

# RAZONES PARA UN CONFLICTO: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

## REASONS FOR A CONFLICT: SOCIAL RIGHTS RECOGNITION AND THE CLASSIC THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

*Juan Andrés González Tugas\**

### *Resumen*

“Razones para un conflicto” es una exposición sobre el reconocimiento de los derechos sociales, a partir de la teoría clásica de los derechos constitucionales con la finalidad de singularizar su problemática. Para ese fin se explican de manera abreviada las variantes que adopta la doctrina de los derechos constitucionales, algunos de sus elementos configurativos y su clasificación.

Palabras claves: derechos constitucionales, derechos clásicos, derechos sociales.

### *Abstract*

This article elaborates on the recognition of social rights and the classical theory of constitutional rights, and aims to identify the tension between them. To this end, the author identifies the possible versions of the classic constitutional rights theory, some of its features and their typology.

KEYWORDS: constitutional rights, classics rights, social rights.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Artículo recibido el 28 de octubre de 2018 y aceptado a publicación el 28 de febrero de 2019. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

## 1. *La doctrina de los derechos constitucionales. ¿iuspositivismo o iusnaturalismo?*

¿Cuál es el origen de los derechos constitucionales? ¿A partir de qué realidad se fundamentan? ¿Constituye el poder una razón suficiente para explicar su naturaleza? ¿Cuál es la naturaleza de su contenido? Sobre la base del diálogo que se produce entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural es posible formular una serie de preguntas que facilitan la comprensión del conflicto. Ambas doctrinas viajan en direcciones opuestas; una, por el carril del cientificismo objetivista, la otra, enriada en el razonamiento práctico.

La doctrina positivista representa los derechos y libertades públicas en función de potestades sancionatorias destinadas a garantizar su propio cumplimiento. Para salvaguardarlos, es necesario que sus titulares los aleguen ante el poder jurisdiccional<sup>1</sup>. El ordenamiento jurídico es concebido sobre la base de un sistema lógico de fuentes estructurado de manera jerárquica a partir de una norma hipotética. En el ámbito privado los individuos están autorizados para realizar todo lo que no está prohibido por ley, en tanto que en el ámbito público solo se encuentran habilitados para realizar aquello que la ley expresamente autorice. En materia de libertades públicas corresponde a la ley definir su contenido mediante un proceso de producción, configuración y supresión normativa<sup>2</sup>, proceso que, a su vez, es legitimado por un sistema de participación política. La corriente positivista en su vertiente social reconoce los intereses o voluntades que se despliegan al interior de la sociedad. Este hecho explica el reconocimiento de un conjunto de libertades y derechos de contenido heterogéneo, entre las que se cuentan los derechos sociales.

La doctrina del derecho natural declara que los derechos constitucionales son consustanciales a la naturaleza del hombre y preexistentes al Estado. Es un dato primario que las exigencias que plantean los derechos constitucionales a la conducta humana “revisten –al menos en su núcleo central– el carácter de incondicionadas e inexcpcionables”. Este atributo no se presenta solo como una característica central desde el plano teórico, también lo es como una propiedad que debe ser defendida, justificada y

---

<sup>1</sup> Por esa razón la teoría de los derechos subjetivos presupone dos acepciones: derechos subjetivos como “poder de voluntad” y derechos como “interés jurídicamente protegido”. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 179.

<sup>2</sup> El sistema también reconoce procedimientos destinados a suprimir aquellas instituciones que considera inconstitucionales Juan Antonio CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*.

reafirmada. Y es que el carácter indisponible de los derechos constitucionales no nace de la razón o la convención humana, sino que “se funda en la dignidad humana, para cuya realización práctica existe el derecho”<sup>3</sup>. Un derecho constitucional es una facultad oponible al poder constituido, facultad que representa el ejercicio de la libertad de las personas. Por esa razón los derechos son absolutos y están inscritos en la naturaleza del hombre.

De esta forma los derechos constitucionales son justiciables. Solo sobre esa base se explica su función garantizadora, esto es, la facultad de acceder a un tribunal independiente e imparcial para que dictamine lo que es justo. Un derecho que no sea exigible ante un tribunal de justicia o que lo sea en términos relativos, no es un derecho en cuanto tal, sino solo una porción de lo que este idealmente representa.

## 2) *Elementos configuradores de los derechos constitucionales.*

Los derechos constitucionales han sido entendidos de muchas formas. Primero, como privilegios concedidos por el poder y, luego, como inmunidades ante ese mismo poder. Con el racionalismo iusnaturalista fueron considerados como verdaderas facultades que derivan de un contrato. Más tarde, los derechos adoptaron una dimensión deontológica. Detrás de cada derecho existirían obligaciones supraindividuales dispuestas en función de un orden racional: así, la moral dejaba de ser el arte del buen vivir y se transformaba en un conjunto de obligaciones prescritas positivamente por la autoridad. A partir de esta perspectiva, el poder la autoridad define el modelo de sociedad.

### A) *LOS DERECHOS COMO PRIVILEGIOS E INMUNIDADES*

Durante la antigüedad los *derechos constitucionales* fueron del todo desconocidos. Su nacimiento se sitúa en los albores de la Edad Media. En efecto, ni los filósofos de la Grecia clásica ni los políticos de la República romana imaginaron la existencia de un derecho de libertad en oposición al ejercicio de una potestad. No obstante, sí consideraron de toda lógica la imposición de deberes para con el ciudadano a favor de la comunidad política, como el pago de tributos o la prestación de un servicio en las milicias. Y es que

---

<sup>3</sup> Carlos I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, pp. 123-124.

los derechos del hombre, en cuanto tales, eran categorías universales que trascendían al sujeto individual.

Durante gran parte de la Edad Media, si bien las personas no eran titulares de *derechos constitucionales* sí tenían privilegios. Así, un señor podía conceder un privilegio y un súbdito acceder a sus beneficios luego de una promesa de lealtad y obediencia. Los privilegios eran concretos y específicos. No formaban un conjunto uniforme que pudiera ser identificable por su contenido, sino que respondían a una categoría miscelánea y heterogénea. Con ellos se podían conceder beneficios o ventajas u otorgar dispensas o franquicias a favor de un individuo o de un cierto grupo o clase de personas. Por ello, los privilegios son prácticas de muy difícil individualización, mediante un ejercicio de abstracción teórico. Sin embargo, teniendo presente sus eventuales efectos, fue posible analizar la cara “activa” de los *derechos*, entendiendo por esta el poder o potestad que tiene un sujeto para hacer o no hacer algo. Bajo ese prisma, un privilegio perfectamente puede ser concebido como una libertad absoluta carente de límites<sup>4</sup>.

