

| ARTÍCULO

La teoría fuerte de los derechos sociales: reconstrucción y crítica***The Strong Theory of Social Rights: Reconstruction and Criticism**

Antonio Manuel Peña Freire
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

Fecha de recepción 31/05/2016 | De aceptación: 25/11/2016 | De publicación: 19/12/2016

RESUMEN.

En este artículo es objeto de análisis la teoría fuerte de los derechos sociales, que es presentada como una teoría unificadora del fundamento, la estructura normativa y los procedimientos de garantía de los diversos tipos de derechos y, en particular, de derechos sociales y de libertad. La teoría es objeto de una serie de consideraciones críticas que apuntan a algunos de sus presupuestos éticos, a sus consecuencias político-constitucionales, a sus problemáticos efectos económicos, al modo en que reconstruye la estructura normativa de los derechos que se considera deficiente y al modelo de garantía judicial propuesto para los derechos sociales que se reputa contraproducente.

PALABRAS CLAVE.

Derechos, derechos de libertad, derechos sociales, democracia, exigibilidad judicial

ABSTRACT.

The topic of this article is the strong theory of social rights, which is described as an unifying theory on the grounds, the normative structure and the procedures for protecting different types of rights and, in particular, social rights and liberty rights. Some aspects of that theory are criticized, namely, some of its moral assumptions, its political and constitutional consequences, its troublesome economic effects, the way it presents the normative structure of rights which is considered flawed, and the model of judicial guarantee proposed for social rights which it is said to be counterproductive.

KEY WORDS.

Rights, liberty rights, social rights, democracy, judicial enforceability

* Este artículo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación HICOES VI (DER2014-56291-C3-3-P)

Sumario: 1.- La teoría fuerte de los derechos sociales. 2.- Los derechos sociales según la teoría fuerte. 3.- Dificultades de la teoría fuerte de los derechos sociales. 4.- Conclusiones.

1. La teoría fuerte de los derechos sociales

Una de las cuestiones clave de la teoría de los derechos contemporánea es si los derechos sociales pueden asimilarse a otras categorías de derechos más asentadas, como las de los derechos de libertad o los derechos políticos y, particularmente, si los métodos de garantía apropiados para estos dos últimos grupos de derechos podrían serlo también para los primeros. Este asunto es bastante controvertido¹ y está lastrado por algunas dificultades fruto de cierta tendencia² a suponer que cualquier objeción a la garantía jurisdiccional de los derechos sociales cuestiona el nivel de compromiso personal con ellos o incluso que denota indiferencia hacia las necesidades ajenas.

En cualquier caso, desde hace algunas décadas viene conformándose al respecto lo que

denominaré una teoría fuerte de los derechos sociales³ cuyas tesis fundamentales son las siguientes: (a) Los derechos sociales son derechos humanos como los derechos de libertad o los derechos políticos, una afirmación esta que da la réplica a otra rival que cuestionaba ese estatus. (b) Los derechos sociales son como cualquier otro tipo de derechos, esto es, que entre derechos sociales y el resto de derechos, especialmente los de libertad, no existen diferencias significativas ni en su fundamentación ni en aspectos económicos ni en su estructura normativa ni en sus mecanismos de garantía. Estamos, por tanto, ante una teoría unificadora de los rasgos de los derechos. (c) En consecuencia, la teoría fuerte de los derechos sociales propugna que estos deben reconocerse y garantizarse del mismo modo que los restantes derechos. En particular, deben reconocerse constitucionalmente y protegerse judicialmente, permitiendo a los jueces su aplicación incluso frente a determinaciones legislativas incompatibles.

En lo que sigue, desarrollaré con algún detalle cada uno de estos argumentos. Después me referiré a las críticas que se han formulado frente a ellos y a las dificultades o debilidades que la teoría fuerte, a mi juicio, no ha podido superar aún.

¹ FREDMAN (2008: 92).

² Al respecto, en el ámbito de las políticas sociales, BAKER (1979: 177-181, 202, 204) o PINKER (1981: 6).

³ Al respecto, por ejemplo, ABRAMOVICH y COURTIS (2002), PISARELLO (2007), REY (2007), LEMA ANÓN (2010) ANÓN (2010), PACHECO (2010) o ROSETTI (2010).

2. Los derechos sociales según la teoría fuerte

2.1. Los derechos sociales son derechos humanos

Según un postulado elemental de la teoría fuerte de los derechos sociales, los derechos sociales son propiamente derechos, es decir, que no hay nada en el contenido de los habitualmente considerados como derechos sociales que impida clasificarlos como derechos. Hoy el estatus de los derechos sociales como derechos humanos o fundamentales no es controvertido, aunque sí que lo fue en su momento. Es conocido que CRANSTON (2002: 8-10) tempranamente formuló algunas críticas a la inclusión de derechos sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos y afirmó que no eran auténticos derechos humanos porque no satisfacían el triple test de universalidad, importancia primordial y practicabilidad, rasgos estos supuestamente propios de los genuinos derechos humanos. La respuesta a estas objeciones vino de la mano de RAPHAEL (2002: 20-21), quien cuestionó el carácter absoluto de la escala de valores en que se basaban las consideraciones de CRANSTON relativas a la importancia primordial de los derechos de libertad y rechazó que los derechos sociales fuesen impracticables tras afirmar que una obligación que no se cumple totalmente pero que sí puede cumplirse gradualmente no es una

obligación con contenido imposible⁴. Respecto de la universalidad, sostuvo que los derechos sociales son universales en cierto modo, pues aunque normalmente se ostentan frente a los restantes miembros de la propia comunidad política, también ocurre así con los derechos políticos sin que nadie cuestione por esa razón su estatus como derechos humanos.

Hoy el debate está zanjado y los derechos sociales son considerados como una especie del género derechos humanos. El concepto de los derechos humanos –y de los derechos en general– está basado en una práctica social que los constituye como tales y hace tiempo que la práctica incluye elementos sociales. Después de décadas de teorías de los derechos sociales, de constitucionalismo social y de innumerables textos legales que los reconocen, no tendría demasiado sentido insistir en que todo eso fue un error⁵ que alejó al fenómeno de su auténtica esencia.

⁴ Al respecto, WATSON (2002: 65) sugiere distinguir entre impracticabilidad lógica e impracticabilidad económica. Esta última no alteraría la naturaleza de derecho de lo económicamente impracticable.

⁵ En un sentido similar, KING (2012: 4, 17 y ss.); ahí también es posible encontrar cierto respaldo estadístico-jurídico a la afirmación. Al respecto también BEYER (2012: 295-96).

2.2. Los derechos sociales son similares a los restantes derechos humanos

La teoría fuerte de los derechos sociales postula la unificación o identificación entre los derechos sociales y otros derechos de otras categorías cuyo estatus teórico o nivel general de aceptación, reconocimiento o efectividad se reputa superior al de los derechos sociales. Esta unificación de los derechos opera a distintos niveles: el de la fundamentación, el económico, el estructural y el relativo a los métodos de garantía. Me referiré a cada uno de ellos a continuación.

