

Derechos sociales fundamentales

Fundamental social rights

Augusto Durán Martínez*

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

✉ aduranmartinez@adinet.com.uy

Resumen

El tema analizado dista de ser pacífico. En efecto, no hay acuerdo doctrinario en cuanto al fundamento y el concepto de los derechos fundamentales, de los derechos sociales ni, menos aun, de los derechos sociales fundamentales. Referiré en primer término a los derechos fundamentales, seguiré con los derechos sociales y abordaré, finalmente, los derechos sociales fundamentales.

Palabras clave: derechos humanos, derechos sociales y económicos, teoría legal.

Abstract

This text seeks to analyze the relationship between Law and Justice from the perspective of judicial practice. For this, both the concept of Justice and the solutions prompted in case of conflict between both are analyzed.

Keywords: human rights, economic and social rights, legal theory.

Introducción

El tema analizado dista de ser pacífico. En efecto, no hay acuerdo doctrinario en cuanto al fundamento y el concepto de los derechos fundamentales, de los derechos sociales ni, menos aun, de los derechos sociales fundamentales. Referiré en primer término a los derechos fundamentales, seguiré con los derechos sociales y abordaré, finalmente, los derechos sociales fundamentales.

Derechos fundamentales

1. La preocupación por los derechos no es, por cierto, nueva. Basta para comprobar esta afirmación recordar que la definición de derecho de Francisco Suárez, como «el poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe» (citado por Massini, 1980), no es sino una definición de derecho subjetivo, así como las declaraciones de derechos efectuadas en los albores del Estado liberal de derecho. Pero es, en verdad, con la aparición del neoconstitucionalismo que ciertos derechos pasaron a ubicarse en el centro del ordenamiento jurídico.

Con el neoconstitucionalismo aparece un nuevo paradigma del cual se deriva una mayor independencia del derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía, única manera de hacer prevalecer la justicia y una cierta categoría de derechos particularmente importantes (Cea Egaña, 2005; Durán Martínez, 2012a, pp. 10, 38 y 203).

2. Según el fundamento asignado a esos derechos o sus contenidos, la doctrina ha empleado distinta terminología.

Así, se ha hablado de derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales (Peces-Barba Martínez, 1995, p. 21). También a estos derechos se les ha llamado *constitucionales* en la medida en que, directa o indirectamente, son recogidos por la Constitución (Nogueira Alcalá, 2000, p. 39; Durán Martínez, 2004, p. 360). Asimismo, en el siglo XIX se hablaba de *derechos individuales*, puesto que se aludía a derechos de los individuos considerados aisladamente. Pero al redescubrirse la dimensión social del hombre y al aparecer los derechos sociales, que no quedaban exactamente comprendidos en los derechos individuales, algunos autores —como Barbagelata (1986, p. 7)— prefieren la expresión *derechos fundamentales* para comprender también a los derechos sociales.

3. Actualmente la terminología más empleada es la de *derechos humanos*, aunque también con frecuencia se usa la de *derechos fundamentales*. Pero no necesariamente o no siempre estos términos se emplean como sinónimos.

4. Tomo el término *derechos humanos* en el sentido en que lo ha hecho Bidart Campos (1991, p. 2), para comprender aquellos que tienen como sujeto al hombre en

cuanto hombre, en cuanto pertenece a la especie que llamamos humana, prescindiendo de su condición de ciudadano o extranjero, de trabajador o pasivo, de niño o adulto, de joven o anciano, mujer o varón, de integrante de algún grupo étnico especial o de toda otra circunstancia en particular (Durán Martínez, 2004, p. 360). Son derechos que tienen todos y cada uno de los individuos de la especie humana por su sola condición de seres humanos, sin consideración a ninguna otra circunstancia especial.

Los derechos humanos son inherentes a la personalidad humana, derivan de la naturaleza del hombre, concretamente de su dignidad. Allí se encuentra su fundamento.

Los derechos humanos son derechos públicos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son derechos humanos. En efecto, no lo son aquellos derechos subjetivos creados por el derecho positivo que no son inherentes a la naturaleza humana.

Las libertades públicas son derechos humanos, pero los derechos humanos no se agotan en las libertades públicas.

Las libertades públicas pueden coincidir con lo que en su momento se llamó derechos individuales, pero, como bien observa Peces-Barba (1995, p. 30), los derechos de participación o de prestación no se acomodan mucho con esta terminología.

Como acertadamente observó González Pérez (2007, p. 6), la dignidad humana es intangible no porque lo diga una constitución, una asamblea internacional o un parlamento, sino por el origen y la naturaleza de la persona humana, reflejo de su condición de *imago Dei* (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, p. 53). «La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en Dios su creador».

La referencia bíblica —Dios hizo al hombre a su imagen— refiere a la racionalidad, lo que implica la libertad. De ahí deriva la dignidad humana.

Por eso es que estos derechos son naturales. Finnis (2000, p. 227) utiliza los términos *derechos humanos* y *derechos naturales* como sinónimos. Por ser naturales, estos derechos:

- a. se descubren por la razón en la naturaleza humana;
- b. son previos al Estado y al derecho positivo;
- c. se imponen al derecho creado por el hombre y son un límite a este derecho (Peces-Barba, 1995, p. 30).