Frente al incremento desmesurado del poder del Monarca, y luego del mito del Estado<sup>5</sup>, los límites y salvaguardas establecidos a favor de las personas parecían inconcebibles. Y esto, debido a que un reconocimiento de la libertad individual implicaría el reconocimiento de ciertas inmunidades ya no a favor de un grupo específico de personas, sino que en beneficio de todo tipo de persona independiente de sus circunstancias existenciales. Bajo ese paradigma, el mundo de los derechos representa a un sujeto individual digno de protección.

Así, la noción de límite se arraiga en la tradición cristiana acerca de la dignidad de la persona y del origen y la naturaleza del poder y la autoridad: “no hay otra autoridad excepto la que proviene de Dios”<sup>6</sup>. Ya no se trata de identificar qué privilegios son conferidos en beneficio de tal o cual grupo de individuos, sino de descubrir qué inmunidades garantizan su libertad ante el ejercicio arbitrario del poder secular. Bajo este prisma, los derechos son “pretensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inhe-

---

<sup>4</sup> Wesley N. HOHFELD, “Fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning”. Para el autor la naturaleza de los derechos puede ser vista como un conjunto de posiciones y relaciones jurídicas. Dentro de este conjunto de relaciones, el privilegio se opone a la concepción clásica de libertad: la libertad de hacer cualquier cosa no es sinónimo de seguridad. Sin embargo, en ocasiones existen razones de conveniencia para no establecer límites a la libertad de hacer o no hacer, aun cuando de ello se derive un daño o interferencia a otro. Juan Antonio CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, pp. 33-35.

<sup>5</sup> Gerard CASEY, “Religion and Politics: The case for their Divorce”, pp. 93-105.

<sup>6</sup> Romanos: 13: 1-7.

rentes (...) a su naturaleza humana”, reconocidas (y no dispuestas o atribuidas) por las constituciones para “proteger ante todo al débil, al ciudadano débil que no tiene otro recurso que la protección que le brinda el Derecho”<sup>7</sup>.

### B) LOS DERECHOS DEL CONTRATO SOCIAL

La tradición del “contrato social” ha querido explicar la naturaleza y el origen del poder político mediante la idea intuitiva del acuerdo. Un acuerdo sería un pacto entre personas iguales y racionales que delegan sus facultades para ser gobernadas de cierta forma.

La teoría contractual se alimenta principalmente de las escuelas de Thomas Hobbes y John Locke. La primera, propone que para evitar un estado de naturaleza o guerra civil y conservar una vida segura y confortable es necesario que cada individuo ceda su libertad a un soberano en términos absolutos. Para esta vertiente la naturaleza del hombre está lejos de ser inmaculada: el hombre es un lobo para el hombre<sup>8</sup>. Thomas Hobbes revela una desconfianza en las tendencias psicológicas del hombre, que por sus instintos, deseos y apetencias individuales se inclinan hacia el egoísmo. El hombre sería, en el estado de naturaleza, un animal dotado de razón y espíritu que aspira a satisfacer sus deseos individuales, muchas veces egoístas. Si esto es así, si “el hombre es lobo para el hombre”, el resultado es la guerra de todos contra todos<sup>9</sup>. Por esta razón, la libertad de cada uno es sacrificada a favor de un poder total –el *Leviatán*–, que garantiza protección, paz y seguridad. De esta forma, lo que suscribe es un *pacto para la libertad*.

La teoría que postula John Locke sostiene que los individuos deben confiar su libertad a una comunidad política a objeto de que “nadie pueda perjudicar a otro en su vida, salud, libertad y posesiones” además de “pre-

<sup>7</sup> Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, pp. 321, 324

<sup>8</sup> “Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos”. “De la desconfianza, la guerra. Dada esta situación de desconfianza mutua, ningún procedimiento tan razonable existe para que un hombre se proteja a sí mismo, como la anticipación, es decir, el dominar por medio de la fuerza o por la astucia a todos los hombres que pueda, durante el tiempo preciso, hasta que ningún otro poder sea capaz de amenazarle” Thomas HOBBS, *Leviatán*. Algo de Platón sobrevive en esta obra: “en todas las cosas, los seres que se parecen más, son las más envidiosos los más rencorosos y los más hostiles; mientras que los que más se diferencian son necesariamente más amigos”, PLATÓN, “Lisis”, p. 242.

<sup>9</sup> Y esto acontece desde el momento en que todos los individuos son iguales en atributos naturales y facultades mentales, pero vulnerables a la hostilidad mutua, origen del temor y la inseguridad John RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, p. 67.

servar el resto de la humanidad”<sup>10</sup>. El presupuesto de este planteamiento es la capacidad que posee el hombre para diferenciar lo bueno de lo malo, de lo que se deduce la existencia de una ley natural, ley que no es otra cosa que la “voluntad de Dios promulgada o dada a conocer por la sola razón”<sup>11</sup>. El estado naturaleza al que se refiere John Locke es un estado de igualdad y libertad perfecta por el que cada individuo confía fiduciariamente a la comunidad política la facultad de decidir aquellos aspectos relevantes para asegurar el orden y la seguridad<sup>12</sup>. Ante esa comunidad son oponibles las obligaciones del contrato en forma de derechos<sup>13</sup> por lo que el pacto que propone el padre del liberalismo clásico, es un *pacto de libertad*.

Una variante de esta teoría se inscribe en el liberalismo racionalista<sup>14</sup> de Jean-Jacques Rousseau, que combina la versión original de un hombre bueno propuesta por John Locke con las consecuencias de orden psicológico que sugiere Thomas Hobbes. En una etapa inicial, la humanidad habría vivido en un estado de igualdad perfecta, en ausencia de toda autoridad institucional de índole política, moral o cultural. Es a propósito de un sentimiento subjetivo, el amor propio o la preocupación natural de cada uno por asegurarse una posición respecto de los otros, que aparece el deseo de superioridad frente a los demás, de vanidad, arrogancia y dominación<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> El reconocimiento que realiza John Locke respecto de una igual libertad implica el reconocimiento de una sociedad plural. En ese sentido, refiriéndose a la libertad de cultos y el deber de tolerancia, sostiene: “Los príncipes nacen superiores a los demás hombres por poder, pero, por naturaleza, son iguales, ni el derecho de gobernar o la pericia en el arte de gobierno lleva consigo un conocimiento cierto de otras cosas y, mucho menos, de la verdadera religión; pues, en efecto, si no fuera así, ¿cómo podría ocurrir que en las cuestiones religiosas los poderosos de la tierra tengan posiciones tan alejadas?” JOHN LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, p. 22.

