegir, entre los distintos medios que garantizan un nivel razonable de satisfacción, cuál de ellos resulta menos gravoso, oneroso o lesivo de la razón que constitucionalmente faculta al Estado para no cumplir el nivel de satisfacción pretendido o alternativo. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto indica que el operador jurídico debe ponderar, de acuerdo con la escala triádica propuesta por Alexy y acogida por la Corte Constitucional (leve, medio e intenso), si, en términos de costo-beneficio, la satisfacción del derecho en los niveles pretendido o alternativo compensa la afectación que se le causaría al Estado en el evento de obligarlo a cumplir con alguno de estos niveles.

Finalmente, como se trata de un instrumento metodológico que puede llevar a que el operador jurídico concluya que existen distintos niveles de satisfacción razonables y proporcionales, será importante contar con la participación de los directamente involucrados a fin de elegir la mejor alternativa.

Así las cosas, para cerrar esta sección, podría decirse que, en el ámbito de la teoría del derecho, el principio de proporcionalidad parece ser el mejor instrumento para determinar cuando el costo de satisfacción de un determinado derecho social faculta al

---

<sup>240</sup> El uso del principio de proporcionalidad es, también en este caso, objeto de cuestionamientos. Para algunos, el análisis de proporcionalidad planteado por Bernal desconoce el principio *pro homine*, de conformidad con el cual, en caso de dudas interpretativas, deberá preferirse la lectura que mejor proteja el derecho fundamental. No obstante, consideramos que el principio *pro homine* no resuelve el problema jurídico, ya que, como dijimos, cuando el Estado esboza una razón constitucionalmente legítima para abstenerse de cumplir con el nivel de satisfacción pretendido, lo hace, habitualmente, alegando que tal cumplimiento implicaría el desconocimiento de otros derechos fundamentales. Así, como entran en tensión derechos constitucionales, estos deberían ser ponderados haciendo uso del principio de proporcionalidad.

Estado para ofrecer un nivel de satisfacción menor o, incluso, para abstenerse completamente de hacerlo.

## CONCLUSIONES

A nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo la tendencia se orienta a reconocer el carácter fundamental de los derechos sociales. Este carácter es predicable de algunos derechos sociales que, en su dimensión negativa o positiva, pueden traducirse en obligaciones subjetivas de exigibilidad inmediata.

Pese a ello, en materia de derechos sociales, tanto los retrocesos, como las decisiones negativas a su satisfacción, son admisibles. En este sentido, los derechos sociales no son derechos absolutos. En la base de esta concepción se encuentra el entendimiento de los derechos sociales, principalmente, como normas-principios.

En tanto que principios jurídicos, los derechos sociales son derechos relativos, cuya satisfacción puede darse en diferentes grados o niveles, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas. Frente a esto es posible advertir, al menos, dos escenarios problemáticos, como quiera que la faceta prestacional positiva de los derechos sociales puede satisfacerse en diferentes grados. El primero, relativo a la discusión sobre la faceta prestacional de aplicación progresiva y, el segundo, concerniente al debate en torno a la faceta prestacional de aplicación inmediata.

Un tercer escenario, que no reviste mayores dificultades metodológicas cuando hablamos de derechos sociales, es el de las obligaciones negativas o de abstención, pues ellas, tradicionalmente, se analizan bajo el código binario de cumplimiento/incumplimiento. En este último caso el problema no trasciende al

cumplimiento gradual o multidimensional. Así, la faceta obligacional negativa de los derechos sociales asume, en términos normativos, la estructura de una regla.

Frente al primer escenario, en el que se determina, en abstracto, si un retroceso normativo es justificable, la Corte Constitucional colombiana ha utilizado el test de proporcionalidad en materia de regresividad de derechos sociales. De conformidad con este modelo de análisis, un retroceso es aceptable si persigue una finalidad constitucional, es el medio menos lesivo del respectivo derecho social y si los beneficios que se siguen de aquel superan los perjuicios que se le ocasionan a este.