Por la importancia que tienen, estos derechos suelen estar recogidos en las constituciones contemporáneas; por eso se suelen también llamar *derechos constitucionales*. No considero correcta esta terminología porque:

- a. si son naturales, son supraconstitucionales; no pasan a tener valor y fuerza de Constitución por ser recogidos por la Constitución;
- b. la Constitución puede crear derechos que no derivan de la naturaleza humana, por lo que no son derechos humanos, pero sí son constitucionales, por ser de creación constitucional (Durán Martínez, 2004, p. 360).

También, por su importancia, los derechos humanos suelen llamarse *fundamentales*. Es el caso del artículo 1 de la ley 18.381, de 17 de octubre de 2008, en cuanto califica de derecho fundamental el derecho al acceso a la información pública. La expresión *derecho fundamental* es tomada como sinónimo de *derecho humano* (Durán Martínez, 2012b, p. 102).

Pero es preciso advertir que hay otras posturas doctrinarias.

Así, Alexy (2007, p. 395) expresa que «los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple».

Y también sostiene Alexy (1995, p. 93) que «los derechos solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo». Y, a mayor abundamiento, advierte que, si bien puede ser que las constituciones incluyan derechos que no cabe considerar como derechos humanos, puede haber derechos humanos que no tengan cabida en una Constitución (Alexy, 2007, p. 2005). Habría así derechos humanos no constitucionalizados y derechos constitucionales que no son derechos humanos. Los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, serían los derechos humanos expresa o implícitamente constitucionalizados.

Bastida sustenta una opinión en cierto aspecto similar a la de Alexy, pero en otro aspecto difiere. En efecto, para Bastida —al igual que para Alexy— la fundamentabilidad de un derecho depende de su recepción por la Constitución. Los derechos fundamentales no lo son, a su juicio, por ser derechos humanos, por ser inherentes a la persona humana, sino porque son reconocidos por la Constitución. Si el acto jurídico que lo reconoce no es la Constitución sino la ley, no será un derecho fundamental, aunque se pueda decir que es inherente a la persona humana (Bastida, 2007, p. 113).

Tanto independiza Bastida la fundamentabilidad de la persona humana que admite que, en teoría, si la Constitución lo hace podría conferirse un derecho fundamental a los animales (Bastida, 2007, p. 118). No hay coincidencia en esto con Alexy, para quien, según se ha visto, los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados.

En definitiva, para Bastida el derecho fundamental se caracteriza por ser un derecho subjetivo indisponible para el legislador (Bastida, 2007, p. 115). Es indisponible

para el legislador porque, al estar recogido por la Constitución, participa del valor y la fuerza de la norma constitucional.

Por cierto que no comparto la posición de Bastida, quien admite como derechos fundamentales derechos que no se relacionan con la naturaleza humana. Y tampoco comparto la de Alexy en cuanto exige para la fundamentalidad de un derecho humano el reconocimiento constitucional que los garantiza.

A esta postura de Alexy cabe objetar que reconocer no implica necesariamente garantizar y, como acertadamente observó Ferrajoli (2005, pp. 45 y 180), la garantía no es de la esencia del derecho fundamental. La falta de garantía no significa inexistencia del derecho.

Si un derecho humano no es reconocido por el derecho positivo o carece hoy de garantía expresamente regulada es porque por la imperfección del conocimiento humano no se ha advertido que estamos ante un derecho humano. El día en que progrese nuestro conocimiento y se admita la existencia de ese derecho, se otorgará la garantía (Durán Martínez, 2008, p. 259). En ese momento lo que se otorgará será la garantía, no el derecho, que es preexistente. Por ejemplo, en la Constitución de 1934 se introdujo el actual artículo 68, que garantizó la libertad de enseñanza. En ese momento se protegió constitucionalmente esa libertad, pero no se la creó, pues ella era preexistente.

La democracia, esencia del Estado constitucional de derecho, requiere el *principio de la mayoría* y no el *dominio de la mayoría*. Ese *principio de la mayoría* presupone un *coto vedado*, es decir, cuestiones que son indisponibles (Garzón Valdés, 2007, p. 151).

Ese *coto vedado*, como dice Garzón Valdés (2007, p. 154), es condición necesaria para la democracia: «La aplicación del principio de la mayoría es justamente lo que impide el suicidio de la democracia. La reducción de la omnipotencia de la mayoría es lo que permite la vitalidad de la democracia».

Lo expuesto es válido tanto para la mayoría legislativa como para la constituyente, en virtud de la identidad de razón existente. Así como no se puede admitir el suicidio de la democracia perpetrado por acto legislativo, tampoco se puede admitir por acto constitucional. El suicidio es inadmisibles cualquiera sea el instrumento que se emplee o se pretenda emplear.

Por eso es que la Ley Fundamental de Bonn expresó que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial» (artículo 19.2), posición que, por su contenido principal, ha trascendido Alemania y ha sido recibida por la mejor doctrina (Esteva Gallicchio, 2002, p. 56).