2.2.1 Los derechos sociales no tienen un fundamento distinto al de otros derechos

Son habituales entre los teóricos partidarios de la teoría fuerte afirmaciones relativas a la indivisibilidad de los derechos⁶, sean civiles, políticos, sociales, culturales, etcétera, y a que todos ellos están vinculados a valores similares, como la expansión de la libertad y la autonomía o de la dignidad o de la capacidad para participar significativamente en la vida de la

⁶ Al respecto, hay también importantes referencias en el derecho internacional de los derechos humanos, como, por ejemplo, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la Declaración de la Unión Europea de 21 de julio de 1986, los principios de Limburg o el Protocolo Opcional nº 60 al Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

comunidad⁷. Al margen del valor propuesto como fuente axiológica de los derechos⁸, en todas estas propuestas los derechos aparecen integrados en un cuadro coherente⁹, en el que no hay tensiones reales entre, por ejemplo, los derechos de libertad y los derechos sociales¹⁰ o entre democracia y derechos humanos¹¹.

2.2.2. Los derechos sociales no son más costosos que otros derechos

Los partidarios de la teoría fuerte afirman que garantizar los derechos sociales no es más costoso que garantizar los derechos políticos o de libertad. Frente a este argumento otro contrario al que podríamos denominar el *argumento del coste* afirma que garantizar los derechos sociales supone un coste económico muy elevado: exige escuelas, hospitales, subsidios, rentas básicas, etcétera. Los derechos de libertad, por el contrario, serían derechos baratos en el sentido de

⁷ PISARELLO (2009: 17), AÑÓN (2010: 27), BARRANCO AVILÉS (2010: 155 y ss.) o ETCHICHURY (2015: 104-115).

⁸ Un análisis, siquiera somero de los valores propuestos, no es el objeto de este trabajo. Lo relevante es que sea uno a partir del que se define un cuadro coherente de derechos y principios constitucionales.

⁹ La expresión más depurada de este planteamiento quizás sea la teoría de los derechos fundamentales de FERRAJOLI (2001: 339 ss. y 2006: 85 ss.), acertadamente catalogada como un caso de *coherentismo* (MORESO 2005: 159).

¹⁰ A lo sumo, tras una fundamentación rigurosa de los derechos, los únicos conflictos que persistirían serían operativos y de poca importancia, como el caso del conflicto entre el derecho a la libre circulación del portador de una enfermedad infecciosa y el derecho a la salud de los ciudadanos sanos, al que se refiere PISARELLO (2009: 18), en un razonamiento que recuerda al célebre eslogan marxista del fin del gobierno de las personas y el comienzo de la administración de las cosas.

¹¹ Por ejemplo, FREDMAN (2008: 38).

que su satisfacción y sus garantías resultarían económicas. El argumento del coste no es un buen argumento y ha sido justamente superado¹² tras señalarse que la protección de los derechos de libertad también puede tener un coste muy elevado, pues exige cuerpos de policía y seguridad, registros, jueces y tribunales y, en general, toda una serie de servicios vinculados que pueden llegar a ser muy costosos.

Hay, sin embargo, una segunda variante del argumento económico al que denominaré *argumento del incentivo*. Según este, en una sociedad en la que existiesen amplios catálogos de derechos sociales que se tradujesen en generosas prestaciones públicas, los individuos ya no serían completa o primordialmente responsables de su propio bienestar, sino que lo sería la sociedad en su conjunto. Esto podría afectar negativamente a la motivación de los individuos al esfuerzo y desincentivarlos a la hora de producir riqueza. A la larga, el nivel total de recursos disponibles sería menor, con lo que menor sería también lo dedicado a la satisfacción de las necesidades socializadas. La externalización o socialización de la responsabilidad por el propio bienestar¹³, de ese modo, podría terminar reduciendo la tasa de crecimiento, generalizando la cultura de la

dependencia y destruyendo valores relativos al esfuerzo, el ahorro o el trabajo¹⁴, lo que terminaría perjudicando a todos y, singularmente, a los pobres del futuro¹⁵.

Las referencias a este argumento no son tan frecuentes entre los partidarios de la teoría fuerte¹⁶ como lo son al argumento del coste. Quien lo considera, lo da por superado sin demasiada argumentación¹⁷, pese a que el argumento del incentivo plantea una objeción seria a algunas tesis sostenidas por los partidarios más exigentes de los derechos sociales, ya que subraya que la satisfacción de estos depende de la cantidad de bienes y recursos disponibles y afirma que el efecto sobre la creación de riqueza de derechos de libertad y derechos sociales no es el mismo.

¹² HOLMES y SUNSTEIN (1999: 35-83). Entre nosotros, HIERRO (2007: 258), REY (2007: 144) o MORALES (2015: 85-92).

¹³ Al respecto, SCHMIDTZ (1998: 7 y 21).

¹⁴ Determinadas teorías de la justicia podrían llegar a embaucarnos retóricamente por su elevado componente igualitario, pero no son el tipo de teorías que atrae a los productores a la mesa, pues no son expresivas de respeto hacia ellos, al no valorar ni recompensar su esfuerzo productivo y limitarse a dividir lo producido por igual al margen del mérito (SCHMIDTZ 2002: 253-254).

¹⁵ COWEN (2002: 41-44).

¹⁶ PISARELLO, por ejemplo, señala como “enemigo” de los derechos sociales a quien afirma que los derechos sociales son trabas al mercado y que la libertad de mercado garantiza una mayor eficiencia económica. El argumento, no obstante, no es solo de “enemigos” de los derechos sociales: DANIELS (DANIELS et al. 1999: 233) o KING (2012: 102) lo toman en serio. PISARELLO (2009: 16-19), por cierto, deja el argumento sin respuesta. Tampoco la encontramos en FREDMAN (2008: 42).

¹⁷ MANTOUVALOU (2011: 140-141) reconoce que es un asunto controvertido, aunque lo despacha señalando la *sintonía* existente entre el derecho a la educación y la eficiencia económica. En mi opinión, ese *éxito* quizás pruebe la solidez del argumento del incentivo, pues la educación, en efecto, permite la creación de riqueza y no desincentiva el esfuerzo, a diferencia, por ejemplo, del derecho a una renta garantizada cuyo objeto es la razón del impulso a la creación de riqueza el cual pierde fuerza cuando la renta se garantiza al margen del esfuerzo de cada uno.

2.2.3. Los derechos sociales tienen la misma estructura normativa que los restantes derechos humanos

Los partidarios de la teoría fuerte de los derechos sociales señalan que no existen diferencias relevantes en la estructura de los distintos tipos de derechos y, más concretamente, entre derechos sociales y derechos de libertad.