De cara al segundo escenario, en el que se define justiciabilidad de los derechos sociales, la Corte Constitucional ha empleado, entre otros mecanismos, el test de razonabilidad y proporcionalidad. De acuerdo con este modelo, el operador jurídico debe identificar, en el plano normativo, el contenido razonable de satisfacción del respectivo derecho social. Posteriormente, debe evaluar, empíricamente, si el nivel de satisfacción pretendido o alternativo es idóneo para alcanzar el nivel de satisfacción razonable; si, además, es necesario en tanto que constituye el medio menos lesivo del nivel de satisfacción provisto por el Estado o de la razón estatal constitucionalmente legítima para su negación y; por último, si el nivel de satisfacción pretendido o alternativo es estrictamente proporcional en comparación con la respuesta que brinda el Estado, puesto los beneficios que se derivan de la satisfacción pretendida o alternativa superan los perjuicios que se le generan a la autoridad estatal. De ser el caso, puede acudir a un proceso de diálogo significativo para concretar la medida que sea más razonable y proporcional.

Así las cosas, el instrumental metodológico permite diferenciar entre los derechos-sociales-reglas (tercer escenario) y los derechos-sociales-principios (primer y segundo escenarios). Ambas

caracterizaciones pueden concurrir sobre un mismo derecho social, y su concepción, en uno u otro sentido, dependerá del caso en concreto. De los derechos-sociales-reglas se derivan obligaciones negativas, usualmente de aplicación inmediata. De los derechos-sociales-principios se desprenden obligaciones positivas de aplicación inmediata o progresiva. Para hacer efectivos los derechos-sociales-reglas basta con verificar si la situación fáctica se encuentra o no comprendida por el contenido normativo del derecho. Para garantizar los derechos-sociales-principios de aplicación progresiva el Estado dispone de un amplio margen de discrecionalidad para el desarrollo de las políticas públicas, las cuales dependen del erario público y cuyo principal límite es la prohibición, relativa, de no regresividad. Para garantizar los derechos-sociales-principios de aplicación inmediata el Estado debe verificar cuál es el contenido razonable de satisfacción del respectivo derecho y ponderar, empíricamente, los niveles de satisfacción idóneos, necesarios y estrictamente proporcionales para su consecución. Los derechos-sociales-principios necesitan del principio de proporcionalidad y de la ponderación para ser adjudicados, mientras que los derechos-sociales-reglas hacen uso de la subsunción.

¿Qué trasfondo ideológico subyace a esta teorización? Para volver al comienzo de este escrito, aunque es claro que en el campo jurídico encontramos argumentos controlables, también es evidente que, queriéndolo o no, los diferentes marcos teóricos son funcionales a las más diversas agendas políticas y morales. La mayoría de las veces, hay que decirlo, un mismo modelo teórico termina siendo instrumentalizado, a conveniencia, por ideologías opuestas. Ello sucede, en el fondo, porque no son más que formas de racionalidad. Sin embargo, un esquema conceptual que asuma los derechos sociales como normas-reglas, conquistas irrenunciables e irreversibles, permitirá un rendimiento distinto al

que resulta de un modelo en el que los derechos sociales se conciben como normas-principios, criterios relativos y reversibles, cumplibles en diferentes grados, incluyendo el grado cero.

Desde luego, esta dicotomía no debe ser radicalizada. En la práctica, los derechos sociales van transitando, ambiguamente, por estos dos horizontes teóricos, situándose, la mayoría de las veces, en puntos intermedios. Por esta razón, en un mismo derecho social es posible observar reglas y principios. La inclinación que se produzca hacia un lado u otro dependerá de la vigencia del Estado Social.

De esta manera, los retrocesos, avances o estancamientos institucionales del Estado Social exigen de la teoría del derecho respuestas suficientemente explicativas y justificativas, de modo que puedan, por un lado, superar los análisis de constitucionalidad y, por otro lado, ser aceptados por las comunidades académicas y científicas.

Qué conceptualización y aplicación metodológica de los derechos sociales garantiza mejor las fortalezas institucionales del Estado Social es una cuestión que solo el lector puede resolver.

## REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En: *La protección judicial de los derechos sociales*, pp. 3-29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría*

de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 349-374

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, pp. 11-29.

ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection, *Legisprudence*, 3(1), 2009, pp.1-17, DOI: 10.1080/17521467.2009.11424683.

ARANGO, Rodolfo. Derechos sociales. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Jorge Fabra y Verónica Rodríguez, eds.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 1677-1711.

ARANGO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. En: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina* (Armin von Bongandy y otros, coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 17-34.

BARAK, Aharon. Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra, 2017.

BERNAL, Carlos. Los derechos sociales en proporción. En: *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica* (C. Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018a, pp. 142-168.

BERNAL, Carlos. Los derechos constitucionales sociales en América Latina. En: *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica* (C. Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018b, pp. 169-194.

BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine. En: *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12(3), pp. 710-739.

CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. En: *Vniversitas*, 2006, 55 (112), pp. 111-147.

CARPISO, Jorge. Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. En: *Cuestiones Constitucionales*, 2011, no 25, p. 3-29.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. En: *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8(2), 263-286.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation. En: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10(3), pp. 660-686.

DE FAZIO, Federico. El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. En: *Revista Derecho del Estado*, 2018, (41), pp. 173-195.

GARCÍA, Juan. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En: *Derechos sociales y ponderación (AAVV)*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 249-331.

HERRERA, Belaña. La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales. En: *Civilizar*, 2013, vol. 13, no 25, p. 33-48.

LUHMANN, Niklas. ¿Hay todavía en nuestra sociedad normas irrenunciables? En: *La paradoja de los derechos humanos* (N. Luhmann). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 60-101.

- NÚÑEZ, José. Estado constitucional de derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. En: *Vniversitas*, 2014, 63(128), pp. 153-172.
- OLARTE-BACARES, Diana; GONZÁLEZ-JÁCOME, Jorge. La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales-DESC. En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, 12, pp. 253-299.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 318.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.
- RUIZ, Ramón; PLAZAS, Clara. La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia. En: *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, 2011, pp. 3-20
- SHUE, Henry. *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
- SÁNCHEZ-BRAVO, Álvaro. Injusticia ambiental y derecho humano al agua. En: *Justicia y medio ambiente* (Álvaro Sánchez ed.). Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, pp. 151-169.
- SÁNCHEZ-BRAVO, Álvaro. Hacia un reconocimiento del agua como derecho humano universal. En: *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2017, 8(3), pp. 220-238
- SOLANO, Henry. *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2016.

SOLANO, Henry; DUQUE, Andrés; DÍEZ, Miguel; ARRIETA, Enán; GARCÍA-BAYLLERES, Sebastián; MONSALVE, Juan. *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2019.

VAN HOOFF, Godefridus. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a RebuttalSome Traditional Views. En: *The Right to Food* (Alston & Tomaveski eds.). Dordrecht: Nijhoff, 1984, pp. 97-110.

VIVARES, Luis. *Perspectivismo y derecho: articulación del concepto orteguiano de verdad con las formas cognoscitivas de la experiencia jurídica actual*. Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2017.

Jurisprudencia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2012. Magistrada ponente: Adriana M. Guillén Arango.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2012. Magistrada ponente: Adriana M. Guillén Arango.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-503 de 2014. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-091 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-027 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-461 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

# Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso

Álvaro Sánchez Bravo  
Ligia Melo de Casimiro  
Emerson Gabardo  
(coeditores)



PUNTO ROJO  
libros

# ESTADO SOCIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE RETROCESO

---

Álvaro Sánchez Bravo  
Ligia Melo de Casimiro  
Emerson Gabardo  
(coeditores)

**Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso**  
VV. AA.

Editado por:

Álvaro Sánchez Bravo, Ligia Melo de Casimiro y Emerson Gabardo (coeditores).

Impreso en España

ISBN eBook: 978-84-18109-96-6

Maquetación, diseño y producción:

Álvaro Sánchez Bravo, Ligia Melo de Casimiro y Emerson Gabardo

© 2019 Álvaro Sánchez Bravo

© 2019 Ligia Melo de Casimiro

© 2019 Emerson Gabardo

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización por escrito de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de esta edición mediante alquiler o préstamos públicos.

**REDAS**

**REDES DE PESQUISA EM  
DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL**



**AADMDS**

ASOCIACION ANDALUZA DE  
DERECHO, MEDIO AMBIENTE  
Y DESARROLLO SOSTENIBLE



**CAPES**

# ÍNDICE

<b>Prefacio .....</b>	<b>11</b>
<b>EL ESTADO POSDEMOCRÁTICO EN BRASIL: LOS AVANCES DEL NEOLIBERALISMO Y LOS DERECHOS SOCIALES COMO POSIBLES ENTRABES Caroline Müller Bitencourt.....</b>	<b>13</b>
INTRODUCCIÓN.....	13
EL ESTADO POSDEMOCRÁTICO Y EL RIESGO A LA DEMOCRACIA EN EL BRASIL CONTEMPORÁNEO.....	15
CONSIDERACIONES FINALES.....	31
REFERENCIAS:.....	32
<b>EN MARCHA EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA Alvaro A. Sánchez Bravo .....</b>	<b>35</b>
INTRODUCCION.....	35
EL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA .....	38
MECANISMOS SANCIONADORES EN LA UNIÓN EUROPEA: NECESIDAD DE REFORZAR EL ESTADO DE DERECHO .....	42
NUEVO MARCO EUROPEO PARA REFORZAR EL ESTADO DE DERECHO .....	47
CONCLUSIONES.....	53