Eso hace que los derechos propiamente humanos sean indisponibles no solo para una mayoría parlamentaria sino también para el poder constituyente. Admitir que el poder constituyente pueda disponer sobre los derechos humanos sería admitir un poder humano absoluto, cosa que no existe (Maritain, 1983, pp. 46-65).

Derechos humanos son así los inherentes a la persona humana, y para su existencia es entonces irrelevante el reconocimiento constitucional. Tomo así los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales* como sinónimos.

Por tal razón se puede decir, con palabras de Alexy (2006, p. 32), que los derechos humanos o fundamentales regulan con rango máximo y con máxima fuerza jurídica.

En virtud de ese rango máximo y esa máxima fuerza jurídica de los derechos humanos es que Bachof (2008, p. 36), ya en 1951, habló de un derecho metapositivo que limita al poder constituyente y, por ende, de la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales.

Derechos sociales

1. En la primera etapa del Estado de derecho, en la liberal, los derechos humanos, con frecuencia llamados entonces *derechos individuales* —porque en virtud de la concepción imperante tenían un contenido individualista— configuraban predominantemente derechos a acciones negativas y se esgrimían ante el Estado

2. Los excesos del liberalismo provocaron una vuelta a aquella concepción filosófica que se remonta a Aristóteles y se perfecciona con el tomismo. No se ignora, por cierto, la dimensión individual del ser humano, pero se reconoce su dimensión social.

El Estado de derecho evolucionó hacia un Estado social de derecho, los derechos enriquecieron sus contenidos y no solo se hacen valer ante el Estado.

Junto con los derechos individuales, que son fundamentalmente derechos a acciones negativas, aparecen otros llamados *sociales*. Estos derechos se tienen por la dimensión social del hombre; son solo o predominantemente derechos a acciones positivas.

3. Se suele decir que los derechos individuales, entre los que se incluyen los derechos civiles y políticos, son derechos de primera generación, mientras que los sociales son de segunda generación, en atención a que fueron reconocidos en un momento posterior a los primeros (Hierro, 2007, p. 64).

En realidad, estas dos generaciones de derechos más la tercera se complementan y acumulan. Por eso hay ampliación y no disminución de derechos (Ivanega, 2016, p. 1307).

La tensión mostrada por algunos entre libertad e igualdad social, o entre derechos liberales y sociales, es superable. Bien señala Ivanega:

[...] la disputa entre ambas garantías es ideológica y no puede constituir un argumento válido para desestimar el valor e importancia de los derechos sociales. Es imposible, como bien señala la doctrina, referirse a la libertad aislada del carácter social interno de cada país; de ahí que coincidimos con el criterio de que los derechos sociales forman parte de una ampliación de los principios de libertad. (2016, p. 1307)

4. Los pactos internacionales suelen referirse a derechos económicos, sociales y culturales. Es el caso del pacto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, su protocolo facultativo de 2008, firmado por Uruguay el 24 de setiembre de 2009 y el Protocolo de San Salvador, aprobado por la Asamblea General de la OEA el 16 de noviembre de 1999, entre otros. Pero ninguno de estos instrumentos, aunque que los enumere, indica cuáles son los derechos económicos, cuáles los sociales y cuáles los culturales. Por eso, genéricamente se suele referir a ellos como derechos sociales o, como lo hace Hierro (2007, p. 163), derechos económico-sociales.

El Protocolo de San Salvador contempla el derecho al trabajo (artículos 6 y 7), derechos sindicales (artículo 8), derecho a la seguridad social (artículo 9), derecho a la salud (artículo 10), derecho a un medioambiente sano (artículo 11), derecho a la alimentación (artículo 12), derecho a la educación (artículo 13), derecho a los beneficio de la cultura (artículo 14), derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15), derecho de la niñez (artículo 16), protección de los ancianos (artículo 17), protección de los minusválidos (artículo 18), sin perjuicio de prever la incorporación de otros derechos así como la ampliación de los reconocidos (artículo 22) (OEA, s.f.).

El Pacto de las Naciones Unidas tiene un contenido similar. No obstante, me parece interesante destacar el artículo 15 en cuanto reconoce el derecho de toda persona a:

- a. participar en la vida cultural;
- b. gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

5. En nuestro derecho interno, fue en la Constitución de 1934 que los derechos económicos, sociales y culturales se previeron por primera vez en la historia constitucional uruguaya (Cagnoni y Blengio Valdez, 2010, p. 29). El capítulo II de la sección II, «Derechos, deberes y garantías», de esa Constitución, con leves variantes, es el de la Constitución vigente.

Como antecedente de estos textos normativos debe citarse el llamado Proyecto del Albéniz, redactado por el Partido Nacional (herrerista) en 1931 (Gros Espiell y Arteaga, 1991, p. 81).

En efecto, con fecha 29 de agosto de 1933, los convencionales electos por el Partido Nacional, encabezados por el Dr. Luis Alberto de Herrera, presentaron a la Convención Nacional Constituyente el proyecto de Constitución aprobado por el Congreso Herrerista reunido en el Albéniz el 18 de julio de 1931 y sancionado por la Convención del Partido con las ampliaciones propuestas por el Directorio en la sesión de 10 de diciembre de 1932 (Comisión de Constitución, 1935, p. 83).