Esta tesis se afirma frente a otra rival que sostendría que las estructuras normativas de derechos de libertad y derechos sociales son distintas. Los primeros serían activos, negativos¹⁸ o de abstención, mientras que los segundos son derechos pasivos, positivos o de prestación. Los partidarios de la teoría fuerte, sin embargo, rechazan esta división y no creen que haya diferencias estructurales relevantes entre derechos sociales y de libertad porque algunos derechos incuestionablemente sociales presentan la estructura de algunos derechos de libertad típicos y porque en todos los derechos, sean sociales o de libertad, se encuentran componentes normativos similares¹⁹. Dicho de otro modo, dentro de los

derechos sociales existen derechos con la estructura normativa propia de las libertades y dentro de cada derecho, sea social o de libertad, hay unos componentes que son derechos negativos, activos o de abstención y otros que son derechos positivos, pasivos o a prestaciones. Se trata de dos argumentos matizadamente distintos aunque apuntan en la misma dirección –demostrar la *indivisibilidad estructural* de todos los derechos–, si bien el primero lo hace argumentando a partir de la *diversidad interna de las categorías de derechos* y el segundo a partir de la *complejidad estructural de cada derecho*. Me referiré críticamente a ambos argumentos en la sección siguiente.

2.2.4. La garantía judicial de los derechos sociales: ¿exigibilidad judicial?

Todos los argumentos anteriores convergen a la hora de afirmar el último de los postulados de la teoría fuerte: el argumento en favor de la garantía judicial de los derechos sociales²⁰. El reconocimiento de los derechos

¹⁸ Al respecto de esta distinción, WENAR (2015: 11). En contra de su utilidad para distinguir derechos sociales y derechos de libertad, HOLMES y SUNSTEIN (1999: 36-48) o FABRE (1998: 267-270).

¹⁹ Para PISARELLO (2007: 59-62, 75) todos los derechos serían en parte positivos en parte negativos, en parte prestacionales en parte no, en parte individuales en parte no, en parte universales en parte específicos. Ejemplos de lo anterior son la libertad para hacer huelga o para afiliarse a un sindicato; la libertad de expresión, que, bien entendida, no se agotaría en el derecho a decir algo sin ser molestado, sino que exige también un derecho de acceso preferente a medios públicos a quienes son portadores de

opiniones marginales o minoritarias; el derecho a la salud que incluye, además de componentes prestacionales, libertad para rechazar un tratamiento; o el derecho a la vivienda que comprende el derecho a subvenciones y desgravaciones, pero también el derecho a no ser privado de los medios para el acceso a una vivienda (MORALES 2015: 80-82). REY (2007: 146) refiere el caso del deber de no menoscabar la salud correlativo de una libertad a no ser *menoscabado* como componente del derecho social a la salud.

²⁰ Al respecto, AÑÓN (2010: 18 y ss.), PISARELLO (2007: 19 y ss. o 2009: 12 y ss.) o, mucho más matizadamente, KING (2012: 3-8). Algunas críticas en HIERRO (2007: 253 y ss.).

sociales lleva implícita la necesidad de que estén garantizados por los jueces. Es más, en la medida en que estén constitucionalizados, operan también *contra legem*, es decir, contra las determinaciones legislativas cuando estas se reputen contrarias al contenido esencial del derecho.

El modelo real más aproximado a la propuesta es el de la protección del derecho a la salud en Brasil, según el cual este derecho²¹ es un derecho subjetivo individual y originario a prestaciones, lo que permite a los individuos reclamar a los jueces prestaciones directamente a partir de la Constitución en caso de compromiso de bienes como la vida, integridad física o dignidad de la persona²². Hay posiciones enfrentadas a propósito de si la judicialización del derecho a la salud puede o no traer más justicia al cuidado a la salud de los ciudadanos o si, por el contrario, es un factor que podría desequilibrar y desestructurar las precarias políticas sanitarias de los países en vía de desarrollo golpeando al final a aquellos más desfavorecidos²³. Sin embargo, para

entenderlas satisfactoriamente hay que comprender con cierta precisión cuáles son las debilidades y dificultades de las tesis de la teoría fuerte y qué suponen.

3. Dificultades de la teoría fuerte de los derechos sociales

Concluiré sintetizando tres razones por las que considero que un modelo de exigibilidad judicial no es ni legítimo ni conveniente para proteger los derechos sociales. La primera es de orden ético-político y la segunda es económica. Ambas apuntan a la necesidad de una garantía fundamentalmente política y legislativa de los derechos sociales en lugar de judicial. La tercera es estructural y concluye también cuestionando la oportunidad de una garantía jurisdiccional para ese tipo de derechos.

3.1. Pluralismo de valores y derechos sociales

Es un lugar común en el debate filosófico-político afirmar que los valores que fundamentan

²¹ Los arts. 6 y 196 de la Constitución brasileña de 1988 proclaman que el derecho a la salud es un derecho social de todos, cuya garantía se realiza mediante políticas sociales y económicas que busquen la reducción del riesgo de enfermedad y de su agravación y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para la promoción, protección y recuperación de la salud.

²² Las referencias las tomo de CADEMARTORI y CANUT (2011: 22-28). Colombia y Costa Rica siguen un modelo similar (YAMIN et al. 2011: 111 y WILSON 2011: 144-47).

²³ Al respecto, YAMIN y GLOPPEN (2011). DANIELS et al. (1999: 218 y 1983: 2) han reflexionado sobre el asunto desde el punto de vista de la equidad sanitaria. NORBEIM y GLOPPEN (2011: 304 y ss.) consideran que debemos de valorar eficiencia y equidad en la distribución de recursos destinados a la salud y la atención

médico-sanitaria, lo que parece incompatible con un modelo de exigibilidad judicial directa. FERRAZ (2009: 32, 2009a) ha sido singularmente crítico con el modelo brasileño de protección del derecho a la salud. El modelo colombiano ha sido criticado por poner el acento en el acceso a las prestaciones médico-sanitarias en detrimento de la adopción de medidas de salud pública de carácter preventivo (UPRIMMY y RODRÍGUEZ 2008). Y YAMIN (YAMIN et al. 2011: 144) cuestiona que una habilitación individual para reclamar el mejor tratamiento disponible, especialmente si de esa manera se vulneran las condiciones de quienes no habían reclamado judicialmente, sea el método apropiado para la garantía del derecho a la salud que, en ningún caso, se debería dirimir según el principio *first-come, first-served*.

los órdenes sociales y políticos característicos de las democracias constitucionales actuales son plurales, complejos y que tienden a entrar en conflicto entre sí planteando exigencias opuestas o contradictorias²⁴. Entre los dilemas éticos que dividen a las sociedades contemporáneas, los hay referidos al modo en que se integran derechos políticos y civiles o los derechos estrictamente defensivos o negativos con otros en los que prima la dimensión colectiva o social, como es el caso de los derechos relativos al bienestar y las necesidades básicas (ALDER 2006: 697, 711). Sin embargo, esa constatación no se corresponde con la frecuencia y facilidad con la que muchos teóricos de los derechos y todos los de la teoría fuerte elaboran sus tesis sobre la fundamentación de los derechos que, como vimos, son unificadoras de los fundamentos de las diversas categorías de derechos y están formuladas como si no existiese conflicto de valores alguno.