**IMPACTOS DEL ESTADO SOCIAL EN EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO EN  
BRASIL: UN ANÁLISIS DE TRES MOMENTOS**

**Daniel Wunder Hachem..... 55**

TENDENCIAS DEL DERECHO PÚBLICO BRASILERO: ENTRE INTERVENCIÓN ESTATAL Y SUBSIDIARIDAD .....	56
REFERENCIAS.....	78

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL  
MODELO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO  
DE DERECHO ANTE LA CRISIS DEL  
CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN EL  
CONTEXTO IBEROAMERICANO**

**José Luis Leal Espinoza ..... 85**

INTRODUCCIÓN.....	85
ANTECEDENTES, PLANTEAMIENTO Y DIAGNÓSTICO .....	86
MODELO DEL ESTADO SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO: UNA VISIÓN COMPARADA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	87
CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN EL CONTEXTO IBEROAMERICANO .....	94
CONCLUSIONES .....	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

## **DEMOCRACIA, AUTORITARISMO Y EL SOFOCAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL: UNA CRÓNICA DEL BRASIL DE 2019**

<b>Gustavo César Machado Cabral.....</b>	<b>103</b>
EL PROBLEMA DE ESTE ARTÍCULO .....	103
LAS FUNDACIONES DEMOCRÁTICAS DE REPÚBLICA.....	105
CRITICANDO A LA DEMOCRACIA LIBERAL.....	107
LA SALIDA POPULISTA .....	109
DONDE SE ALASTRA EL POPULISMO.....	113
LA PRAXIS DEL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA .....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	124

## **DERECHOS SOCIALES Y PROPORCIONALIDAD: APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

<b>Enán Arrieta-Burgos.....</b>	<b>131</b>
INTRODUCCIÓN.....	131
DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿SON ADMISIBLES LOS RETROCESOS?.....	133
PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN: EL COSTO DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	140
CONCLUSIONES.....	150
REFERENCIAS.....	153

**EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL ESTADO  
BRASILEÑO: ¿QUÉ NOS FALTA PARA  
GARANTIZARLO?**

**Lígia Maria Silva Melo de Casimiro** ..... 159

INTRODUCCIÓN..... 159

LA POLÍTICA PÚBLICA PARA LA ORDENACIÓN  
DE LAS CIUDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE  
1988 ..... 161

DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD A  
LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA CIUDAD..... 165

¿CUÁL ES LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA  
PARA LA CONCRECIÓN DE LA POLÍTICA  
URBANA POR EL DERECHO A LA CIUDAD?..... 173

REFLEXIONES PROPOSITIVAS ..... 176

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 177

**DERECHOS HUMANOS A TIEMPO COMPLETO Y  
EN TODO LUGAR: UNA PROPUESTA  
MULTIGARANTISTA EN MATERIA DE (MAL)-  
TRATA DE PERSONAS**

**David Sánchez Rubio** ..... 181

INTRODUCCIÓN. DERECHOS HUMANOS DESDE  
QUE NOS LEVANTAMOS ..... 181

PROBLEMA COMPLEJO DESDE MIRADAS  
PLURALES: LÍMITES, ADVERSIDADES Y  
OBSTÁCULOS ..... 184

BIBLIOGRAFÍA ..... 201

## **DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI+ EN BRASIL: VULNERABILIDAD SOCIAL ENTRE AVANCES Y RETROCESOS**

<b>Alexandre Godoy Dotta .....</b>	<b>203</b>
INTRODUCCIÓN.....	203
INCLUSIÓN EN EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA .....	206
IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRANS.....	208
NO DISCRIMINACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS.....	209
DERECHO A LA DONACIÓN DE SANGRE.....	210
RETROCESOS EN LAS PAUTAS LBGT+ EN LA MENTALIDAD POLÍTICA BRASILEÑA.....	212
CONSIDERACIONES FINALES.....	219
REFERENCIAS.....	222

## **LA PROTECCIÓN COLECTIVA DE LOS GRUPOS MÁS DISCRIMINADOS. REFLEXIONES A 25 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA**