Este proyecto se ocupa especialmente de la enseñanza, pero, además, entre las proposiciones del Directorio del Partido Nacional aprobadas por la Convención partidaria que acompañan el proyecto figura la siguiente: «[...] 6. Consagración en la Constitución de la República de principios esenciales y derechos de contenido social, económico y cultural» (Comisión de Constitución, 1935, p. 84).

Los constituyentes nacionalistas tuvieron así una directiva muy precisa al respecto y fueron, en tal sentido, especialmente activos (Durán Martínez, 2004, p. 264).

6. Modernamente se incluye entre los derechos sociales el acceso a ciertos servicios, como los de agua potable, saneamiento, electricidad, gas, transporte, etcétera (Sanz Larruga, 2016, p. 729; Durán Martínez, 2016, p. 211).

La prestación de estos servicios hace «a la dignidad de las personas, fundada en la solidaridad y equidad social que tiende a mantener la cohesión dentro de la sociedad procurando evitar las carencias de la población marginada» (Cassagne, 2017, p. 211) y también a mejorar la vida de los que no son necesariamente carenciados pero necesitan de esos servicios para lograr un nivel de vida acorde al grado de desarrollo de nuestra civilización.

La prestación de estos servicios, llamados genéricamente *servicios de interés económico general*, conlleva la presencia del sector público y del privado. Esa presencia del sector público y del privado en este ámbito impone como exigencias del principio de subsidiariedad, para asegurar eficacia, libertad y justicia social, el corte vertical de actividades, la implementación del servicio universal y la creación de autoridades reguladoras independientes (Durán Martínez, 2017, p. 98).

Como se comprenderá, los derechos sociales tienen mejor posibilidad de desarrollo en el modelo denominado *Estado subsidiario* (Cassagne, 2016, p. 25), llamado también por Cassagne (2015, p. 15 y 78) *Estado de justicia* porque, en verdad, lo es.

El principio de subsidiariedad —que está en la raíz de este tipo de Estado—, afirma Cassagne (2017, p. 229), tiene la ventaja sobre los esquemas intervencionistas del pasado que fomenta la iniciativa individual y colectiva, sin limitar la in-

tervención del Estado como gestor económico ante la insuficiencia de los particulares o el estado de necesidad que justifica una emergencia económica.

7. Estos derechos económicos, sociales y culturales —o, genéricamente, sociales— presentan diferencias con los clásicos derechos individuales. En efecto, los derechos sociales son, o predominantemente son, derechos a acciones positivas. Esa es su principal característica, por eso son más complejos que los derechos a acciones negativas.

Derechos sociales fundamentales

1. Los derechos sociales pueden ser fundamentales o no.

2. Si la fundamentabilidad depende de si son recogidos por la Constitución sin tener en cuenta su relación con la naturaleza humana —como lo ha sostenido Bastida, según se ha visto—, aquellos que no tienen directa o indirectamente receptividad en la Constitución, sino que son de origen legislativo o infralegislativo o tienen su fuente en una Convención Internacional, no lo son.

3. No comparto esta posición. Si un derecho social deriva de la naturaleza humana, es un derecho humano o fundamental, esté o no recogido en la Constitución. El hecho de que sea recibido en una Constitución o en una ley o en un reglamento o en un instrumento internacional no le hace cambiar al derecho su naturaleza.

Por eso es que, como bien expresó Rodríguez-Arana Muñoz (2016, p. 1434), los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos y pueden ser exigidos judicialmente.

4. Algunos autores niegan que los derechos sociales sean fundamentales diciendo que no son universales, ni absolutos, ni definitivos, ni gratuitos ni baratos, o que no son justiciables.

Hierro (2007) ha pretendido, con agudeza, relativizar esas diferencias. Ante el cuestionamiento de la condición de derechos de los derechos sociales por no ser universales (2007, p. 174), expresó:

[...] si los derechos humanos tienen que ser derechos universales y la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual sea la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son ni han sido nunca universales y, en consecuencia, no serían derechos humanos.

Y más adelante, con razón, aclara que el hecho de que el disfrute de un derecho dependa de cierta configuración ocasional no es óbice a su pretendida universalidad. Y esto ocurre tanto en algunos derechos individuales, como el de propiedad, como en los sociales (p. 176).

Ante el cuestionamiento de la condición de derechos humanos de los derechos sociales, por no ser absolutos, Hierro expresó:

Si los derechos humanos tienen que ser derechos absolutos y el carácter absoluto de los derechos consistiera en que el titular puede esgrimir su derecho contra todos y todas están obligados a realizar alguna acción o a observar alguna abstención para satisfacerlo, entonces ninguno de los derechos políticos clásicos sería absoluto y, en consecuencia, no serían derechos humanos. Los derechos políticos se predicen de un sujeto frente al Estado del que el sujeto es ciudadano. El derecho de sufragio no se pretende que lo tenga todo ser humano respecto a los gobernantes de cualquier Estado, sino precisamente del Estado del que él forma parte y a cuyas decisiones normativas está habitualmente sometido. (2007, p. 178)

En estos casos, el obligado depende de la ocasión.