Las conclusiones de los partidarios de la teoría fuerte no son neutrales ni necesarias, sino que presuponen un orden social y político específico. Esta teoría concibe a la comunidad como una forma de asociación en la que todos y cada uno de sus miembros se deben a los demás

para que cada uno pueda ser uno mismo²⁵. Ese modelo de sociedad tiene como principio político-constitucional el compromiso mutuo con el bienestar común²⁶. Pero ni ese modelo es el único existente ni cabe esperar consenso espontáneo respecto de las exigentes demandas que supone y que son necesarias para hacer posible el cumplimiento de los deberes de solidaridad correlativos a los derechos sociales²⁷. Existen alternativas a ese modelo basadas en la idea de respeto recíproco, en las que la sociedad es concebida como un marco de convivencia y cooperación, pero no como un proyecto común orientado activamente al bienestar de todos y cada uno²⁸.

Desde mi punto de vista, ni el nivel exacto de autonomía o compromiso ni el peso de los principios liberales o sociales ni de los derechos de libertad o los sociales pueden ser decididos académicamente y luego inculcados en el orden jurídico como consecuencia lógica de algún axioma necesario. Por ser un asunto controvertido, es algo que tiene que ser elaborado legislativamente de acuerdo a las preferencias políticas expresadas electoralmente en cada momento por aquellos que habrán de quedar

²⁴ El pluralismo de valores de BERLIN o la diversidad de concepciones de lo bueno de RAWLS o los “watershed issues of rights” de WALDRON (2002: 198) son ejemplos de esos planteamientos.

²⁵ Por expresarlo en palabras de RAWLS en la primera edición de la *Teoría de la Justicia*, es una sociedad donde “men agree to share one another’s destiny” (RAWLS 1971: 102)

²⁶ En un sentido similar, BRUDNER (2004: 151).

²⁷ Al respecto, LOMASKY (2005: 184 y ss.).

²⁸ BRUDNER (2004: 63) y OAKESHOTT (1961: 3).

governados por las normas en que esas preferencias se plasmen.

3.2. Problemas económicos de la teoría fuerte de los derechos sociales

El argumento del incentivo plantea dos objeciones a la concepción de los derechos sociales de la teoría fuerte y, particularmente, a su garantía judicial.

La primera es dinámica pues presupone que el mayor o menor grado de satisfacción de los derechos sociales depende, entre otros factores, del éxito de las decisiones que impliquen creación de riqueza. Cómo aumentar el stock de recursos disponibles para su redistribución o cómo aumentar la recaudación sin perjudicar la competitividad ni crear paro o poner en riesgo las posibilidades de crecimiento en el futuro no son preocupaciones economicistas propias de enemigos de los derechos sociales ni deberían ser ajenas a la sensibilidad característica de los partidarios de la teoría fuerte. Son asuntos de los que depende directamente el nivel de satisfacción de los intereses y necesidades que los derechos sociales protegen. En la medida en que se trata de asuntos controvertidos para los que no hay una única respuesta correcta susceptible de ser postulada o constitucionalizada y luego aplicada judicialmente, es evidente que la responsabilidad

para decidir al respecto ha de corresponder a los gobernantes electos, quienes han de gozar de la competencia para determinar el sentido preciso de los derechos sociales, respondiendo políticamente de sus posibles fracasos. La legislación es el único procedimiento disponible. La aplicación judicial no está disponible en estos asuntos, pues hasta que la determinación legislativa de los derechos no se ha producido no hay ningún estándar objetivo que aplicar.

La segunda objeción es estática pues presupone que los recursos disponibles para hacer eficaces los derechos son limitados y toma en consideración el monto de recursos disponible en un momento dado. No se puede gestionar ningún derecho como si los recursos fueran ilimitados o como si ese derecho fuera el único y, por tanto, pudiera absorber todos los recursos disponibles²⁹. Hay que tomar decisiones que prioricen entre diversos derechos o entre distintos aspectos de un mismo derecho. Es necesario decidir qué cantidad de recursos destinar, por ejemplo, a educación o a seguridad pública o a protección de la salud y, para cada derecho cuál de sus componentes se privilegia. Para la salud, por ejemplo, hay que decidir si se priorizan las políticas de investigación, las preventivas o las asistenciales.

²⁹ El argumento del *Health-Is-Priceless Advocate* de DANIELS y SABIN (2008: 13) no tiene sentido. Esto vale tanto para derechos de libertad como para los sociales. Supuesto que la regla un policía/un ciudadano fuera la regla que erradicara el homicidio, es dudoso que debiésemos movilizar todos los recursos necesarios para su puesta en marcha.

3.3. Estructura normativa y categorías de derechos

Todo ello exige la definición de prioridades políticas y de un presupuesto que las refleje en sus distintas partidas para financiar de ese modo las transferencias y servicios a través de los que se da satisfacción a los derechos de la población.

En una sociedad democrática ese tipo de decisiones ha de corresponder al órgano legislativo representativo³⁰. Como afirma KING³¹ (2012: 5), la distribución y asignación de los recursos es una decisión política sobre la que todos los miembros de la comunidad política han de tener criterio, voz y voto, lo que exige un procedimiento abierto. Los procedimientos judiciales no son la sede apropiada para la definición de prioridades como las descritas. Permitir que los jueces definan esas prioridades supone romper con las funciones y equilibrios característicos de los gobiernos democráticos con separación de poderes³².

Los dos argumentos –el argumento de la diversidad interna de las categorías de derechos y el argumento de la complejidad estructural de los derechos– de que se valen los partidarios de la teoría fuerte de los derechos sociales para demostrar que todos los derechos, sociales o de libertad, tienen la misma estructura normativa me parecen criticables y, en muchos aspectos, fallidos.

Para entender por qué el *argumento de la diversidad de las categorías de derechos* no es concluyente, hay que tener en cuenta que no contamos con una definición establecida del sentido de las categorías de los derechos. Para los derechos sociales, en particular, es frecuente encontrar dos estilos de definición distintos: uno ideológico y otro material³³. Según el estilo ideológico, los derechos sociales se definen como todos aquellos derechos que son expresión normativa de valores y principios como la justicia social, solidaridad, fraternidad, igualdad material, igualdad de oportunidades, etcétera, o bien como los derechos que vendrían exigidos por ciertas filosofías morales o ideologías políticas como, por ejemplo, las socialistas, socialdemócratas, igualitaristas, etcétera, inspiradas precisamente en

³⁰ Conclusiones similares en LORA (2004: 901 ss.) o FERRAZ (2009a).