<b>Gonzalo Salerno .....</b>	<b>229</b>
INTRODUCCIÓN. LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS .....	229
EL PROBLEMA ESTRUCTURAL DE DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN .....	232
NUEVO ENFOQUE Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD .....	235
LOS COLECTIVOS MÁS DISCRIMINADOS MERECE UNA ATENCIÓN PREFERENCIAL...	239

TUTELA PROCESAL ANTIDISCRIMINATORIA. AMPARO COLECTIVO Y DEFENSOR DEL PUEBLO .....	245
REFLEXIONES FINALES .....	249
BIBLIOGRAFÍA .....	251

**ESTADO SOCIAL Y  
DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN TIEMPOS DE RETROCESO**

---

# PREFACIO

La investigación sobre la crisis del Estado de Social es siempre actual y pertinente. La mayoría de las veces los estudiantes estudian la llamada "crisis económica". Sin embargo, la crisis más importante del Estado del Bienestar es la crisis político-legal. La creencia en los postulados de la modernidad y el constitucionalismo del siglo XX se está volviendo cada vez más frágil. En diferentes países occidentales, algunos principios que antes se consideraban intocables ahora se están siendo puestos a un lado. Una nueva ola retrógrada, neoliberal y moralista viene a cuestionar la idea misma de los derechos humanos. La clásica lección de Norberto Bobbio de que la "era de los derechos" se consolidó legalmente y ahora dependía solo de la realización fáctica se convirtió en obsoleta.

A diferencia de la predicción hecha por los grandes teóricos de la segunda mitad del siglo XX, este comienzo del siglo XXI es sorprendente en términos de retrocesos institucionales, sociales y humanos. Los gobiernos autoritarios, a menudo elegidos por su propio pueblo, han afectado y aún condicionan segmentos vulnerables de la sociedad. Los bienes de ciudadanía típicos que se han universalizado progresivamente en los últimos 100 años ahora son difíciles de acceder o incluso denegados. Los pueblos indígenas, los inmigrantes diaspóricos, las mujeres, los LGBT, los negros, los discapacitados, los ancianos y especialmente aquellos que, debido a su condición social y exclusión urbana, se convierten en forasteros, son perseguidos como culpables de su propia condición. Son sujetos sin lugar y excluidos del tiempo; relegado a los márgenes, olvido y negación.

Dentro de este amplio tema sobre los dilemas del Estado Social, los derechos fundamentales y la vulnerabilidad, los textos presentados aquí se centran en cuestiones específicas de gran importancia. Temas como: democracia, control de la convencionalidad, crisis del constitucionalismo, derechos sociales, proporcionalidad, discriminación, vulnerabilidad social, garantías fundamentales, populismo, derecho a la ciudad, autoritarismo y neoliberalismo son tratados verti-

calmente desde el eje central propuesto a los investigadores y retratados en el título del libro: "**Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso**".

Los autores de este proyecto de intercambio institucional internacional que originó el libro son doctores experimentados de diferentes programas de posgrado en España, México, Colombia, Argentina y especialmente Brasil: José Leal Espinoza, Enán Arrieta Burgos, Gonzalo Salerno, David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo, Daniel Wunder Hachem, Lúgia Melo de Casimiro, Alexandre Godoy Dotta, Gustavo Machado Cabral y Caroline Müller Biten-court son maestros de renombre que conocen el tema muy profundamente.

Me siento muy honrado de componer el trío organizador de las obras, junto con los brillantes juristas Álvaro Sánchez Bravo y Lúgia Melo de Casimiro. Del lado brasileño, la investigación realizada y que contribuyó a la consolidación de las descripciones, datos y argumentos presentados aquí se llevaron a cabo dentro del alcance de REDAS - Red de Investigación en Derecho Administrativo Social y fueron respaldados y financiados por el **Programa CAPES/PROEX**. Del lado español, la investigación fue financiada por un proyecto aprobado por la **Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible**.

Estoy profundamente agradecido al profesor Álvaro por sus esfuerzos en publicar el trabajo. Es un enlace fructífero entre los grupos de investigación de las instituciones participantes, REDAS y Asociación Andaluza. Ya habíamos publicado un primer libro en 2015 con el título "Estudios sobre Desarrollo Socioambiental". Ahora tenemos el segundo momento de las discusiones, ya madurado por la impactante experiencia de los últimos cinco años, un período de gran transformación para el mundo y para el tema.

¡Buena lectura a todos!

En Curitiba, 4 de octubre de 2019.  
Prof. Dr. Emerson Gabardo