Consecuentemente, el que los derechos económico-sociales se ostenten contra un Estado, sociedad política o institución determinada no es una característica específica o peculiar de este tipo de derechos. (Hierro, 2007, p. 179)

En cuanto al señalamiento de que los derechos sociales no son definitivos en el sentido de que su configuración definitiva depende de ulteriores desarrollos institucionales, admite Hierro (2007, p. 189) que eso ocurre en casi todos los derechos. Así por ejemplo, el contenido del derecho a la vida es la pretensión de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del Estado que prevengan las acciones homicidas, o de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del Estado que prevengan los hechos naturales que puedan privarnos de la vida, como enfermedades mortales, accidentes laborales o accidentes de circulación.

Se suele negar la condición de derecho fundamental a los derechos sociales por su costo. Hierro (2007, p. 188) reacciona, con razón, ante tal argumento, advirtiendo el costo que supone para el Estado asegurar el derecho a la integridad física, por lo que invierte en el aparato policial, o el costo que supone el derecho al sufragio, por lo que cuestan los actos electorales. El costo para la satisfacción de un derecho no es argumento para negar su fundamentalidad.

Se ha dicho que los derechos individuales, civiles y políticos son justiciables, mientras que los sociales no lo son. Ante eso, Hierro (2007, p. 194) responde que para quien ha sido privado de la vida el derecho a la vida no es justiciable.

De eso no se deriva que no sea un derecho y que no deba ser, hasta donde es preventivamente posible, protegido. Que un derecho admita una protección judicial directa, perfecta o reparadora (digamos, la reivindicación o restauración del titular en el disfrute del derecho, como el derecho de propiedad) o una protección judicial directa imperfecta o compensadora (digamos, la indemnización por la violación de un derecho, como el derecho a la integridad física) o una protección judicial indirecta generalmente preventiva (digamos, una sanción al que viola el derecho, como el derecho a la vida) no permite derivar que uno sea un derecho más importante o más real que otro, sino sencillamente que uno es más fácil de satisfacer o de proteger que otro.

5. Las acotaciones de Hierro (2007) son en líneas generales compartibles, puesto que la fundamentabilidad de un derecho no depende de esos aspectos. La fundamentabilidad de un derecho depende de su relación con la naturaleza humana. Las falencias de su reconocimiento o protección aluden a la imperfección del conocimiento humano. A medida que progresa el conocimiento, conocemos más derechos y mejoramos su protección; de ahí la fuerza expansiva de los derechos y, en particular, de los derechos sociales fundamentales, que es donde más claramente se ve esa fuerza expansiva.

El hombre, por fin, volvió a entender que, aparte de su dimensión individual, tiene también una dimensión social que le es inescindible. Bien decía Pérez Hualde (2016, p. 1399):

[...] el gran soporte que nos llega de Ulpiano, «*iussuum quique tribuire*», integrante de la «*tría iuris praeceptae*», base jurídica fundamental de nuestra civilización jurídica, no tiene posibilidad de visualización sin una «dimensión social» que lo compromete con la Justicia desde su misma esencia, en tanto y en cuanto hace que sea derecho y no otra cosa.

6. Los pactos internacionales suelen prever el desarrollo progresivo de los derechos económico-sociales allí comprendidos. Es el caso del artículo 2.1 del Pacto de las Naciones Unidas de 1966, los artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador.

La progresividad significa, recuerda Rodríguez-Arana (2016, p. 1441), por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de estos derechos supone cierta

gradualidad en función de la realidad, sobre todo de las dificultades que encuentra cada país para el aseguramiento de la plena realización de estos derechos, sin perder de vista, al mismo tiempo, que esta obligación exige movilizarse tan rápido y efectivamente como sea posible. «Y, por otro lado, la progresividad significa progreso, mejoramiento de las condiciones de goce y disfrute de esos derechos.»

A menudo se dice que estos pactos, en virtud de la progresividad, con relación a los derechos sociales contienen normas programáticas.

En buena medida esto es así, porque contienen directivas a los Estados para que tomen determinadas medidas para asegurar los derechos allí contemplados.

Pero si esos derechos son derechos sociales fundamentales, son directamente operativos y justiciables, aunque los Estados no hayan adoptado esas medidas en razón de su fundamentabilidad. Ya se ha visto que estamos ante derechos humanos y la efectividad de estos no requiere el reconocimiento del derecho positivo. Ese reconocimiento facilita la efectividad del derecho, pero su ausencia no la impide.

De manera que, si el legislador o, en su caso, la Administración no ha adoptado las medidas que corresponden para el mejor aseguramiento de esos derechos, su omisión no impide la actuación del juez.

Por cierto que esta actividad jurisdiccional tiene límites. En el Estado de hoy, el Estado constitucional de derecho, el juez es el supremo *guardián* del derecho, pero no *señor* del derecho (Zagrebelsky, 2012, p. 42). Por eso bueno es tener en cuenta una advertencia de Sesín oportunamente recordada por Pérez Hualde (2016, p. 1409) al tratar este tema: «[...] una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a jurisdicizar la política, sino a politizar la justicia.»

No debe ser tomada esta sabia advertencia como un pretexto para paralizar la actuación de los jueces.