³¹ Y lo afirma un partidario de la garantía judicial, si bien muy moderada e incremental y, por esa razón, alejada del modelo de garantía fuerte que está siendo objeto de crítica.

³² Solo en una sociedad juristocrática (HIRSCHL 2007), los jueces podrían ser competentes para esa decisión, pero no parece que ese sea un modelo defendible por quien se dice sensible a los derechos individuales y políticos, lo que como WALDRON (2001) ha demostrado repetidamente, es incompatible con privar a los individuos del poder de tomar decisiones sobre asuntos que les afectan. No obstante, un intento de compatibilización el de MORALES (2015: 301-353).

³³ Ocurre con los derechos en general, si bien las confusiones y entrecruzamientos entre estilos no son tan frecuentes como en el caso del discurso sobre los derechos sociales.

valores como los citados³⁴. El estilo material define a los derechos sociales a partir de su contenido, esto es, del objeto de las normas que forman su estructura normativa. Lo característico de los derechos sociales es que su objeto es una prestación³⁵, consistente en un bien o servicio que un sujeto tendría que recibir de otro que tiene el deber de proveerlo³⁶. La existencia de esos dos estilos no es un inconveniente teórico si no se combinan ni se cruzan indebidamente argumentos o conclusiones de uno al otro. No es infrecuente, sin embargo, que se mezclen sin criterio para llegar a conclusiones en el marco de uno de ellos mediante argumentos que solo son válidos en el otro.

Esto es precisamente lo que hace el argumento de la diversidad interna de las categorías de derechos: rechazar que existan diferencias estructurales entre distintas clases de derechos cuando las clases se han definido, precisamente, prescindiendo de cualquier referencia a consideraciones estructurales. El

argumento presupone una definición de las diversas categorías de derechos –sociales o de libertad– en función de un criterio ideológico. Después, constata que en cada categoría hay derechos con estructuras normativas diversas y concluye que no hay diferencias estructurales relevantes *entre las categorías* de derechos, aplicando así al todo lo que, en su caso, sería un rasgo de algunas de las partes³⁷. Para que el argumento fuese relevante, habría que mostrar que *todos* los derechos de cada categoría ideológica comparten rasgos estructurales semejantes con todos los derechos de la otra, lo que se produciría si los valores en que ambas se fundan se expresaran normativamente de acuerdo a un mismo patrón, que, como veremos, es precisamente lo que no ocurre.

Los partidarios de la teoría fuerte aún insisten en la unificación normativa argumentando que todos los derechos son estructuralmente similares porque todos son internamente complejos ya que contienen componentes con estructuras normativas de todo tipo. Para mostrar por qué este argumento no es

³⁴ GIDDENS (1982: 172) y, entre nosotros, PISARELLO (2007: 38) o PACHECO (2010: 78, 360) siguen esta fórmula.

³⁵ Valen como ejemplos ALEXY (1986: 419, 427 y 482), quien caracteriza a los derechos sociales como un tipo singular de derecho a una prestación fáctica o ARANGO (2001: 35) en un sentido muy similar. También KING (2012: 17, 29), para quien los derechos sociales están en relación con recursos y consisten en beneficios en efectivo (incluyendo beneficios fiscales) o en servicios o beneficios en especie. CONTRERAS (1994: 17-24) también aboga por la concepción prestacional de los derechos.

³⁶ Este estilo, no obstante, no puede prescindir de componentes justificatorios, pues determinante es también la justificación del deber de proveer la prestación basada en razones similares a las que definen a los derechos sociales desde el punto de vista ideológico. Al respecto, PEÑA (2014: 143).

³⁷ Concluir afirmando que no hay diferencias relevantes a nivel estructural entre los derechos de libertad y los derechos sociales porque se ha constatado que en cada una de esas *categorías ideológicas* de derechos hay algunos que son *estructuralmente* similares a algunos derechos de la otra, es como afirmar que todos los integrantes de dos grupos ideológicamente opuestos son físicamente iguales, puesto que se ha comprobado que algunos miembros de cada uno de los grupos se parecen entre sí. Como veremos, concluir afirmando que puesto que hay algún derecho en cada categoría que se protege bien judicialmente, entonces los restantes se han de proteger igual, es como afirmar que a todos los individuos de cualquiera de los dos grupos anteriores conviene el mismo corte de pelo porque conviene a alguno particular.

procedente, tenemos que aclarar a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de la estructura normativa de un derecho. Cuando afirmamos que un derecho –de libertad, político o social– tiene tal o cual estructura o que tiene la misma estructura que otro, nos referimos a cosas distintas según el nivel o plano en el que concebimos al derecho. Los derechos existen, por así decirlo, en varios niveles o, mejor, es posible hablar de los derechos desde diversos niveles o grados de generalidad.

Distinguiré³⁸ tres niveles de los derechos y, en consecuencia, tres formas de referirnos a ellos: el nivel elemental o nuclear, el básico y el general. En un nivel elemental o nuclear, un derecho es una relación³⁹ normativa simple⁴⁰ formada por dos partes vinculadas normativamente en función de una acción que es objeto de esa relación⁴¹. Un derecho a nivel elemental es, por tanto, una relación normativa

muy simple, tan simple que su interés es apenas teórico, pues pocas relaciones prácticas quedan completamente caracterizadas en esos escuetos términos normativos. Sin embargo, su interés teórico es importante, pues los siguientes niveles de los derechos se construyen sobre el nivel nuclear o a su alrededor y la clasificación de esas estructuras más complejas se lleva a cabo comprobando cuál es la relación que hay en su núcleo. En el nivel básico los derechos ya son concebidos de un modo algo más complejo. Desde mi punto de vista⁴², un derecho al nivel básico sería una relación normativa nuclear más una serie de relaciones normativas asociadas a ella que le dan sentido práctico en abstracto, es decir, que permiten concebirla como algo práctico porque tal y como está configurada cumple alguna función para su titular⁴³. En cualquier caso, un derecho en el nivel básico tiene un núcleo más otras relaciones arracimadas a su alrededor para hacerlo practicable⁴⁴. En el último nivel, el nivel general, se da entrada a consideraciones más amplias y variables para

³⁸ Seguiré, en este punto, a WELLMAN (1997: 64-65). Un desarrollo más exhaustivo de mi distinción en PEÑA (2014: 150-157).

³⁹ Me refiero a alguna de las relaciones normativas de HOHFELD (1919: 35 y ss.), esto es, derecho/deber, libertad/no-derecho, potestad/sujeción o inmunidad/incompetencia.

⁴⁰ Quizás dos –como en las facultades o libertades bilaterales–, pero no muchas más.

⁴¹ Parece asumirse este nivel cuando se señala que, en un estado de naturaleza hobbesiano, los individuos tienen derecho a hacer todo aquello que físicamente puedan hacer para garantizar su supervivencia, lo que en términos hohfeldianos, se expresaría diciendo que tienen libertad para hacer lo que sea necesario para su propia supervivencia y que los demás no tienen derecho a que aquellos se abstengan de hacer lo preciso para sobrevivir. Se posicionan también en el nivel elemental RAZ (1986: 180) cuando define un derecho como el interés de su titular que justifica un deber de otro; HART (1982: 173) cuando se refiere a las libertades simples; y WRIGHT (1963: 101) cuando explica qué son las meras tolerancias.

⁴² El análisis está inspirado en la caracterización del nivel básico de WELLMAN (1997: 51).

⁴³ Probablemente alguna de las funciones a las que se refiere WENAR (2005: 224 y ss.).

⁴⁴ Una libertad para hacer algo empieza a ser practicable cuando se acompaña de un deber de no interferir con el titular de la libertad y un deber es practicable cuando se acompaña de una potestad para demandar o sancionar a quien lo incumple. Es fácil reconocer en este modelo la estructura propia de las libertades negativas. Lo dicho es aplicable a cualquier derecho: un derecho social básico, por ejemplo, se construye alrededor de una relación de derecho/deber nuclear por la que uno tiene derecho a que otro cumpla con su deber de proveerle algún bien o servicio, si bien para ser practicable, ese deber tiene que estar reforzado con la correspondiente potestad pública para darle efecto.

completar el estatuto normativo del derecho con más detalle, de modo más exigente o de un modo singular, esto es, un modo específico entre varios alternativos que pueden ser expresión del mismo derecho aunque están inspirados en concepciones distintas del mismo.

Lo anterior permite entender mejor qué significa definir un derecho o clasificarlo. Cuando se clasifican derechos, hay que hacerlo con derechos del mismo nivel. Igual sucede si se comparan derechos entre sí: los rasgos apreciados para la comparación tienen que serlo también del mismo nivel y no de niveles distintos. Por esa razón la afirmación de que “todos los derechos son en parte negativos y positivos, en parte de prestación y abstención” es solo parcialmente correcta. Es cierto que en un derecho social y un derecho de libertad *a un nivel general* hay componentes con estructuras similares porque, como vimos, el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la salud incluyen componentes positivos y negativos. Sin embargo, la afirmación se ha realizado refiriéndose al derecho a un nivel general, solo es válida en ese nivel y no dice nada de esos mismos derechos en otros niveles distintos. El hecho de que esos dos derechos en un nivel general presenten algunas coincidencias estructurales entre sus componentes no me parece

relevante⁴⁵. Sí sería relevante que presentaran semejanzas a niveles inferiores o que mostraran un patrón estructural común⁴⁶. Sin embargo, eso es lo que no ocurre. Veámoslo.

Un derecho de libertad tiene en su núcleo una libertad bilateral, esto es, dos libertades referidas a una acción de su titular y a la omisión de esa misma acción. Vimos como en un nivel básico, esa libertad se asocia a un derecho a no ser interferido correlativo a un deber de no interferencia, a la potestad del titular de la libertad para reclamar a la autoridad el cumplimiento de ese deber y a la potestad de la autoridad para asegurar que el deber se cumple. Un derecho social en el nivel elemental es un derecho en sentido estricto, pues vincula normativamente a un sujeto a darle a otro los bienes que este necesite. Adicionalmente vendrán otras posiciones asociadas a la nuclear como, por ejemplo, la que habilita a la autoridad común con la potestad de dictar normas o medidas que

⁴⁵ De nuevo algunos símiles familiares pueden servir para explicar el argumento. Dos elaboraciones culinarias muy sofisticadas, una de carne y otra de chocolate, podrían tener ingredientes similares, pero eso no autoriza a asimilarlas. Es clave cuál es el ingrediente básico: ¿carne o chocolate? El hecho de que un plato de carne pueda contener trazas de chocolate no lo convierte en un postre, ni el hecho de que muchos postres incluyan sal los convierte en salazones. Tampoco vale comparar a nivel general un avión y un taladro y concluir afirmando que son el mismo tipo de máquina porque ambos tienen un motor y cables. Esa mera coincidencia de elementos no es relevante. Sí lo es, por ejemplo, la que se da entre un coche y una moto, pues a la mera coincidencia de elementos se suma cierto patrón en la función y disposición de los mismos –en este caso, el efecto que el motor produce sobre las ruedas–, lo que nos permite clasificarlos como vehículos a motor con semejanzas relevantes.

⁴⁶ Un planteamiento de inspiración similar es el de CONTRERAS (1998: 21).

garanticen que el deber prestacional se cumple. Esas dos posiciones –derecho correlativo al deber de otro de ofrecerme algo y potestad de la autoridad para garantizar el cumplimiento del deber– definen la estructura normativa básica del derecho social.

De todo lo anterior se sigue que no tiene sentido concluir afirmando que todos los derechos son iguales en todos los niveles porque se han comprobado algunas coincidencias entre derechos definidos ideológicamente y en el nivel general. La libertad sindical, por ejemplo, podrá ser considerada como un derecho social desde un punto de vista ideológico, pero estructuralmente al nivel nuclear y básico es un derecho de libertad. El derecho a que grupos desfavorecidos dispongan de voz en los medios de comunicación podrá ser considerado como un componente del derecho a libertad de expresión en un sentido general, pero esto no altera su estructura normativa nuclear o básica. El patrón normativo característico de los derechos de libertad y sociales a niveles nuclear y básico no queda, por tanto, superado por esas irrelevantes coincidencias entre componentes singulares de derechos definidos ideológicamente y en su nivel más general.

3.4. ¿Derechos subjetivos sociales exigibles judicialmente?

La consecuencia práctica más relevante de lo anterior se refiere a posibilidad de garantizar judicialmente los derechos sociales y señala que este tipo de garantía no es adecuada para los componentes elementales o básicos de estos derechos.

ATRIA ha planteado magistralmente este argumento desde posiciones ideológicas en absoluto hostiles a los derechos sociales, tras advertir que no quedan adecuadamente protegidos si se los configura como derechos subjetivos⁴⁷. Hablar de derechos sociales en términos de derechos subjetivos sería contradictorio –la expresión misma sería un oxímoron– y contraproducente (ATRIA 2004: 15). La razón es que el derecho subjetivo es una estructura jurídica singular, solo adecuada para proteger aquellos derechos que garantizan a su titular el poder necesario para tomar autónomamente decisiones en defensa de sus intereses. Estos derechos –por ejemplo, los de libertad– están, además, concebidos para insularizar a su titular de la comunidad de la que forma parte, protegiéndole de exigencias relativas a objetivos sociales o al bien común (ATRIA 2004: 24). Sin embargo, los

⁴⁷ Un planteamiento similar el de GARCÍA MANRIQUE (2010: 85, 96) quien considera que los derechos sociales sí pueden construirse como derechos subjetivos y protegerse judicialmente, pero sostiene que tienen un componente transformador o aspiracional que no queda completamente satisfecho a través del mecanismo jurisdiccional.

derechos sociales no están basados en la idea de libertad, sino en la de solidaridad y no buscan defender a los individuos frente a la comunidad, pues presuponen que su pertenencia a la misma implica deberes de unos respecto a otros, entre ellos, deberes de solidaridad y mutuo auxilio⁴⁸ (ATRIA 2004: 32).

Estas consideraciones son coherentes con mi lectura de las diferencias en la estructura normativa de los derechos sociales y los de libertad. El modelo judicial de garantía no es apropiado para la garantía de los derechos sociales porque estos derechos se construyen a partir del deber de un sujeto de ofrecer un bien a otro que es el titular del derecho. La presencia en el mismo núcleo del derecho social de un bien o recurso que se debe transferir o redistribuir es clave. En un nivel muy elemental, la autoridad responsable de garantizar que el obligado cumple con su deber tiene además que asegurarse de que le sea posible hacerlo. En este nivel, a la autoridad común a las partes del derecho se le

exigen dos cosas: hacer posible el cumplimiento del deber y garantizar que el deber se cumple. Lo primero no sería posible, por ejemplo, si el titular del deber no tiene bienes a transferir o si no hay nadie en condiciones de transferir porque nadie tiene un excedente de bienes para satisfacer las necesidades de otros. Para hacer practicables los derechos sociales, la autoridad tiene que garantizar que hay sujetos pasivos del deber de transferir parte de sus bienes a quienes no tienen sus necesidades cubiertas. Si estos bienes no existiesen, el cumplimiento del deber no sería posible y, por tanto, carecería de sentido asegurar su eficacia. Aunque la eficacia del deber de compartir o redistribuir un bien podría garantizarse mediante el mecanismo infracción/jurisdicción/sanción⁴⁹, las decisiones dirigidas a garantizar la disponibilidad de bienes exigen acciones positivas completamente distintas⁵⁰, más complejas y, probablemente también, más controvertidas⁵¹ que las primeras. Estas acciones vienen exigidas ya en el nivel nuclear y van mucho más allá de la exigibilidad jurisdiccional de acciones puntuales de auxilio⁵².

⁴⁸ ATRIA (2004: 45-46) pone el ejemplo del derecho social a la protección de la salud. Si en un sentido moral puede entenderse como el objetivo de garantizar un cierto nivel de atención a la salud a *todos*, una vez que se formula en términos de derecho subjetivo se convierte en una pretensión individual alegada por un demandante que vela por su propia salud y que pretende obligar al Estado a darle algo, sin que las necesidades de otros puedan ser relevantes, pues esas necesidades, confrontadas al objeto del derecho, son objetivos políticos o aspiraciones comunitarias y este tipo de consideraciones son siempre superadas por los derechos. El derecho social se convierte así en algo bastante *asocial*: la pretensión de un demandante individual de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás. Consideraciones similares las de FERRAZ (2009: 32-34, 2009a) o WILSON (2011: 144-47).

⁴⁹ Una vez determinados legislativamente el alcance y las condiciones de exigibilidad del deber.

⁵⁰ La creación y provisión de esos bienes exige además adoptar regulaciones de las relaciones sociales y de la actividad económica y poner en marcha medidas económicas y presupuestarias y no soluciones puntuales en sentencias (LOPES 2006: 191-194).

⁵¹ Existe un cierto consenso a propósito de lo que exigen los derechos de libertad y los políticos, pero los detalles y desarrollo de los derechos sociales son esencialmente cuestiones políticas sobre las que existen desacuerdos importantes (GEARTY 2011: 52-53).

⁵² Algo similar ocurre también en el caso de los derechos de libertad. La protección de la vida o la seguridad personal, por

Lo que parece ser exigible a partir de un derecho social es que las comunidades políticas estén construidas y gobernadas de un modo tal que las necesidades de todos queden convenientemente cubiertas y, a la vista de las consideraciones formuladas con anterioridad, espero que esté claro quién es competente y quién no para llevar a cabo esa tarea.

optado por la exigibilidad judicial convencidos de que se trata del método más adecuado para erradicar la pobreza y para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todos. Sin embargo, como señala GEARTY (2011:18), esta solución podría estar basada en un cierto fetichismo de lo judicial al considerarlo como el signo distintivo de los derechos, cuando en realidad no lo es.

4. Conclusiones

Existen diversas dificultades que afectan a la teoría fuerte de los derechos sociales. La teoría se formula obviando conflictos éticos y políticos o suponiéndolos resueltos cuando, en realidad, no lo están. Se enfrenta además a condicionantes económicos importantes, pues una aplicación irrestricta de sus recetas económicas, fiscales o presupuestarias podría terminar perjudicando especialmente a aquellos a los que pretendía promover. Por último, la caracterización de la estructura normativa de los derechos que propone la teoría es deficiente, lo que se traduce en una mala solución del problema relativo a los métodos de garantía de los derechos sociales.

En favor de sus partidarios habría que decir que quizás bienintencionadamente han

ejemplo, no solo exige prohibir el homicidio, sino también diseñar una compleja política de prevención de la criminalidad, un asunto este, que no es jurisdiccional ni debiera serlo. Una analogía similar aparece sugerida en GARGARELLA (1998: 15).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009) *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, Observatori DESC, Barcelona.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- AKER, J. (1979) "Social Conscience and Social Policy" en *Journal of Social Policy*, vol. 8, nº 2, Abril 1979.
- ALDER, J. (2006) "The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights" en *Public Law*, 4, 2006.
- ALEXY, R. (1986) *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- AÑÓN ROIG, M. J. (2010) "Derechos sociales: Cuestiones de legalidad y de legitimidad" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010).
- ARANGO, R. (2001) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- ATRIA, F. (2004) "¿Existen los derechos sociales?" en *Discusiones*, nº 4.
- BARRANCO AVILÉS, M. C. (2010) "Exigibilidad de los derechos sociales y democracia" en RIBOTTA y ROSETTI eds. 2010.
- BAYER, R., CAPLAN, A. L. y DANIELS, N. (1983) *In Search of Equality. Health Needs and the Health Care System*, Plenum Press, Nueva York y Londres.
- BETEGÓN, J., LAPORTA, F., DE PÁRAMO, J. R., y PRIETO, L. [eds.] (2004) *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BRUDNER, A. (2004) *Constitutional Goods*, Oxford University Press, Oxford.
- CADEMARTORI, S. y CANUT, L. (2011) "Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial" en *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, vol. 12, nº 1.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. [eds.] (2005) *Garantismo*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. (1994) *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.
- COWEN, T. (2002) "Does Welfare State Help the Poor?" en *Social Philosophy & Policy Foundation*, 2002.
- CRANSTON, M. (2002) "Human Rights Real and Supposed" en WELLMAN y BECKER [eds.] 2002.
- DANIELS, N., KENNEDY, B. P. y KAWACHI, I. (1999) "Why Justice is good for Our Health: The Social Determinants of Health Inequalities" en *Daedalus*, Otoño 1999, 128, 4.
- DANIELS, N. y SABIN, J. E. (2008) *Setting Limits Fairly*, Oxford University Press, Oxford.
- DANIELS, N. (1983) "Health Care Needs and Distributive Justice" en BAYER et al. 1983.
- ETCHICHURY, H. J. (2015) "Los derechos sociales en una democracia deliberativa" en RIBOTTA, y ROSETTI, eds. (2015).
- FABRE, C. (1998) "Constitutionalizing Social Rights" en *The Journal of political Philosophy*, vol 6, nº 3.
- FERRAJOLI, L. (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (edición de A. de Cabo y G. Pisarello; traducción de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello) Trotta, Madrid.
- (2006) *Garantismo: Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- FERRAZ, O. (2009) "The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities?" en *Health and Human Rights*, vol. 11, nº2.
- (2009a) "Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa" (August 20, 2009). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1458299>
- FREDMAN, S (2008) *Human Rights Transformed*, Oxford University Press, Oxford.
- GARCÍA MANRIQUE, R. (2010) "Los derechos sociales como derechos subjetivos" en *Derechos y Libertades*, nº 23, Época II, junio 2010.
- GARGARELLA, R. (1998) "Primeros apuntes para una teoría de los derechos sociales", *Jueces para la democracia*, nº 31.
- GEARTY, C. (2011) "Against Judicial Enforcement" en GEARTY y MANTOUVALOU 2011.
- GEARTY, C. y MANTOULAVOU, V. (2011) *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford y Portland OR.

- GIDDENS, A. (1982) *Profiles and Critiques in Social Theory*, University of California Press, Berkeley y Los Ángeles.
- HART, H. L. A. (1982) *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford.
- HIERRO, L. (2007) “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy” en *DOXA* 30 (2007).
- HIRSCHL, R. (2007) *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge MA.
- HOHFELD, W. N. (1919) *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Greenwood Press, Westport, 1978.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. (1999) *The Cost of Rights*, W. W. Norton and Company, Londres, Nueva York.
- KING, J. (2012) *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LOPES, J. R. (2006) “Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited”, en GARGARELLA et al. 2006.
- LEMA AÑÓN, C. (2010) “La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y mercantilización” en RIBOTTA y ROSETTI eds. 2010.
- LOMASKY, L. (2005) “Libertarianism at Twin Harvard” en *Social Philosophy & Policy*, vol. 22, nº 1.
- LORA, P. (2004) “El derecho a la protección de la salud” en BETEGÓN et al. 2004.
- MANTOUVALOU, V. (2011) “In Support of Legalization” en GEARTY y MATOUVALOU 2011.
- MARSHALL, T. H. (1981) *The Right to Welfare*, Heinemann Educational Books, Londres.
- MORALES, L. (2015) *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons.
- MORESO MATEOS, J.J. (2005) “Sobre los conflictos entre derechos” en CARBONELL y SALAZAR (eds.) 2005.
- OAKESHOTT, M. (1961) “Las masas en la democracia representativa” en *El racionalismo en la política y otros ensayos*, trad. E. Suárez, FCE, México, 2000.
- PACHECO RODRÍGUEZ, M. A. (2010), *Concepto, fundamento y teoría de los derechos sociales*, Tesis Doctoral, Universidad de Toledo.
- PEÑA FREIRE, A. (2014) “Consideraciones sobre la estructura y la garantía de los derechos sociales” en URQUHART CADEMARTORI, L. y CARLOS DUARTE, F. (eds.) *Constitucionalismo em debate*, Vol. 1, Lumen Juris, Río de Janeiro.
- PINKER, R. (1981) “Introduction” en MARSHALL 1981.
- PISARELLO, G. (2007) *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.
- (2009) “Los derechos sociales y sus ‘enemigos’: elementos para una reconstrucción garantista” en AA.VV. 2009.
- RAPHAEL, D. D. (2002) “Human Rights, Old and New” en WELLMAN y BECKER 2002.
- RAWLS, J. (1971) *Theory of Justice*, 1º ed. Belknap, Cambridge MA.
- RAZ, J. (1986) *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- REY PÉREZ, J. L. José Luis (2007) “La naturaleza de los derechos sociales” en *Derechos y Libertades*, nº 16, enero 2007.
- RIBOTTA, S. y ROSETTI, A. (2010) [eds.] *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid.
- (2015) *Los derechos sociales y su exigibilidad*, Dykinson, Madrid.
- ROSETTI, A. (2010) “Algunos mitos y realidades en torno a los derechos sociales” en RIBOTTA y ROSETTI eds. 2010.
- SCHMIDTZ, D. (1998) “Taking Responsibility” en SCHMIDTZ y GOODIN 1998.
- (2002) “Equal Respect and Equal Shares” en *Social Philosophy & Policy Foundation*, 2002.
- SCHMIDTZ, D. y GOODIN, R. E. (1998) *Social Welfare and Individual Responsibility. For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge.
- UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2008) “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia” en *Observatorio de la Seguridad Social*, diciembre 2008, año 7 (18).
- WALDRON, J. (2002) “Judicial Power and Popular Sovereignty” en *Marbury versus Madison: Documents and Commentary*, GRABER, M., y PERHAC, M. (eds.), Cqpress, Londres.

WATSON, D. (2002) “Welfare Rights and Human Rights” en WELLMAN y BECKER 2002.

WELLMAN, C. (1997) *An Approach to Rights*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

WELLMAN, C. y BECKER, L. C. (2002) [eds.] *Rights and duties. Welfare rights and duties of charity*, vol. VI, Routledge, Oxford.

WENAR, L. (2005) “The Nature of Rights” en *Philosophy and Public Affairs*, Summer 2005, 33, 3.

(2015) “Rights” en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), ZALTA, E. N. (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>>.

WILSON, B. M. (2011) “Costa Rica: Health Rights Litigation” en YAMIN y GLOPPEN 2011.

WRIGHT, G. H. von (1963) *Norma y acción*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970.

YAMIN, A. y GLOPPEN, S. (2011) *Litigating Health Rights. Can Courts Bring More Justice to Health?* Harvard University Press, Cambridge MA.

YAMIN, A., PARRA-VELA, O. y GIANELLA, C. (2011) “Colombia: Judicial Protection of the Right to Health” en YAMIN y GLOPPEN 2011.