<sup>11</sup> RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>12</sup> Todos son libres de disponer y ordenar sus posesiones, y todos son iguales en poder y jurisdicción. Todos somos reyes y soberanos de nuestras acciones. RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>13</sup> A esta concepción se suma el barón de Montesquieu, quien distingue el derecho privado y el derecho público. Así, mientras el derecho político rige las relaciones entre gobernados y gobernantes, el derecho privado regula las relaciones del hombre al interior de la sociedad civil. JEAN L. COHEN y ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, pp. 117-118.

<sup>14</sup> Sin duda que los presupuestos de Jean-Jacques Rousseau eran también los de la libertad de los ciudadanos. Pero este planteamiento se construye a partir de una variante ajena al liberalismo clásico de corte pluralista según el cual se garantiza la libertad de los individuos en oposición al poder central del Estado. El liberalismo racionalista encomienda al Estado garantizar la libertad de las minorías y de los grupos sin poder al interior de las asociaciones y grupos intermedios a través de la que se estructura la sociedad. JACOB T. LEVY, *Rationalism, Pluralism, and Freedom*.

<sup>15</sup> RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 254.

“Aquel que mejor cantaba o bailaba, o el más hermoso, el más fuerte, el más diestro o el más elocuente, fue el más considerado; y éste fue el primer paso hacia la desigualdad y hacia el vicio al mismo tiempo. De estas primeras preferencias nacieron, por una parte, la vanidad y el desprecio; por otro, la vergüenza y la envidia, y la fermentación causada por esta nueva levadura produjo al fin compuestos fatales para la felicidad y la inocencia”<sup>16</sup>.

Así, el hombre que en esencia era bueno fue corrompido por la cultura y las instituciones, siendo necesario un pacto que ceda a un tercero imparcial, representado por la voluntad general, que garantice la libertad y la igualdad. De esta forma, los intereses comunes de los individuos tienden invariablemente hacia el bien público<sup>17</sup>. Por esa razón delegan sus intereses en un poder omnímodo que mire solo el bien común<sup>18</sup> y tienda sin vacilación al bien<sup>19</sup>.

Como se observa, la libertad en el primer contrato es cedida al Soberano o a la voluntad general, en tanto que en el segundo caso la libertad permanece inalterable en la potestad del individuo desde que es cedida por “consentimiento”:

“Lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan las reglas de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad”<sup>20</sup>.

Si bien ambas teorías, la de Thomas Hobbes y la de John Locke, plantean la cuestión del origen y la legitimidad del poder, ellas lo hacen desde puntos de vistas diametralmente distintos. Mientras, para el normativismo el poder queda *radicado en el Soberano*, o en un concepto análogo, como la

<sup>16</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Segundo discurso o discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, p. 34; RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>17</sup> “La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos es que sólo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común: porque si la oposición entre los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo entre esos mismos intereses lo que lo ha hecho posible. Lo que hay de común en esos intereses diferentes es lo que forma el vínculo social, y si no hubiera algún punto en el que todos esos intereses concordaran, ninguna sociedad podría existir. Ahora bien, es únicamente en razón de esos intereses comunes como debe ser gobernada la sociedad”. Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, p. 49.

<sup>18</sup> La voluntad general mira solo el interés común mientras que la voluntad de todos se centra en el interés privado y no es más que la suma de las voluntades privadas. RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>19</sup> Sobre las características de la voluntad general, RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 284.

<sup>20</sup> John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, p. 114.

voluntad general, la nación o el Estado, para el naturalismo el poder *deriva de los individuos*, bien para ser expresado por el Poder Legislativo, el Ejecutivo o un órgano judicial. Por eso se trata de un *pacto de libertad* no supe-  
ditado a fines ulteriores. Luego, la justificación de los derechos es distinta: mientras para Thomas Hobbes los derechos surgen a propósito del contrato social con el fin de asegurar la libertad, para John Locke los derechos existen con anterioridad al acuerdo, esto es, se entienden preexistentes.

### C) LOS DERECHOS COMO DEBERES

Es interesante distinguir la moral de la ética. Etimológicamente tienen orígenes diferentes: la moral del romano *mores* y la ética del griego *ethos*. Mientras la primera se relaciona con las exigencias prácticas de la moral personal, la segunda lo hace respecto de las máximas o principios abstractos del comportamiento social<sup>21</sup>. El primer planteamiento supondría la existencia de obligaciones morales circunscritas al ámbito interno de la conducta de las personas<sup>22</sup>, el segundo implicaría una ética sustentada en la prioridad de las mismas como agentes de elección, reflejada en

“el imperativo de respetar sobre todo la autonomía del individuo, de considerar al ser humano como el portador de una dignidad que está más allá de los roles que éste asuma y de los fines que pueda perseguir<sup>23</sup>.”

Al momento en que un deber jurídico es fundamentado, la racionalidad práctica con la que adquiere contenido se transforma en racionalidad material<sup>24</sup>. Desde esa perspectiva adquieren fuerza normativa las reglas y los principios con los que es posible justificar todo tipo de derechos<sup>25</sup>.

Los derechos previstos como normas éticas no obligan por sí mismos, sino que dependen de una fuerza externa a la autonomía individual. Son heterónomos. Así, un derecho es

<sup>21</sup> La creencia en una ética social arranca de una percepción particular acerca del ideal de bien. Esta línea de trabajo la recoge el racionalismo cartesiano, el imperativo universal de Immanuel Kant, y el idealismo de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que distingue (¿o tensiona?) un espíritu objetivo (*objektiver Geist*) uno intersubjetivo y el significado, además de las instituciones que lo representan: el derecho abstracto, la moralidad, y la vida ética (*Sittlichkeit*). COHEN y ARATO, *op. cit.*, pp. 123-125.

<sup>22</sup> Como las obligaciones naturales que reconoce el *Código Civil* en el artículo 1470 que se entienden morales por cuanto se aplican a las personas más allá de su consentimiento.

<sup>23</sup> Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, p. 37.

<sup>24</sup> Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 25.

<sup>25</sup> ALEXY, *op. cit.* La diferencia entre principios y reglas es uno de los aspectos centrales de la teoría normativa de Robert Alexy sobre la cual justifica la existencia de los derechos constitucionales de contenido clásico, político y social.

“la pretensión de poder actuar en el sentido debido, según una razón, un orden o una ley universal. Ya no se trata en consecuencia de actuar según la propia libertad (...), sino de poder actuar según el propio deber”.

A partir de las reglas que expresan deberes se postula la existencia de valores como parte de un sistema complejo de normas<sup>26</sup>.

Como se observa, la perspectiva normativista no distingue con claridad el ámbito individual del plano social, como sí lo hacía en sus orígenes el derecho romano al delimitar la esfera de la responsabilidad privada (*res privata*) de la esfera pública (*res publica*). Y esto, debido a que la dimensión normativista funde y subordina la moral individual al interior de la ética. Es a propósito de esta dimensión normativista, que el Estado asume un papel de garantizar en términos “metaéticos” las conductas de los individuos. Desde este prisma es posible postular –idealmente– a un “imperativo categórico” de reglas institucionalizadas o a un “estándar de comportamiento” como en el caso de los derechos sociales. Desde esa mirada también se conciben las garantías institucionales. A diferencia de los derechos sociales, el origen de los derechos clásicos no se encuentra en la ley positiva, pues esta, tal como se expresa, se entiende parte del poder.

Los derechos no responden a un *deber ser* dispuesto por el Estado, pues esta noción representa una visión heterónoma fundada en la ética del comportamiento<sup>27</sup>. En otras palabras, la ley no es justa porque es ley, sino porque *debe ser justa*. En eso radica la “fuerza revolucionaria” de los derechos y libertades individuales: en su capacidad de liberarnos frente al poder.

#### D) LOS DERECHOS COMO GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Una institución jurídica es un sistema público de reglas que define cargos y posiciones con sus derechos y deberes. Son instituciones, por ejemplo, los ritos y juegos, procesos judiciales y parlamentarios, los mercados y los sistemas de propiedad. Este conjunto variopinto de reglas considera las conductas

<sup>26</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, pp. 81-82. Según este autor el lenguaje utilizado por la tradición humanista cristiana del derecho sienta sus bases en la consecución de la justicia más que en la libertad individual. El jurista italiano postula una convergencia del lenguaje entre estas dos ópticas.

<sup>27</sup> Bajo la ética del comportamiento es planteado el enfoque cultural por el cual el “Estado de Derecho es una práctica social, es una forma de ver el mundo (...) es mantener un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo, el espacio, la autoridad la representación. Es comprender las acciones de otros y las posibles acciones del yo como expresiones de estas creencias”. Qué mejor ejemplo que las aberraciones del “derecho penal del enemigo” como práctica eficaz para hacer frente al terrorismo global. Para Paul KAHN, *El análisis cultural del derecho*, p. 53.

permitidas y las prohibidas, para lo cual dispone sanciones y garantías. De ahí que el derecho pueda ser considerado un “orden normativo institucional y el derecho del Estado contemporáneo (...) una forma de derecho”<sup>28</sup>.

Las instituciones que conforma la estructura básica de la sociedad requieren de un acuerdo público con el objetivo de validar las normas jurídicas que las definen en cuanto tal<sup>29</sup>. De manera que las instituciones se configuran a partir de un acuerdo. Así, también, las instituciones son creadas como “dispositivos organizadores” montados jurídicamente para la realización de funciones específicas<sup>30</sup>.

Según la perspectiva institucional, el acuerdo o contrato no es una razón de la cual se pueda desglosar un principio una regla o una garantía<sup>31</sup>. Y esto por cuanto el contrato no acreditaría la imparcialidad del acuerdo de voluntades, ni aseguraría la autonomía de las partes<sup>32</sup>. Por ese simple hecho, las relaciones de alteridad o equivalencia sobre las que se estructura la justicia en cualquiera de sus variantes (conmutativa, distributiva e, incluso, retributiva), no sirven de fundamento para una teoría institucional de los derechos.

Las garantías institucionales obedecen a “un llamamiento a la intervención pública, a la prestación en la materia respectiva”<sup>33</sup>. Sin ese llamamiento, los derechos no serían exigibles<sup>34</sup>. De esta forma, la garantía institucional consigna los “elementos arquitecturales indispensables” del sistema de derechos. Para ese fin, la “configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indis-

<sup>28</sup> Neil MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, p. 27.

<sup>29</sup> John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 62.

<sup>30</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 52.

<sup>31</sup> Por esa razón, para autores como John Rawls prima un planteamiento institucional al considerar dos principios configuradores de la justicia: principios para instituciones, que se aplican a la estructura básica de la sociedad y principios para individuos, que formulan deberes y obligaciones de las personas con respecto a las instituciones entre sí. SANDEL, *op. cit.*, pp. 141-142.

<sup>32</sup> El razonamiento práctico a partir del cual se justifica el ideal de justicia, así como el estudio de las condiciones necesarias para concretarla, confiere sentido a la colaboración entre iguales. Sobre esa idea surge el concepto de bien común, entendido como “conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar por sí mismo el valor o los valores por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 183-184.

<sup>33</sup> José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, p. 141.

<sup>34</sup> La idea de pacto en la versión de Thomas Hobbes, por la que se delega en el Estado la facultad de asegurar las condiciones mínimas que garantizan la libertad de las personas, calza con el prisma ético.

ponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”<sup>35</sup>. Así, la eficacia del derecho depende de la voluntad del intérprete.

#### E) LOS DERECHOS COMO CATEGORÍAS RELATIVAS/ABSOLUTAS

La naturaleza relativa de un derecho constitucional apunta a su carácter dispensable, pudiendo el legislador o la autoridad reformarlo, derogarlo o modificarlo a su entero arbitrio. Si una Constitución declara derechos y libertades y luego no los garantiza, no los toma en serio. Como prescribe la Declaración francesa: “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada (...) carece de Constitución”. Los derechos de libertad se relacionan con la Constitución, ya que al ser incorporados,

“hacen tomar estado legal y judicial y facilitan su ulterior protección al ofrecer unos concretos recursos legales al ciudadano y obligar más expresamente al legislador, juez y funcionario a respetarlos”<sup>36</sup>.

Y esto es precisamente lo que ocurre con aquellas constituciones en las que, imbuidas por un exceso de celo “garantista”, no satisfacen las infinitas expectativas de una

“sociedad multicultural cada vez más compleja, sometida a tendencias contrapuestas y crisis profundas de los presupuestos más esenciales de la democracia”<sup>37</sup>.

Los derechos y libertades no adquieren legitimidad por el Estado. Al contrario, son estos derechos y estas libertades básicas los que legitiman a las Constituciones, a las leyes y a los gobiernos. En este sentido, son *base y fundamento*. Por ello, desde el prisma del liberalismo racionalista, la Declaración francesa proclama que su conservación es el *fin de toda asociación política*.

En términos prácticos, para cumplir con su función limitadora los derechos deben ser concebidos en términos absolutos. Los derechos poseen un valor intrínseco que no quita ni añade el hecho de que estén o no previstos en la Constitución. De manera que lo absoluto no se refiere a la imposibilidad de poner restricciones al ejercicio de la libertad, sino que a la de admitir – sin más – su derogación. Bajo este respecto, ningún derecho absoluto puede ser derogado, ya que su legitimidad no reside en la norma positiva ni en

<sup>35</sup> En referencia a sentencia 32/1981, de 28 de julio del TCE. MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, p. 142.

<sup>36</sup> Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 317.

las instituciones políticas<sup>38</sup>. Los derechos son también absolutos para la idea de Constitución, esto es: limitar y someter el poder al derecho. Un prisma diferente que propugne el carácter relativo<sup>39</sup> toma distancia de la tradición liberal de los derechos, transformándolos en instrumentos que justifican la intromisión del Estado en el régimen de libertades individuales. De esa forma, cualquier individuo puede reclamarlos ante un tribunal de justicia imparcial e independiente.

El carácter absoluto no está dado por el poder, sino por la naturaleza del hombre y de los bienes que protege. Los derechos no nacen para hacer frente a una realidad política específica ni para satisfacer una necesidad social, económica o cultural determinada. De esta forma, el único titular de esos atributos básicos es el hombre. Por esto, los derechos no deben ser ni muchos, ni complejos, ni difusos, ni laxos, pues, de lo contrario, confunden al juez y generan falsas expectativas en sus destinatarios. Un derecho es absoluto no por su infinitud, sino por la facultad que protege y garantiza.

### 3) *Hacia una clasificación actualizada de los derechos constitucionales*

La clasificación en derechos clásicos, políticos, sociales y de la personalidad, no es completa. Ella solo obedece a la idea de explicar la teoría de los derechos constitucionales de acuerdo con ciertos rasgos distintivos que parecen relevantes, pero que no son exclusivos ni mucho menos pretenden agotarse en sí mismos. Sin duda, otros elementos podrían replantear los criterios de clasificación, como el concepto de dignidad o la noción de conciencia en seres diferentes al ser humano. Con todo, a partir de esta clasificación es posible imaginar con relativa simplicidad el surgimiento de cada categoría jurídica en el contexto de los cambios que suponen cada circunstancia histórica.

#### A) *DERECHOS CLÁSICOS*

La teoría del contrato social y la teoría del derecho natural analizan el fundamento de la libertad (negativa) a propósitos de los excesos cometidos por el absolutismo del siglo XVII. A partir de estas, son objeto de estudio una

<sup>38</sup> PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 333.

<sup>39</sup> Como el que se esboza bajo la aplicación del principio de proporcionalidad en el trabajo de Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

serie de libertades negativas que limitan o restringen el ejercicio arbitrario del poder, entre las que se cuentan: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad, el derecho a un justo y racional procedimiento y a ser juzgado por jueces imparciales, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, el derecho a la intimidad y al honor, y el derecho a la libertad de culto, pensamiento y expresión.

En sus orígenes las libertades clásicas no eran ni requerían ser enunciadas de manera exhaustiva o taxativa en la Constitución. Y esto, por cuanto los derechos se entendían como criterios básicos de interpretación que reconocían la libertad como atributo inherente de la persona. Por esa razón, mediante estos criterios, no podían ser negados o restringidos otros derechos y libertades que también se tienen por derecho propio<sup>40</sup>.

### B) DERECHOS POLÍTICOS

La existencia de derechos presupone el reconocimiento de una pluralidad de fines y propósitos, objetivos y atributos, intereses y necesidades. Del reconocimiento de la pluralidad como hecho, no se desprende un planteamiento meramente descriptivo<sup>41</sup> o uno de índole utilitarista guiado por la consecución de fines<sup>42</sup>, sino que, al contrario, presupone un juicio valorativo sobre las características empíricas que individualizan a cada ser humano<sup>43</sup>. No es fortuito que las personas tengan diferentes valores sobre los cuales orienten sus planes de vida, ya que la diversidad de valores es inherente a

---

<sup>40</sup> El texto original de la Constitución de Estados Unidos carece de un catálogo expreso de derechos. Enmienda IX de la Constitución estadounidense.

<sup>41</sup> "Restablecer una unidad para la pluralidad de observadores requeriría exigir de todos ellos que, al fijar sus criterios de racionalidad, a la vez procedieran de modo racional según sus propios criterios". Niklas LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 134. Por esta vía, la teoría de sistemas excluye el razonamiento práctico y considera el pluralismo como una estrategia infructuosa de solución ante la complejidad de la sociedad y el proceso de diferenciación de los distintos sistemas sociales. En cambio, para Jürgen Habermas "la teoría de sistemas abandona el nivel de los sujetos de acción individuales y colectivos, considerando a la sociedad como una red de subsistemas autónomos que se encapsulan unos frente a otros adoptando cada uno su propia semántica, constituyendo entornos los unos para los otros. En la interacción de los subsistemas sólo resultan decisivas sus propias formas de operación, fijadas internamente, y no las intenciones e intereses de los actores implicados. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 413.

<sup>42</sup> En referencia a Thomas Hobbes y su *Leviatán*.

<sup>43</sup> "Cada individuo se ubica de forma única en el tiempo y el espacio, nace en una familia y en una sociedad en particular, y las contingencias de estas circunstancias, junto con los intereses y valores y las aspiraciones a los que dan origen, son lo que diferencian a las personas, los que las hace las personas individuales que son". SANDEL, *op. cit.*, p. 74.

la racionalidad. En ese contexto, los valores de unos compiten libremente con los valores de otros.

El hecho de la pluralidad es consustancial a la sociedad civil. La sociedad civil es representada por “una red compleja de relaciones culturales, sociales y económicas” independiente del poder central. De manera que no puede ser confundida con un tipo de comunidad política en particular. La sociedad civil posee rasgos distintivos entre los cuales cuenta la capacidad que tienen los ciudadanos de participar y la de hacerse responsables en y ante la comunidad. Por estas razones, la pluralidad representa la diversidad de asociaciones y estructuras con las que se organizan los distintos proyectos de vida, y refleja el contexto cultural a partir del cual se desarrollan dichos proyectos<sup>44</sup>. De esa forma, en un mismo espacio y tiempo cohabitan las identidades y singularidades de cada individuo en forma independiente con la idea abstracta del Estado<sup>45</sup>.

En efecto, es este redescubrimiento sobre la “sociedad civil” el que trae aparejado una nueva esfera de derechos: los derechos de participación ciudadana<sup>46</sup>. De esta forma, son reconocidos los derechos de expresión, de asociación y reunión, de sufragio, de petición y de no discriminación en los cargos públicos. De igual forma, el derecho de propiedad sigue ocupando un lugar privilegiado, ya que es fruto de la participación del hombre en la creación. Este conjunto de derechos y libertades forman el “bloque básico de libertades” que hace posible la vida constitucional.

### C) DERECHOS SOCIALES

El modelo político y económico imperante durante la era industrial no consideró los riesgos que generaría la economía capitalista. La concentración del capital en manos de unos pocos sumada a la escasez de recursos *para satisfacer las* necesidades de muchos trajo consigo una realidad de explotación, pobreza e inequidad social. Muchos creyeron ver en el modelo clásico de libertades la raíz de la crisis social, donde el derecho y los exce-

---

<sup>44</sup> Jonathan CHAPLIN, “Rejecting Neutrality, Respecting Diversity: From ‘Liberal Pluralism’ to ‘Christian Pluralism’”, pp. 145-149

<sup>45</sup> Sociedad civil y Estado no son conceptos contrapuestos. Antes bien, de la consolidación de la primera depende el éxito del segundo. Solo así se puede hablar de “gobernanza” o “gobierno en red”. Con estos conceptos se postula a que los actores de la sociedad civil participen activamente en la adopción de decisiones de índole público. Carlos Antonio PEREIRA MENAUT, *Política y derecho*, pp. 198-199 y 221.

<sup>46</sup> Bajo las premisas de la responsabilidad política, la participación ciudadana y la subsidiariedad, se organiza el buen gobierno. Es tarea del legislador crear los mecanismos que promuevan “las ventajas de una vida honrada y de todo bien que deba corresponderles”. ARISTÓTELES, “La Política”, pp. 127 y 129.

sos del formalismo jurídico serían la causa del problema<sup>47</sup>. Los derechos representarían máximas de comportamiento al servicio de una “ideología de clases”<sup>48</sup>. En este sentido, el régimen de libertades negativas únicamente consideraba “la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma”. De esta forma, los derechos de libertad negativa no se fundamentarían en la *relación* del hombre con el hombre, sino “en la *separación* del hombre respecto del hombre”<sup>49</sup>. Para enmendar el camino iniciado por la tradición clásica de los derechos, el constitucionalismo social subordinó el concepto de libertad negativa, como límite mínimo, a la noción de libertad positiva, como un límite máximo de “ideas fuerzas”<sup>50</sup> para el otorgamiento de distintas prestaciones sociales<sup>51</sup>. Así, los derechos sociales serían prescritos a través de

“manifestaciones particulares de derechos o libertades clásicos, que surgen con la finalidad expresa de todo derecho social: eliminar o disminuir la desigualdad material y mejorar las condiciones de vida”<sup>52</sup>

o, de plano, mediante normas que expresan deberes de prestación del Estado, como el derecho a la salud, a la vivienda, al seguro obrero o a la educación.

La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 encarnó precisamente ese conjunto de ideales y demandas en el ámbito político, social y económico<sup>53</sup>. Luego lo harían las de Querétaro de 1917 y de Weimar de

<sup>47</sup> Rudolf STAMMLER, *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico-social*, p. 472.

<sup>48</sup> “Las máximas jurídicas son la creación de los hombres en cuanto voluntad. Si queréis dar a esa voluntad una dirección determinada, darles como meta lo único que puede serlo”. Antonio GRAMSCI, *Escritos. Tres principios, tres órdenes*, pp. 47-48.

<sup>49</sup> “Los llamados derechos humanos, los *droits de l’homme*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad”. Karl MARX, *Sobre la cuestión judía y otros textos*, p. 37.

<sup>50</sup> Sobre derechos como ideas límites e ideas fuerzas en contraposición a ideas mínimos. GRAMSCI, *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>51</sup> Se llama libertad positiva no por merecer un juicio más favorable, sino porque su disfrute implica una acción positiva de los poderes públicos. Los elementos de la libertad positiva se entienden a partir de la libertad negativa: 1) ausencia de restricciones e interferencias, 2) inexistencia o superación de limitaciones y capacidad de actuar, 3) existencia de oportunidades y 4) amplitud de acciones reales y efectivas. PEREIRA MENAUT, *Política...*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, p. 336.

<sup>53</sup> Con ese propósito prescribe una serie de derechos que regulan las relaciones laborales. De esta forma, reconoce la libertad de trabajo e industria, la enseñanza gratuita, la educación profesional y la igualdad de trato entre patrón y obrero. Asimismo, son creadas en el ámbito nacional instituciones de crédito agrícola y asociaciones voluntarias y, en el

1919<sup>54</sup>. Con igual dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931 y de Irlanda en 1937. Por su parte, la Doctrina Social de la Iglesia Católica formularía con *Rerum Novarum* en 1891 una dura crítica contra el individualismo y el colectivismo estatal<sup>55</sup>. De manera que el reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones contemporáneas no es el reflejo de una ideología en particular, sino, más bien, lo es de una época marcada por profundos cambios en la estructura productiva y económica de la sociedad, cambios que alterarían de manera definitiva el *status quo* de los siglos XIX y XX y la teoría clásica del derecho constitucional<sup>56</sup>.

#### D) DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad se relacionan con la interioridad del sujeto y el afán de posesión y dominio sobre ciertos ámbitos de la conciencia individual. Su justificación parece encontrar sustento en la capacidad de ejercicio. Por esa razón, los derechos de la personalidad autorizan sacrificar la vida de un incapaz “a no ser que obtenga el indulto de un tercero que le atribuya

---

ámbito comunal, bolsas de empleo y seguros de cesantía. Por último, otorga protección especial a los niños abandonados y a sus familias.

<sup>54</sup> La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional, laboral, de salud pública, y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo. Por su parte, la de Weimar contiene una sección especial relativa a la vida social que, junto con dejar en manos del Estado la propiedad de servicios considerados básicos (como ferrocarriles, teléfonos, telégrafos y buques mercantes), prescribe el derecho a prestaciones compensatorias de familias numerosas, la protección de la maternidad, la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico y el derecho a la educación.

<sup>55</sup> *Encíclica Rerum Novarum*. La carta vaticana reconoce derechos y establece deberes respecto de los individuos, las asociaciones y el Estado, con énfasis en distintas materias de orden laboral, como el derecho al descanso, la determinación del salario justo, y el derecho de asociación para la solución de los conflictos colectivos. La encíclica deja de lado el escepticismo de Thomas Hobbes y adhiere al planteamiento de John Locke “Hay (...) un mal capital [que] es el de figurarse y pensar que una clase. En esa dirección viajan *Gaudium Spes*, de JUAN XXIII, *Populorum Progreso* de PABLO VI y *Sollicitudo rei socialis* de JUAN PABLO II.

<sup>56</sup> Por ello, el reconocimiento de los derechos sociales no obedece a una ideología en particular, sino que su carácter es variopinto. Así, por ejemplo, entre los años 1881, 1884 y 1889, el seguro obligatorio que benefició a los trabajadores de la industria, los inválidos y los ancianos en Alemania fue impulsado por el gobierno conservador de Otto von Bismark, en tanto que las leyes sociales en Italia fueron promovidas por los gobiernos conservadores y el régimen fascista desde 1890. Asimismo, el reconocimiento de los derechos sociales en España fue iniciativa de republicanos y franquistas. En fin, el debate sobre el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución estadounidense y el origen de los derechos sociales en Latinoamérica es igualmente variopinto. Sobre la tradición constitucional y el reconocimiento de los derechos sociales, véase Juan Andrés GONZÁLEZ TUGAS, “Los derechos sociales: La nueva tradición constitucional y sus problemas”, pp. 71-98.

patente de *deseado*<sup>57</sup>. Indudablemente, el reconocimiento de estos derechos trae aparejado un problema moral de proporciones donde el individuo, dueño y señor de ciertas categorías de libertad, confunde su condición de sujeto poseedor (lo mío) con su identidad trascendente (el ser mismo)<sup>58</sup>. Bajo este paradigma, el afán de autorrealización y privacidad irrumpen en el concierto de los derechos constitucionales como (meta) consigna de la libertad negativa.

Estas nuevas categorías jurídicas resolverían de manera concreta aquellas necesidades, demandas y aspiraciones ajenas a la condición política del ser humano. Desde este prisma, el “yo” íntimo se superpone a la dimensión pública del ágora<sup>59</sup>. De esta forma, el titular de un derecho de la personalidad se asemeja a la situación descrita por Karl Marx en su crítica a los derechos clásicos según la cual el individuo es un sujeto aislado, atomístico, bombardeado de “multitudes emocionales tan intensas como efímeras”<sup>60</sup>. En ese contexto, el hombre es un ser “imaginario” al que poco o nada le interesa la sociedad en la que se desenvuelve.

A juicio de la jurisprudencia española, el reconocimiento de los derechos de la personalidad implicaría

“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”<sup>61</sup>.

En palabras claves del Tribunal Constitucional Español, los derechos de la personalidad salvaguardarían “un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas”<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Andrés OLLERO, “Los nuevos derechos”, p. 56.

<sup>58</sup> En términos éticos, el “yo” debiera ser anterior a los fines que afirma. “Brindar una fundamentación de esta prioridad plantea un particular desafío” desde el momento en que se elimina la posibilidad del ‘yo’ que logra su prioridad al habitar un dominio trascendente”. Así, se puede diferenciar el ‘yo’ de sus fines, al tiempo que también es posible conectarlos con la situación concreta en que se plantean. Y es que al poseer, algo el sujeto simultáneamente se relaciona con un algo a la vez que toma distancia: decir que se posee una cierta inclinación en el foro íntimo es oponer *lo mío a lo tuyo*, como también se diferencia de ese algo: *es mío* en lugar de *ser yo mismo*. Cuando la primera dimensión absorbe a la segunda el ser pierde identidad moral. SANDEL, *op. cit.*, pp. 77-79.

<sup>59</sup> PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 370.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 371.

<sup>61</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 241/2012, de 17 de diciembre, Fj. 3; Alejandro VILLANUEVAS TURNES, “Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español rol 241/2012 de 17 de diciembre, en relación con el Derecho a la Intimidad y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones”.

<sup>62</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 170/1987, de 30 de octubre de 1988, Fj 4°.

En términos generales, los derechos de la personalidad han sido alegados a partir del derecho a la vida, a la integridad moral, a la inviolabilidad de las comunicaciones (especialmente en materia informática), al derecho a la propia imagen, y al derecho al honor. Lo paradójico es que para muchos de estos casos el *habeas corpus* juega a expensas y no a favor del derecho a la vida<sup>63</sup>.

#### 4) Aplicaciones

- a) El reconocimiento de los derechos constitucionales según la teoría del derecho natural se vincula con la naturaleza trascendente y racional del ser humano. De esta manera, el objeto último de los derechos es resguardar la libertad del hombre como principal atributo de su ser moral, y no asegurar el ejercicio discrecional de las potestades de la autoridad. Por ello, los derechos son límites o salvaguardas oponibles al poder y no potestades o deberes que restringen las facultades de las personas. Por esta razón, su finalidad no responde al resguardo de las condiciones mínimas que hacen posible el orden o la paz social. El reconocimiento de los derechos constitucionales no depende de la implementación de una política económica, social o cultural. Un derecho constitucional es, antes que todo, una pretensión o facultad de hacer exigible algo ante un tercero que detenta el poder. Los derechos nacen para proteger al más débil frente al más fuerte. Los derechos son las libertades que tiene cada hombre para usar su propio poder, sus propias facultades y capacidades, sus propias creencias y su inteligencia, como quiera y donde fuera, a fin de conservar y preservar su naturaleza individual y social<sup>64</sup>. Este conjunto de atributos no es compartido por todas las categorías de derechos, sino solo por los derechos clásicos de libertad.
- b) El hecho de que los derechos puedan ser considerados consecuencia del sistema de normas positivas implica desconocer su carácter absoluto. Bajo ese presupuesto los derechos constitucionales serían

---

<sup>63</sup> Como ha sucedido en la defensa de la huelga de hambre o con la eliminación de un embrión fabricado *in vitro*. Véase STC de España n.º 212/1996, f. 6 y n.º 116/1999, f. 9.

<sup>64</sup> La ley es, en cambio, un precepto general y abstracto de la razón por el que prohibimos todo aquello que amenaza o atenta nuestra libertad. Así, mientras los derechos representan libertades, la ley es el límite dispuesto al servicio de esas libertades. De ahí que la naturaleza de los derechos preexista a la noción de Estado.

disponibles por el legislador a pretexto de un fin circunstancial definido por una política de gobierno, como ocurre con los derechos sociales en la implementación de programas de acción, modelos de procedimientos y organización, y garantías institucionales.

- c) La naturaleza contractual de los derechos constitucionales permite explicar las relaciones entre individuos, en términos de reciprocidad y equivalencia. Esto no es así cuando el presupuesto viene dado por un planteamiento metaético, como es el caso de las garantías institucionales. Por eso, cuando los derechos responden a valores, principios y deberes o reglas de conducta, no existe un criterio válido para dirimir lo que en verdad es justo. Asimismo, el contrato social presupone lo plural como hecho característico. Cada proyecto de vida gira y se implementa en espacios comunes de convivencia. Lo plural no solo es reflejo de las distintas maneras de pensar, sino que, también, lo es respecto de las asociaciones a través de las cuales se organiza la sociedad y de su entorno cultural. Sobre esta base teórica se justifican los derechos políticos con los que se expresa la condición social del sujeto individual.
- d) La tradición de los derechos constitucionales ha experimentado una evolución gradual y sucesiva conforme han ocurrido diferentes circunstancias históricas. A partir de esa evolución es posible identificar algunos elementos característicos de los derechos sociales:
- 1) Los derechos sociales comparten algunos elementos que son característicos de los antiguos privilegios por los que la autoridad o el Monarca entregaba beneficios a cierto grupo de personas. Los derechos constitucionales no son privilegios en beneficio de un cierto grupo, clase o categoría de personas. Los derechos son categorías universalmente vinculantes. Desde esta perspectiva, el concepto de titularidad colectiva es ajeno a los derechos constitucionales, así como también lo son las concesiones de poder en beneficio de ciertos individuos, grupos de individuos u otras categorías jurídicas.
  - 2) Si los derechos sociales se legitiman sobre la base de la teoría del contrato social, su objeto no es garantizar la libertad en términos negativos como lo hace la teoría clásica de los derechos constitucionales, sino garantizar un orden racional al interior de la sociedad que permita generar las condiciones para la libertad<sup>65</sup>. En otras palabras, si para evitar el estado de guerra es necesari-

---

<sup>65</sup> En este sentido los derechos sociales se fundan en un liberalismo de corte racionalista. LEVY, *op. cit.*, parte introductoria.

- rio que las personas renuncien a su libertad en términos absolutos, autorizando al Soberano para que adopte las medidas conducentes a garantizar la seguridad, entonces, los derechos no salvaguardan la libertad ante el poder, sino el poder a expensas de la libertad. Esta condición explica la ideología de la soberanía absoluta como la plantea Jean Bodin<sup>66</sup>.
- 3) Desde una perspectiva normativista, los derechos sociales representan reglas, principios y valores conformados por normas programáticas, normas de organización y procedimiento, garantías institucionales y derechos subjetivos.
  - 4) Si para Karl Marx los derechos son parte de la superestructura del sistema de producción capitalista y el reflejo del hombre burgués aislado como una mónada en la sociedad, para Antonio Gramsci los derechos son “ideas fuerzas” dispuestas como “límites máximos” para frenar el poder de la clase dominante y generar las condiciones culturales necesarias que provoquen una transformación o *cambio social* a favor de la *emancipación*.
- e) La inexistencia de un consenso en lo fundamental y la ausencia de lo público explican el proceso de hiperinflación y fragmentación de los derechos constitucionales. En esa realidad, los derechos sociales se justifican a partir de una *función social* determinada. Así, el derecho al trabajo se explica en función de la sujeción del sujeto al mercado formal sin el cual no hay beneficios ni derechos. En el ámbito de la salud, la condición de paciente opera solo en el caso de que el Estado reconozca en términos explícitos ciertas garantías mínimas y, en la educación, la condición de estudiante se concreta en función del reconocimiento oficial que otorga el Estado respecto de los establecimientos de enseñanza y los títulos profesionales.

### Bibliografía

- ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª impresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARISTÓTELES, “La política”, en *Obras maestras*, 4ª ed., Barcelona, Editorial Iberia, 1967.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

---

<sup>66</sup> “El soberano es independiente de toda potestad humana y disfruta de una libertad sin límites” y los derechos no son más que una extensión de esa potestad. “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República”. JEAN BODIN, *Los seis libros de la República*, p. 47.

- BODIN, Jean; *Los seis libros de la República*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- CASEY, Gerard, "Religion and Politics: The case for their Divorce", in *Religions and the Political*, Hildesheim-Zurich-Ney York, Georg Olms Verlag ed., 2012.
- CHAPLIN, Jonathan, "Rejecting Neutrality, Respecting Diversity: From 'Liberal Pluralism' to 'Christian Pluralism'", in *Christian Scholar's Review*, vol. 35, Issue 2, Holland, Michigan, 2006.
- COHEN, Jean L., Andrew ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés, "Los derechos sociales: La nueva tradición constitucional y sus problemas", en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 12, Santiago, abril 2018.
- GRAMSCI, Antonio, *Escritos. Tres principios, tres órdenes*, Madrid, Ed. César Rendueles, Alianza Editorial, 2017.
- HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2013.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán.*, Barcelona, Deusto, 2018.
- HOHFELD, Wesley N., "Fundamental legal conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, vol. 26, issue 8, 1917. Disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol26/iss8/5>.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- KRIELE, MARTÍN, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980
- LEVY, Jacob T.; *Rationalism, Pluralism, and Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, disponible en [www.weblioteca.com.ar](http://www.weblioteca.com.ar) [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2018].
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Barcelona, Editorial Alianza, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Barcelona, Herder, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 2007.
- MARX, Karl, *Sobre la cuestión judía y otros textos*, Buenos Aires, Anarres. Disponible en [http://gci-icg.org/spanish/paginas\\_malditas.pdf](http://gci-icg.org/spanish/paginas_malditas.pdf) [Fecha de consulta: 1 de julio de 2018].
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, tomo 3.
- OLLERO, Andrés; "Los nuevos derechos", en *Persona y Derecho*, vol. 66, Navarra, 2012.

- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, Colex, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010.
- PLATÓN, “Lisis”, en *Obras completas*, Madrid, Ed. Patricio de Azcárate, 1871, tomo 2.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Segundo discurso o discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, CALPE, 1923. Disponible en [www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf](http://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf) [fecha de consulta 2 de julio de 2018].
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- STAMMLER, Rudolf, *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico-social*, Zaragoza, Clásicos del Derecho, 2011.
- VILLANUEVAS TURNES, Alejandro, “Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español rol 241/2012 de 17 de diciembre, en relación con el Derecho a la Intimidad y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 22, n.º 2, Coquimbo, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

#### DOCUMENTOS CITADOS

- Constitución alemana de la República de Weimar de 1919.
- Constitución de Irlanda de 1937.
- Constitución de España de 1931.
- Constitución mexicana de Querétaro de 1917.
- Constitución francesa de 1848, II République, 4 noviembre. Disponible en [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) [fecha de consulta: 2 de marzo de 2018].
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_de\\_Independencia\\_de\\_los\\_Estados\\_Unidos](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Independencia_de_los_Estados_Unidos) [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2013].
- Encíclica Rerum Novarum*, disponible en [www.caritas.org.ar/download/sum-rerum-novarum.doc](http://www.caritas.org.ar/download/sum-rerum-novarum.doc) [fecha de consulta: 11 de octubre de 2013].
- Encíclica Gaudium Spes* disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)
- Encíclica Populorum Progreso* disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)
- Encíclica Sollicitudo rei socialis* disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

*JURISPRUDENCIA CITADA*

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 241/2012 de 17 de diciembre.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 170/1987, de 30 de octubre de 1988, Fj 4°.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 212/1996, de 19 de diciembre, f. 6.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 116/1999, de 17 de junio, f. 9.