Es verdad que los problemas planteados son delicados, los conceptos jurídicos indeterminados que se nos presentan no son de fácil interpretación, la ponderación que se requiere para dar solución a esos temas es difícil, y eso sin hablar de los problemas presupuestales que suelen estar presentes en estos casos. Pero es preferible correr ciertos riesgos y no crear una situación de desprotección de los derechos.

Con acierto, Pérez Hualde (2016, p. 1412) en este sentido escribió:

[...] se hace necesario correr ese riesgo de alguna interferencia judicial desacertada porque, de lo contrario, la conculcación de derechos atropellados irreversiblemente por las necesidades, por la invocación de la eficacia y —sobre todo— de las urgencias políticas de los gestores de la acción de gobierno podrían ser incontrolables y, en muchos casos, irreparables.

La acción judicial, como toda acción humana, puede tener errores. Hay que procurar evitarlos, pero no se puede preferir la inacción para evitar los errores que se pueden cometer en la acción.

La veracidad de lo afirmado se confirma plenamente en el caso uruguayo. En nuestro país, el partido de gobierno por tres elecciones consecutivas obtuvo mayoría absoluta en las cámaras legislativas. Con esas mayorías, por la simple fuerza de los votos, sin mostrar la menor preocupación por el derecho, un día sí y otro también dictó leyes inconstitucionales y desconoció descaradamente derechos fundamentales. Se atacó así frontalmente al Estado de derecho, el que, parafraseando a Rubén Darío, «si no cayó, fue porque Dios es bueno».¹ En efecto, gracias a Dios, un Poder Judicial y un Tribunal de lo Contencioso Administrativo con una actuación, en general, bastante razonable evitaron lo peor.

7. La progresividad de los derechos fundamentales lleva implícita la prohibición de su regresividad (Rodríguez-Arana Muñoz, 2016, p. 1440). Esto implica la prohibición de normas y políticas que empeoren la situación de estos derechos.

Tal aserto es lógica consecuencia de que esta obligación implica la mejora permanente y continua del ejercicio de estos derechos, por lo que el Estado asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos sociales fundamentales vigentes o, lo que es lo mismo, derogar los derechos de esta naturaleza ya existentes. (Rodríguez-Arana Muñoz, p. 1441)

Esto implica la ilegitimidad, en principio, de todo acto legislativo o administrativo o de cualquier otra naturaleza u otra acción de otro tipo que suponga un desconocimiento o una vuelta atrás con relación a los derechos conquistados.

Digo *en principio* porque —y aquí me refiero al Derecho uruguayo—, conforme al artículo 7 de nuestra Constitución, el derecho a la protección del goce de la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad puede ser privado por ley dictada por razones de interés general.

Pero esas razones deben existir y deben ser acreditadas. *Interés general* es un concepto jurídico indeterminado que se da o no y no configura un cheque en blanco al legislador. Si el legislador efectúa una errónea apreciación del interés general y las razones por él esgrimidas no justifican la supresión de esos derechos, la ley es inconstitucional y así debe ser declarada por la Suprema Corte de Justicia. Por eso, se puede decir que las leyes privativas de estos derechos se presumen inconstitucionales (Guariglia, 2009, p. 200).

1 «Potro sin freno se lanzó mi instinto, / mi juventud montó potro sin freno; / iba embriagada y con puñal al cinto; / si no cayó, fue porque Dios es bueno» (Darío, 1967, p. 531).

La prohibición de regresividad ahora en estudio determina precisamente una presunción de ilegitimidad de las normas que afectan estos derechos, que invierte la carga de la argumentación. No es quien impugna la norma represiva que debe acreditar su ilegitimidad, sino el demandado (Rodríguez-Arana Muñoz, 2016, p. 1443).

Para justificar la legitimidad de la medida regresiva, no bastan invocaciones genéricas al interés general, sino que se requiere una adecuada argumentación teniendo en cuenta con gran rigor los derechos que se pretende salvaguardar. Estamos ante esos casos que la jurisprudencia norteamericana considera categoría sospechosa y el control de constitucionalidad se endurece (Rodríguez-Arana Muñoz, 2016).

Esto incluye, desde luego, las razones presupuestales que se suelen invocar para restringir derechos sociales.

Como se ha dicho, la plena satisfacción de los derechos sociales es cara. Los dineros son escasos y los Estados siempre se encuentran ante problemas económicos y financieros.

Los Estados están finalizados a la consecución del bien común. Están para crear las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de la persona humana y esto supone, naturalmente, el pleno cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, además de los clásicos.

Lo que ocurre es que, a menudo, gobiernos populistas (Cassagne, 2017) incurren en despilfarros, sea por razones de corrupción o por adoptar medidas destinadas a conservar un electorado cautivo para perpetuarse en el poder, lo que es un acto de corrupción, y después se quedan sin fondos para hacer lo que tienen que hacer. Esto, por supuesto, es incompatible con la buena administración (Durán Martínez, 2012a, p. 157) y con los actuales criterios de gobernanza.

Pero debe reconocerse que, como consecuencia de esas medidas populistas, se producen crisis que hay que solucionar. Para la solución de esas crisis es lícita alguna medida regresiva, pero solo si se sortea con éxito el test de razonabilidad al hacer la ponderación correspondiente.

También a veces se dictan normas que coliden con reglas de derecho supraválidas que generan situaciones distorsivas que luego es preciso solucionar, lo que es difícil porque se invoca el desconocimiento de un derecho fundamental que no es tal.

Como ejemplo de esto analicemos lo que ha ocurrido con la ocupación de locales de trabajo en Uruguay.

El derecho de huelga está previsto en el artículo 57 de la Constitución, en texto que proviene de la Constitución de 1934. Su tercer inciso establece: «Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad» (Constitución de la República Oriental del Uruguay).

El derecho de huelga, pues, cabe admitir que por lo menos es de raíz constitucional.

La ocupación de los locales de trabajo no es inherente a la huelga, sino un hecho conexo a ella. Por tanto, no tiene el valor y la fuerza del derecho de huelga y su legitimidad no depende de la huelga sino del hecho de ocupación en sí (Durán Martínez, 2008, p. 132; 2012, p. 318.).

Tradicionalmente, en Uruguay la ocupación de los locales de trabajo se consideró un hecho ilícito. Por eso, el decreto 512/966, de 19 de octubre de 1966, modificado por el decreto 286/000, de 4 de octubre de 2000, cometió al Ministerio del Interior la desocupación de los locales ocupados.

Pero apenas asumió el gobierno populista, en uno de sus primeros actos derogó expresamente esos decretos por decreto 145/005, de 2 de mayo de 2005, y comenzó a preparar una reglamentación de la ocupación de los locales de trabajo en un anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que no se tradujo en ley por la resistencia que despertaron sus groseras inconstitucionalidades. Pero el Poder Ejecutivo recogió básicamente su contenido en el decreto 165/006, de 30 de mayo de 2006, lo que incrementó la ilegitimidad de la regulación (Durán Martínez, 2008, p. 120).

Por cierto, ante la nueva normativa florecieron las ocupaciones de los locales de trabajo; pero, ante la sorpresa del Gobierno que las impulsó, ocurrió lo obvio: las ocupaciones no se circunscribieron al sector privado sino que comenzaron a producirse también en los locales públicos. Eso al Gobierno no le gustó; consideró que la ocupación de los locales de trabajo es un derecho de los trabajadores privados que se puede ejercer respecto de locales privados, pero no es un derecho que tengan los funcionarios públicos sobre locales públicos. En consecuencia, por decreto 354/010, de 2 de diciembre de 2010, se prohibió la ocupación de los locales de trabajo en el sector público.

Por supuesto que esta medida es correcta. Su ilegitimidad no radica en esa prohibición, sino en la discriminación que se encuentra en la base de ese decreto. En efecto, es tan ilegítima la ocupación de los locales públicos como la de los privados. La distinción practicada en ese decreto, por discriminatoria, no procede.²

2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (0C-18/2003, de 17 de setiembre de 2003, serie A, núm. 18, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*), entre otras cosas expresó: «[...] 2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. 3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. 4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forman parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. 5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo acarrea obligaciones *erga omnes* de protección

Pero como no hay mal que por bien no venga, este decreto 354/010 se convertirá en la base del despiece de tan funesto sistema. En efecto, cuando se acabe la era de los gobiernos populistas en el Uruguay, al siguiente gobierno le bastará extender la solución del decreto 354/010 a todos los sectores.

La prohibición de regresividad que rige en esta materia no puede impedir esta medida porque la ocupación de los locales de trabajo es un derecho minusválido, ya que no es fundamental; tiene origen reglamentario y el acto que lo contempla es contrario a derecho, pues no resiste el test de razonabilidad ante tres derechos fundamentales que es preciso salvaguardar: el derecho de propiedad, la libertad de trabajo e industria de los propietarios de los locales y el derecho de los trabajadores que no adhieren a la huelga.

Conclusión

1. A manera de conclusión efectuaré una serie de afirmaciones que sintetizan mi pensamiento en el tema.
2. Esas afirmaciones son las siguientes:
 - a. En el actual mundo occidental cristiano no se puede admitir una concepción del derecho que no parta de los derechos fundamentales, tomada esta expresión como sinónimo de derechos humanos, lo que incluye, desde luego, los derechos sociales fundamentales.
 - b. La plena efectividad de los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales fundamentales, exige una adecuada aplicación del principio de subsidiariedad.
 - c. El principio de subsidiariedad es el eje articulador del funcionamiento del Estado subsidiario, por lo que es en este modelo de Estado que se logra la mejor salvaguarda de los derechos sociales fundamentales.
 - d. El desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, en especial de los derechos sociales fundamentales, determina su no regresividad. Esto no impide, en circunstancias excepcionales, cuando razones de interés general así lo justifican, la adopción por ley de medidas regresivas, si sortean con éxito el test de razonabilidad o la eliminación de normas violatorias de derechos fundamentales que solo benefician a una minoría, aunque para esa minoría esas derogaciones puedan considerarse una medida regresiva.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALEXY, R. (2006). «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México.
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BACHOF, O. (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- BARBAGELATA, A. L. (1986). *Derechos fundamentales* (ed. act.). Montevideo: FCU.
- BASTIDA, F. J. (2007). «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos». En R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BIDART CAMPOS, G. (1991). *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires.
- BLENGIO VALDEZ, M. (2010). *Código de Derechos Humanos: La protección jurídica de los derechos humanos en Uruguay*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- CAGNONI, J. A. & BLENGIO VALDEZ, M. (2010). «Los derechos humanos en la Constitución». En M. BLENGIO VALDEZ, *Código de Derechos Humanos: La protección jurídica de los derechos humanos en Uruguay* (pp. 23-46). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- CASSAGNE, J. C. (2015). *Los grandes principios de derecho público (constitucional y administrativo)*. Buenos Aires: La Ley.
- CASSAGNE, J. C. (2016). *Curso de Derecho Administrativo: Tomo 1* (11.ª ed. act. y amp.). Buenos Aires: La Ley.
- CASSAGNE, J. C. (2017). *El Estado populista*. Buenos Aires: B. de F.
- CASSINELLI MUÑOZ, H. (2010). «La caducidad de la acción de reparación». En CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados compilados por Carlos Sacchi*. Buenos Aires: La Ley.
- CEA EGAÑA, J. L. (2005). «Estado constitucional de derecho: Nuevo paradigma jurídico». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 11(1), 43-56.
- Comisión de Constitución de la III.ª Convención Nacional Constituyente: Actas* (1935). Montevideo: Imprenta Nacional.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.
- DARÍO, R. (1967). «Yo soy aquel». En *Cantos de vida y esperanza. Poesías completas*. Buenos Aires: Antonio Zamora.

- Decreto 286 (11 octubre, 2000). *Diario Oficial*, 96(25621), 61A. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/diariooficial/2000/10/11>.
- Decreto 145 (2005). Recuperado de http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/decretos/2005/05/I%2069_03%2005%202005_00001.PDF.
- Decreto 354 (2010). Derecho de huelga: Libertad sindical. Desocupación de oficinas públicas. Recuperado <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/354-2010>.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2004). *Estudios de Derecho Público: Volumen 1*. Montevideo: s.n.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2008). *Estudios de Derecho Público: Volumen 2*. Montevideo: s.n.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas data (2.ª ed. act. y amp.)*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2016). «Dimensión social de la actividad administrativa». En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, C. DELPIAZZO RODRÍGUEZ, W. ZAMBRANO CETINA & M. del C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (eds.), *Función social de la Administración: Tomo I*. Bogotá: Ibáñez, Universidad del Rosario, FIDA.
- ESTEVA GALLICCHIO, E. G. (2002). «Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 3, 47-57.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FINNIS, J. (2000). *La ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2007). «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy». En R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2007). «La dignidad de la persona y el derecho administrativo». En *II Congreso Iberoamericano de Direito Administrativo*, Curitiba, Brasil.
- GROS ESPIELL, H. & ARTEAGA, J. J. (1991). *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay (2.ª ed. act.)*. Montevideo: FCU.
- GUARIGLIA, C. E. (2009). *Presunción de constitucionalidad de las leyes*. Buenos Aires: La Ley Uruguay.
- HIERRO, L. L. (2007). «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy». En R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- IVANEGA, M. (2016). «Función social de la administración: Los derechos sociales: extensión, efectividad, límites y prospectiva. El caso de la vivienda digna (algunas referencias a la República Argentina)». En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, C. DELPIAZZO RODRÍGUEZ, W. ZAMBRANO CETINA & M. del C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (eds.),

- Función social de la Administración: Tomo I.* Bogotá: Ibáñez, Universidad del Rosario, FIDA.
- MARITAIN, J. (1983). *El hombre y el Estado: Fundación humanismo y democracia.* Madrid: Encuentro.
- MASSINI, C. I. (1980). *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2000). *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos.* Montevideo: CEDECU (serie Ensayos, 2).
- OEA (s.f.). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador».* Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general.* Madrid: Universidad Carlos III.
- PÉREZ HUALDE, A. (2016). «Nuevas bases constitucionales de la dimensión social de la actividad administrativa: ¿Dispersión o recomposición?». En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, C. DELPIAZZO RODRÍGUEZ, W. ZAMBRANO CETINA & M. del C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (eds.), *Función social de la Administración: Tomo II.* Bogotá: Ibáñez, Universidad del Rosario, FIDA.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ (2005). *Compendio de la doctrina social de la Iglesia.* Montevideo: Librería Editorial Arquidiocesana.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2016). «Las obligaciones de los Estados en materia de derechos sociales fundamentales». En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, C. DELPIAZZO RODRÍGUEZ, W. ZAMBRANO CETINA & M. del C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (eds.), *Función social de la Administración: Tomo II.* Bogotá: Ibáñez, Universidad del Rosario, FIDA.
- SANZ LARRUGA, F. J. (2016). «Función social de la administración: Servicios de atención a necesidades básicas. Derecho de acceso a la energía y lucha contra la pobreza energética». En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, C. DELPIAZZO RODRÍGUEZ, W. ZAMBRANO CETINA & M. del C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (eds.), *Función social de la Administración: Tomo II.* Bogotá: Ibáñez, Universidad del Rosario, FIDA.
- ZAGREBELSKY, G. (2005). *El Estado dúctil: Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta.