

# Un modelo de interpretación para la efectivización progresiva de derechos sociales de prestación\*\*

## An Interpretative Model for the Progressive Enforcement of Social Constitutional Rights

### RESUMEN

El presente artículo aborda, desde una perspectiva teórica, la problemática de la efectivización de los derechos sociales de prestación. La tesis central del artículo sostiene que esta efectivización puede darse mediante un modelo progresivo de tres niveles, a saber: el nivel de la funcionalidad básica, el nivel de la optimización del bienestar y el nivel de la complementación del bienestar. El artículo inicia con la fundamentación de la equiparabilidad de los derechos sociales de prestación con los derechos fundamentales “tradicionales o clásicos”, por ser dicha equiparabilidad el requisito teórico para justificar la justiciabilidad y efectivización de los derechos fundamentales prestacionales; a continuación, pasa a desarrollar la idea de obligación mínima esencial para luego incorporarla como primer nivel dentro de la estructura progresiva de efectivización. Finalmente, se pondrá a prueba este modelo teórico al reconstruir con base en el mismo el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* resuelto por la Corte IDH.

### PALABRAS CLAVE

Efectivización y justiciabilidad, derechos sociales de prestación, obligación mínima esencial, estructura de los derechos sociales de prestación, análisis de proporcionalidad, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

\* Doctor en Derecho por la Universidad Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemania. Profesor Colaborador Asistente en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE, España. Ex Investigador García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España. Fellow de la Fundación Alexander von Humboldt. Exbecario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Contacto: [japortocarrero@comillas.edu](mailto:japortocarrero@comillas.edu). ORCID: 0000-0003-3964-5642.

\*\* Recibido el 17 de junio de 2022, aprobado el 18 de enero de 2024.

Para citar el artículo: Portocarrero Quispe, J. “Un modelo de interpretación para la efectivización progresiva de derechos sociales de prestación”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 59, mayo-agosto de 2024, 65-90.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n59.03>

## ABSTRACT

This article addresses, from a theoretical perspective, the problem of the enforcement of fundamental social rights. The central thesis of the article claims that this enforcement can take place by means of a progressive three-level model, namely: the level of basic functionality, the level of welfare optimisation and the level of welfare supplementation. The article begins with the justification of the equiparability of fundamental social rights with the “traditional or classic” fundamental rights, this being the theoretical requirement to justify the justiciability and enforceability of fundamental rights; it then goes on to develop the idea of the minimum core obligation to incorporate it as the first level within the progressive structure of enforcement. Finally, this theoretical model will be tested by reconstructing the *Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala* case, ruled by the Inter-American Court of Human Rights.

## KEYWORDS

Enforceability and justiciability, social constitutional rights, minimum core obligation, structure of social constitutional rights, proportionality analysis, *Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala* case

## SUMARIO

1. La naturaleza de la obligación de los derechos sociales de prestación. 2. Un modelo de obligaciones progresivas para los derechos sociales de prestación. 2.1. La obligación mínima esencial. 2.2. Modelo de tres niveles para el cumplimiento progresivo de obligaciones impuestas por los derechos sociales de prestación. 2.2.1. Primer nivel o umbral de cumplimiento: funcionalidad básica. 2.2.2. Segundo nivel o umbral de cumplimiento: optimización del bienestar. 2.2.3. Tercer nivel o umbral de cumplimiento: complementación del bienestar. 3. El modelo de obligaciones progresivas en contexto. 3.1. El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*: la obligación de garantizar un estándar mínimo del derecho a la salud. 3.2. La efectivización progresiva del derecho a la salud. Conclusión. Referencias

#### 1. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN

En el centro de la problemática de los derechos sociales de prestación<sup>1</sup> se encuentran dos cuestiones fundamentales: la de su justiciabilidad y la de

1 “Derechos sociales de prestación” se definen como aquellos derechos que el ciudadano posee de manera individual, mismos que pueden ser ejercidos en su relación con otros seres

su efectivización. En tanto que la cuestión de la justiciabilidad tiene una connotación jurídica, es decir, con la posibilidad de exigir su cumplimiento o denunciar su omisión ante los tribunales, la cuestión de la efectivización tiene una connotación pragmática, es decir, la posibilidad de cumplir con aquello que estos derechos prescriben mediante la asignación de bienes y/o servicios<sup>2</sup>. Ambas cuestiones, sin embargo, se encuentran intrínsecamente relacionadas: sin una clara justificación de la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación no puede construirse un modelo de efectivización coherente. En efecto, la cuestión jurídica de la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación está referida a su reconocimiento o equiparación con los derechos fundamentales llamados “tradicionales o clásicos”, así como a la posibilidad de reclamar la tutela jurisdiccional de tales derechos ante posibles acciones insuficientes y omisiones por parte del Estado<sup>3</sup>. Mientras

humanos como miembro de un grupo y que sólo pueden ser efectivizados por acciones del Estado orientadas a salvaguardar el entorno del individuo. Véase Wipfelder, H.-J. “Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1986, 140-149.

2 Ciertamente, la cuestión de la justiciabilidad y la efectivización de los derechos fundamentales prestacionales enfrenta retos, que no se limitan a su equiparabilidad a los derechos fundamentales clásicos o a cuestiones presupuestarias dentro del Estado nacional. Así por ejemplo, en la Unión Europea, donde el proceso de integración se ha ido construyendo en función de libertades de tipo económico (las llamadas “cuatro libertades fundamentales”: libre circulación de mercaderías, libre circulación de trabajadores, libre circulación de servicios, libre circulación de capitales - art. 16 C del TFUE), la efectivización de los derechos sociales de prestación enfrenta un doble problema: por un lado, si se dispusiese su efectivización dentro de uno de los Estados miembros, tal acción sería considerada como una restricción nacional que afecta el ejercicio de las cuatro libertades fundamentales de la Unión; por otro lado, si la Unión pretendiese instaurar un sistema normativo para hacer legalmente exigibles y efectivos los derechos fundamentales prestacionales a nivel Europeo, tal acción se vería sujeta a la cesión de competencias que tienen los Estados miembros en su calidad de “amos de los Tratados”. Recientemente, la Comisión Europea ha presentado el denominado “Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, cuyo fin es concretar los veinte principios consagrados en el “Pilar Europeo de Derechos Sociales” de 2017. Sin embargo, dicho pilar no establece los medios para la exigibilidad del cumplimiento de los derechos fundamentales prestacionales ante los tribunales ni conmina a los Estados miembros de la Unión a su efectivización perentoria (“A nivel de la Unión, el pilar europeo de derechos sociales no implica una ampliación de las competencias y las tareas de la Unión otorgadas por los tratados. Debe aplicarse dentro de los límites de dichas competencias”, véase Preámbulo del Pilar Europeo de Derechos Sociales, párr. 18), sino que más bien pretende ser un conjunto de principios y derechos orientados a crear un mercado laboral más justo, y propiciar sistemas de protección social (“servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros, con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como, para garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales”, véase Preámbulo del Pilar Europeo de Derechos Sociales, párr. 12).

3 Sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación, véase principalmente Arango, R. “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, 12, 2001, 185-212, 186 y ss.; Íd. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, 119 y ss.; Courtis, C. y Abramovich, V. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C. (eds.). *La aplicación de los tratados sobre*

que, por otra parte, la cuestión de la efectivización de los derechos sociales de prestación gira en torno al cómo y en qué medida es posible concretizar aquello que tales derechos prescriben. Evidentemente, si no se reconoce a los derechos sociales de prestación, el estatus de derecho subjetivo equiparable a los derechos “tradicionales o clásicos”, entonces, cualquier reivindicación basada en ellos no pasará de ser una exigencia del cumplimiento de meros fines programáticos<sup>4</sup>.

Es verdad que la idea de justiciabilidad y la efectivización de derechos sociales de prestación no está libre de críticas y de lecturas escépticas<sup>5</sup>. Se denomina a dichos derechos “derechos *in fieri*”<sup>6</sup> o incluso “ideología barnizada de dogmática”<sup>7</sup>. Tales críticas se basan tanto en argumentos históricos, referentes a las condiciones que propiciaron el surgimiento de los derechos fundamentales, como en argumentos positivo-sistemáticos referentes a que las constituciones –por lo general– no confieren la posibilidad de reivindicar derechos sociales de prestación ante los tribunales de manera directa. En todo caso, los argumentos esgrimidos en este artículo buscan proporcionar, precisamente, argumentos teóricos que justifiquen una equiparabilidad entre derechos fundamentales clásicos y los derechos sociales de prestación, así como un criterio razonable para su efectivización. Dependerá de las particularidades del derecho positivo de cada sistema jurídico la mejor forma de justiciabilizar y efectivizar los derechos sociales de prestación.

Ahora bien, el trasfondo para poder responder a la cuestión de la “equiparabilidad” de los derechos sociales de prestación a los derechos fundamentales “tradicionales o clásicos” –por ejemplo los derechos de libertad– lo brinda una teoría general que tome en serio la concepción de derechos fundamen-

*derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, 283-350, 296 y ss.

4 Fernando Atria y Carlos Bernal Pulido han sostenido un debate sobre si los derechos sociales fundamentales se reconstruyen como ideales políticos (Atria) o como derechos subjetivos (Bernal). Véase Atria, F. “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, 4, 2004, 15-59; Bernal Pulido, C. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, en *Discusiones*, 4, 2004, 99-144.

5 Rubio Llorente se muestra escéptico respecto de la ampliación de la categoría “derechos fundamentales” para incorporar los derechos sociales de prestación, dado que la creación de dichos derechos depende de una decisión política sobre los recursos que el Estado debe destinar, para la satisfacción de las expectativas basadas en estos derechos y cómo dichos recursos han de ser distribuidos. Rubio Llorente, F. “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 2006, 9-33, 17. En este mismo sentido, véase también Tushnet, M. “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, en *Texas Law Review*, 1, 2013, 1895-1919.

6 Cascajo Castro sostiene que los derechos sociales son una categoría en “vías de hacerse” (*in fieri*), que “requieren de la oportuna intervención legislativa, sujeta a límites, y de una interpretación judicial que los proteja en su estatus móvil de derechos fundamentales”. Véase Cascajo Castro, J. L. “Derechos sociales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 37, 2009, 11-35, 29.

7 Revenga Sánchez, M. (2009). “Derechos sociales (Instrumentos de garantía en la Constitución española)”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 21, 2009, 11-35, 15.

tales como derechos subjetivos<sup>8</sup>, al conferirles tanto una función de defensa (función negativa) como una de prestación (función positiva)<sup>9</sup>. La mayoría de objeciones a la “equiparabilidad” de los derechos sociales de prestación parte de teorías liberales clásicas que, si bien adscriben a los derechos fundamentales una estructura de derecho subjetivo, les asignan únicamente una función como derechos de defensa ante intervenciones del Estado o de terceros particulares (función negativa)<sup>10</sup>. Por el contrario, la mayoría de los argumentos en favor de la equiparación parte, directa o indirectamente, de teorías que entienden a los derechos fundamentales no sólo como aspiraciones de libertad, sino también como garantías que hacen factibles dichas aspiraciones<sup>11</sup>. Por tanto, es vital para cualquier modelo de efectivización de los derechos sociales de prestación asumir una teoría general de derechos fundamentales que reconozca la doble función que estos tienen.

En ese sentido, concepciones tales como la teoría de la integración de valores de Rudolph Smend<sup>12</sup>, la teoría institucional-axiológica de Peter

8 Los derechos sociales de prestación tienen las mismas características estructurales que los derechos de la libertad o clásicos en el sentido de poseer titulares, destinatarios, objeto de prestación e implicar una relación correlativa de obligación; lo cual es aplicable a todo derecho subjetivo. Véase Morales, L. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015, 63 y ss.

9 Cabe precisar que en la doctrina de derechos fundamentales el término “función” de los derechos fundamentales suele equipararse con la expresión “dimensión” o “carácter” de los derechos fundamentales. Véase Rubio Llorente, F. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 989 y ss. En este artículo se parte de una distinción estricta entre la función positiva y negativa de los derechos fundamentales *qua* derechos subjetivos (véase Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 151 y ss.), y el carácter o dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales (véase STC 53/1985). Para una sistematización de las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, véase González-Auriolo, J. “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 2006, 305-319, 310 y ss.

10 Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, 164 y ss.; Forsthooff, E. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, 249 y ss.; Böckenförde, E.- W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, 72 y ss.; Klein, H.- H. “Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit”, en *Der Staat*, 10, 1970, 145-172, 164. Para un análisis sistemático contra las principales críticas a los derechos sociales fundamentales, véase Pisarello, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007, 19 y ss.

11 “La libertad sólo es real cuando se tienen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en cuanto presupuestos de la autodeterminación”, Von Stein, L. *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tage*, t. 3. Munich: Drei Masken, 1921, 104. Para una fundamentación del Estado social contemporáneo y sus implicancias, véase especialmente Heller, H. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Universidad, 1985, 283 y ss.; y García Pelayo, M. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras completas*, t. II (1585-1758). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 1603 y ss.

12 Smend, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 225 y ss.

Häberle<sup>13</sup>, la teoría de los derechos fundamentales como valores objetivos estructurantes de Konrad Hesse<sup>14</sup>, la teoría de los derechos fundamentales como valores éticos positivizados de Gregorio Peces Barba<sup>15</sup>, la teoría garantista de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli<sup>16</sup> o la teoría de los derechos fundamentales como principios jurídicos de Robert Alexy<sup>17</sup> tienen como denominador común la consideración de que la función de los derechos fundamentales no se agota en una función de defensa o negativa, sino que también abarca una función de prestación o positiva.

En efecto, estas teorías, con marcadas diferencias en sus postulados metodológicos y iusfilosóficos, definen a los derechos fundamentales, en general, como derechos subjetivos o posiciones jurídicas que reconocen en el titular la facultad de exigir al destinatario de dichos derechos una abstención, una acción o una prestación. Los derechos fundamentales, así concebidos, conforman un orden estructurador de valores derivados de la dignidad humana que tiene la función de garantizar tanto las libertades del titular como las condiciones que hacen posible dichas libertades. Por tanto, el objeto de los derechos fundamentales como derechos subjetivos puede consistir en una acción, una abstención o una prestación por parte del destinatario de las mismas. Si el destinatario de ellas es el Estado, estamos ante derechos sociales de prestación; si el destinatario de ellas son personas particulares, estamos ante los llamados derechos de la solidaridad<sup>18</sup>. En tanto el objeto de los derechos fundamentales sea una exigencia de abstención por parte del Estado, estaremos ante la función de defensa o negativa de los derechos fundamentales, mientras que si el objeto de los derechos fundamentales consiste en una acción o prestación positiva por parte del Estado, estaremos ante su función de protección. Los derechos sociales de prestación (también llamados “derechos de prestación en sentido estricto”), junto a los derechos a la protección jurídica y los derechos a la organización y procedimiento, se conforman lo que se ha denominado “derechos de prestación en sentido amplio”. Estos argumentos bastan para justificar la

13 Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, 57 y ss.

14 Hesse, K. “El significado de los derechos fundamentales”, en Benda E., Maihofer, W. et al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, 83-115, 91 y ss.

15 Peces-Barba Martínez, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – BOE, 1995, 36, 101 y ss.; Íd. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, 44. También en este sentido, Pérez Luño, A. *Los derechos fundamentales*, 9.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2007, 20 y ss.

16 Ferrajoli, L. “Derechos Fundamentales”, en De Cabo A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, 19-56, 19 y ss.

17 Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 151 y ss.

18 En el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se agrupa dentro del Título IV, “Solidaridad”, a los derechos fundamentales prestaciones en sentido estricto con otros derechos tales como los derechos laborales, derechos familiares y la protección del medio ambiente. Esta forma de agrupar dichos derechos responde a la estructuración adoptada por los padres de la referida Carta y es distinta de la estructuración teórica empleada aquí.

“equiparabilidad”, estructural-funcional, de los derechos fundamentales de libertad y los derechos sociales de prestación, como expresiones de la doble función de los derechos fundamentales como derechos subjetivos<sup>19</sup>. Ambos tipos de derechos representarían una “continuidad valorativa y estructural de todos los tipos de derechos, conectada con la tesis de los derechos como un todo complejo, cuya tutela comporta para el poder obligaciones positivas y negativas, de hacer o de no hacer, costosas y no costosas”<sup>20</sup>.

Es posible plantear también una “equiparabilidad” basada en argumentos históricos. En efecto, en su etapa inicial el Estado surgió como un ente independiente de todo vínculo con sujetos particulares, y cuya legitimación para ejercer poder político derivaba de la costumbre o de justificaciones metafísicas, es decir, surgió como la única entidad legitimada por sus propios súbditos para ejercer poder político en la sociedad y para establecer orden dentro de ella. Surgió como un Estado absolutista y paternalista, aquel *Dios mortal* del que hablaba Hobbes<sup>21</sup>. La idea de Estado pasó luego a vincularse con la idea de constitucionalismo como base de legitimación para su ejercicio del poder político. En este estadio, conservaba aún sus funciones como ente estructurador del orden social, funciones heredadas de su época de surgimiento en el absolutismo. Solo posteriormente, el Estado fue perdiendo sus competencias estructuradoras del orden social, para dejar al libre juego de los particulares la obtención de ese orden. De esta manera la dimensión material de los derechos fundamentales (base de los derechos sociales de prestación) pasa a un segundo plano, cediendo el protagonismo a los derechos fundamentales de libertad<sup>22</sup>.

La principal consecuencia de equiparar los derechos sociales de prestación con los derechos fundamentales clásicos consiste en vincular al legislador tanto de manera negativa como positiva, permitiendo restricciones al ámbito

19 Véase Bernal Pulido, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 441 y ss. Sobre una conceptualización de los derechos sociales de prestación como derechos subjetivos en sentido estricto, véase De Fazio, F. “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista Derecho del Estado*, 41, 2018, 173-195, 175 y ss.

20 Añón, M.- J. “Derechos Sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en vv. AA., *Teoría de la Justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III. Madrid: Dykinson, 2008, 21-46, 33.

21 “Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y defensa común”. Hobbes, T. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 3.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2017, 152.

22 Para una fundamentación histórica de presencia de la dimensión material de los derechos fundamentales, véase Grimm, D. “Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung”, en *Grimm D. Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, 192; Íd. *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, 38 y s., 121 y ss.

de protección de estos derechos, solo en virtud de otros derechos fundamentales, o por bienes de relevancia constitucional, en estricta observancia del principio de proporcionalidad. Además, los derechos sociales de prestación devendrían en criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico como consecuencia del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en general, y dispondrían de garantías judiciales a su favor a fin de reivindicar su cumplimiento ante los tribunales<sup>23</sup>.

Si bien en el ámbito teórico-jurídico, e incluso histórico, es posible equiparar sin mayores problemas a los derechos sociales de prestación con los derechos fundamentales de la libertad, a nivel pragmático o de realización surgen cuestiones que requieren de una cualificación entre estas dos funciones. En efecto, mientras que la función negativa o de defensa de los derechos fundamentales no representa mayor esfuerzo al destinatario de la obligación, en cuanto al uso de recursos, ya que simplemente tiene que abstenerse de interferir en el ámbito de protección garantizado por estos derechos, la función positiva o de prestación sí implica acciones que representan un uso de recursos, para poder satisfacer lo prescrito por estos derechos. Dicha satisfacción depende

en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades<sup>24</sup>.

Con el fin de dar cuenta tanto de la tensión existente entre la escasez de recursos como de la necesidad de incrementar sostenidamente la satisfacción material de estos derechos, es necesario recurrir a los principios de “realización progresiva”<sup>25</sup> y “no regresividad”<sup>26</sup>. El desarrollo de los detalles de estas cuestiones sobrepasa

23 Escobar Roca, G. “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional. Presupuestos estructurales”, en Escobar Roca, G. (dir.) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzadi, 2012, 287-306, 303 y ss.

24 Prieto Sanchís, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, 9-57, 14; Íd. “Notas sobre el bienestar”, en *Doxa*, 9, 1991, 157-169, 157 y ss.

25 Véase el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas afirma en su observación general sobre la interpretación del pacto que “la expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo”. Véase ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 3 (1990): Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), párr. 9. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26.

26 En cuanto a la no regresividad o no retroactividad, el Comité afirma que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo [regresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo



las pretensiones de este trabajo, bastará con indicar que la realización progresiva busca una concretización gradual y cada vez más comprehensiva del mandato contenido en los derechos sociales de prestación, y la no regresividad implica que ese proceso no se detenga y/o se contraiga, suprimiendo posiciones de derechos fundamentales ya garantizadas a través de normas<sup>27</sup>. Tanto las cuestiones relativas a “la realización progresiva” como aquellas concernientes a “la no-regresividad” están conectadas con la justificación teórico-jurídica de los derechos sociales de prestación como derechos equiparables con los derechos de la libertad. En efecto, la equiparación teórica entre estos tipos de derechos fundamentales permite argumentar en favor de una obligación vinculante contenida en los derechos sociales de prestación, antes que conferirles el estatus de meros fines programáticos. De esta manera, tanto los principios de progresividad como los de no-retroactividad de los derechos sociales de prestación confieren una sólida base para reconstruir las obligaciones de progresividad y no retroactividad a cargo del Estado como obligaciones vinculantes.

Ahora bien, precisamente debido a las dificultades pragmáticas que representa la efectivización material de los derechos sociales de prestación, se hace necesario reconstruir las obligaciones derivadas de estos derechos de suerte que no representen exigencias absolutas o incondicionadas, pero que tampoco queden reducidas a meros fines programáticos carentes de fuerza vinculante alguna. Por tanto, se hace necesario justificar la existencia de una obligación mínima esencial relativa a las necesidades básicas de supervivencia que tienen los seres humanos, y cuyo incumplimiento imponga tanto una carga de justificación, especialmente, cualificada al Estado en caso de no cumplir con esta, así como la obligación de subsanar dicho incumplimiento tan pronto las condiciones que lo impedían cesen. Teniendo una obligación mínima esencial como base, es posible estructurar un modelo progresivo de efectivización para los derechos sociales de prestación<sup>28</sup>.

de los recursos de que se disponga”. *Ibidem*. En la literatura académica sobre la prohibición de regresividad en la interpretación del art. 2.1 del PIDESC, véase especialmente Courtis, C. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis C. (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006, 3-52, 8 y ss.

27 Clérico, L. *Derecho y proporcionalidad. Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión*. Querétaro: Instituto de Estudios del Estado de Querétaro, 2018, 132 y ss.

28 Recientemente, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado en su jurisprudencia un modelo de umbrales de realización o cumplimiento para la satisfacción de los derechos sociales de prestación, específicamente el derecho al acceso a la alimentación de supervivencia. En una sentencia publicada en el 2019, el Tribunal Constitucional peruano ordenó restablecer un Centro de Apoyo Nutricional que brindaba alimentación a cerca de 500 personas, mismo que había sido cerrado por razones presupuestarias. Para fundamentar su decisión, el Tribunal desarrolló un modelo de realización progresivo para los derechos sociales que partía precisamente de la obligación mínima esencial a cargo del Estado, pasaba por un siguiente umbral de medidas programáticas orientadas al desarrollo social, para finalmente terminar en un tercer umbral de complementación de finalidades individuales. Véase STC exp. n.º 01470-2016-PHC/TC, FJ. 25 y ss.

## 2. UN MODELO DE OBLIGACIONES PROGRESIVAS PARA LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN

La función de los derechos sociales de prestación como derechos subjetivos a acciones positivas por parte del Estado –aunque ciertamente sujetos a limitaciones fácticas en su efectivización– pone de manifiesto la necesaria conexión entre la justificación teórica y la concretización pragmática que estos derechos requieren, para no devenir en meros fines programáticos carentes de fuerza vinculante alguna. Con el fin de lograr armonizar estas dos dimensiones en un modelo coherente de derechos y deberes, es necesario desarrollar un modelo de obligaciones progresivas para la efectivización de los derechos sociales de prestación que sea consecuente con ambas dimensiones<sup>29</sup>.

El punto de partida para construir tal modelo es reconocer un límite por debajo del cual el contenido normativo del derecho se considere como vaciado o denegado, es decir, que toda circunstancia o acción que esté por debajo de dicho límite represente un incumplimiento de lo prescrito por tales derechos. En sus manifestaciones más concretas, a nivel de los derechos de libertad, encontramos este límite en la prohibición de afectar el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales en general<sup>30</sup>, y en las prohibiciones expresas a cualquier tipo de actos que representen tortura o esclavitud<sup>31</sup>. ¿Cuál es la manifestación concreta de la dignidad humana a nivel de los derechos sociales de prestación? En este ensayo se propone que ese límite básico sea la “obligación mínima esencial”<sup>32</sup>. Ciertamente, la existencia de una

29 Un modelo de realización progresiva en función de dos umbrales de interés de satisfacción en materia de derechos sociales de prestación ha sido desarrollado por Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, 260 y ss.

30 Algunas normas constitucionales que hacen mención explícita a la idea de contenido esencial son: art. 18.3 de la Constitución Portuguesa, art. 53.1 de la Constitución Española, art. 19.2 de la Ley Fundamental Alemana, art. 37.2 de la Constitución de Corea del Sur. También se interpreta al art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una disposición referida al contenido esencial de los derechos garantizados por la convención.

31 En torno a la cuestión de la existencia de derechos absolutos y su relación con el análisis de proporcionalidad, véase Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 86 y ss.; Íd. “The absolute and relative dimensions of constitutional rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 2017, 1-17, 6; Borowski, M. “Derechos absolutos y proporcionalidad”, en *Revista Derecho del Estado*, 48, 2021, 297-339, 307 y ss.; Gewirth, A. “Are there absolute rights?”, en *The Philosophical Quarterly*, 31, 1981, 1-16, 2 y ss. Para una opinión crítica sobre la compatibilidad de derechos absolutos y la doctrina de la proporcionalidad véase Webber, G. “Proportionality and Absolute Rights”, en Jackson V. C y Tushnet, M. (eds.). *Proportionality New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 75-99, 79 y ss.

32 La idea de una obligación mínima esencial que impone una carga de justificación cualificada en caso de incumplimiento no es nueva, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General 3 de 1990 sostiene que los derechos socioeconómicos contienen una obligación mínima esencial a cargo de los Estados parte del Pacto Internacional sobre Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) a fin de que

obligación mínima esencial vinculante enfrenta la siguiente dificultad: ¿cómo reconciliar las exigencias de un mínimo esencial con los intereses legítimos del Estado en maximizar y optimizar la administración de sus recursos?<sup>33</sup> Por un lado, resolver esta cuestión recurriendo a una subordinación de la efectivización de los derechos sociales de prestación a las posibilidades o prioridades del Estado, implicaría relativizar, e incluso trivializar, las exigencias derivadas de tales derechos en función de intereses públicos legítimos. Por otro lado, imponer una obligación incondicionada para el cumplimiento de lo prescrito por los derechos sociales de prestación, que excluya circunstancias excepcionales y extremas en las que el Estado se vea imposibilitado de cumplir, incluso, con su obligación mínima esencial, implicaría que el ámbito de protección de estos derechos tuviese un carácter absoluto. Esto provocaría que los derechos sociales se vuelvan impracticables y por ende irrelevantes en circunstancias de pobreza extrema. En consecuencia, la obligación mínima esencial no puede ser ni una medida programática subordinada a las prioridades del Estado ni un mandato incondicionado. La obligación mínima esencial debe de estar en un punto medio entre estos dos extremos.

### 2.1. La obligación mínima esencial

Si los derechos sociales de prestación han de ser tomados en serio como derechos subjetivos, a la vez de no convertirlos en exigencias irrealizables

estos aseguren la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos en la mayor medida en que los recursos que dispongan se lo permita. “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. Véase Comité de las Naciones Unidas, Observación General 3 (1990), párr. 10. Este enfoque de obligación mínima esencial también ha sido desarrollado a nivel de la doctrina por Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 255; Freedman, S. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 84; Tobin, J. *The Right to Health in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 238 y ss.; Tasioulas, J. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*. Research Paper, The World Bank, 2017, 12 y ss.

33 La idea de una obligación mínima esencial no está libre de cuestionamientos, ello principalmente debido a que la implementación de tal tipo de obligación compromete los recursos que un Estado tiene a disposición. Se acusa a esta idea de ser extremadamente vaga y propiciar a que los Estados ricos no implementen más derechos sociales adicionales a los que ya tienen, pues al cumplir con lo exigido por la obligación mínima esencial, ya estarían cumpliendo con lo que mínimamente se espera de ellos Young, K. G. (2008). “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, en *Yale Journal of International Law*, 33, 2008, 113-175, 113 y ss., 173; Harris, M. “Downsizing rights: why the ‘minimum core’ concept in International Human Rights Law should be abandoned”, en *Public Interest Law Journal of New Zealand*, 1, 169; así mismo se le acusa de no tomar que países con recursos tienen una capacidad de cumplimiento distinta de la que tienen los países que carecen de los mismos (véase Mbazira, C. *Litigating Socio-economic Rights in South Africa: A Choice Between Corrective and Distributive Justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009, 63 y ss.).

en lo fáctico, es necesario dotarles de un contenido que implique tanto una obligación vinculante para su destinatario como la posibilidad de justificar el cumplimiento progresivo de dicha obligación. Por tanto, si los derechos sociales de prestación han de conservar su estatus como derechos subjetivos, es necesario que exista un deber jurídico mínimo u obligación mínima esencial que imponga una elevada carga de argumentación, en caso de que se requiera justificar un incumplimiento deficiente de aquellos. El garantizar niveles mínimos de cumplimiento en materia social permite asegurar las precondiciones necesarias para la dignidad y libertad de los individuos en condiciones de igualdad<sup>34</sup>. Así, “los derechos [fundamentales sociales de prestación] surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el derecho, debe tratar con igual importancia las vidas de cada individuo”<sup>35</sup>.

Ahora bien, como se ha indicado, la obligación mínima esencial no podría equivaler a una obligación incondicionada o absoluta, dado que por definición todo derecho fundamental puede ser limitado en alguna medida si existen razones suficientes que lo justifiquen, pero tampoco podría equivaler a un mero fin programático que no sea vinculante para sus destinatarios. Por tanto, la obligación mínima esencial debe representar la exigencia de satisfacer una carga de argumentación cualificada que porte razones urgentes con una relevancia equivalente a la urgencia de las necesidades básicas de los titulares del derecho<sup>36</sup>. En ese sentido, el destinatario de la obligación mínima esencial (el Estado), en caso de encontrarse en una situación de carencia extraordinaria y/o extrema, que le impida cumplir con la obligación mínima esencial, o no cuente con los medios materiales para satisfacer la exigencia mínima, deberá probar que ha agotado todos los medios a su disposición, y que no cuenta con recursos adicionales de ningún tipo que le permita dar cumplimiento a tal obligación<sup>37</sup>. “El fallo en satisfacer las necesidades básicas bajo condiciones de escasez no viola ninguna de las exigencias que tienen las personas”<sup>38</sup>. El cumplimiento de esta carga de justificación no libera al titular de cumplir con lo prescrito por tal obligación tan pronto existan recursos suficientes para hacerlo. Por tanto, es posible definir a las

34 En este sentido, los derechos sociales de prestación serían las precondiciones para la participación relevante en la sociedad democrática, confiriéndole legitimidad. De esta manera, los derechos sociales no solo son cuestiones relativas a la vida con un mínimo de dignidad, sino también son cuestiones relativas a la posibilidad de participar en la vida política de una sociedad. Véase Morales, L. *Derechos Sociales Constitucionales y Democracia*, cit., 283 y ss.

35 Véase Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 31.

36 Sobre el contenido de la obligación mínima esencial, Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 249 y ss.; King, J. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 114 y ss.; Tobin, J. *The Right to Health in International Law*, cit., 243 y ss.

37 Véase Observación General 3, párr. 10. En este sentido también, pero sobre el agotamiento de “la mayor cantidad de recursos disponibles”, véase Tobin, J. *The Right to Health in International Law*, cit., 226 y ss.

38 Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 299.

obligaciones mínimas esenciales como aquellas obligaciones que satisfacen los “niveles esenciales mínimos de un derecho” y que el Estado no puede dejar de cumplir a no ser que exista alguna razón especialmente justificada basada en circunstancias excepcionales y extremas de falta de recursos<sup>39</sup>. Ellas garantizan a sus titulares “las condiciones generales para verse libres de amenazas a su supervivencia”<sup>40</sup> y facultan a los mismos poder exigir su cumplimiento al Estado. Solo en circunstancias excepcionales podría abrirse un espacio para la argumentación y eventualmente aplazar su satisfacción con cargo a subsanar dicha insuficiencia tan pronto el titular de la obligación tenga recursos suficientes y sin dilación. En escenarios que no estén comprendidos dentro de estas circunstancias extraordinarias, el destinatario de la obligación mínima esencial está obligado a cumplir con ella insoslayablemente.

Para poder exigir una obligación mínima esencial a quien tiene el deber de cumplirla se requiere de dos condiciones básicas: que las necesidades por satisfacer estén relacionadas con la supervivencia de las personas y que tales personas no estén en capacidad de proporcionarse por sí mismas los bienes o prestaciones necesarias por motivos ajenos a su voluntad. Es decir, la obligación mínima esencial tiene como precondiciones: la observancia del principio de urgencia en las necesidades y la subsidiariedad en la prestación. Asimismo, la obligación mínima esencial tiene que ser necesariamente justiciable, dado que, en ausencia de la posibilidad de reivindicar dicha obligación ante tribunales, la realización de ella quedaría al arbitrio de su destinatario<sup>41</sup>.

Desde un punto de vista normativo-metodológico, el hecho de que la obligación mínima esencial sólo pueda cumplirse o no cumplirse (bajo condiciones excepcionales) implica que ella no tiene carácter de principio jurídico, sino más bien de regla<sup>42</sup>. Las reglas son mandatos definitivos que pueden cumplirse o no cumplirse, mientras que los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados. Asimismo, la forma de aplicación de

39 *Ibidem*, 264 y ss.

40 *Ibidem*, 271.

41 Tasioulas considera por el contrario que la justiciabilidad no constituye una característica definidora de la obligación mínima esencial. Tasioulas sostiene que la justiciabilidad del contenido mínimo esencial debe estar sujeta a la existencia de buenas razones para ello y que dicha justiciabilidad será cuando menos una recomendación de buenas prácticas para el gobierno, pero no una exigencia perentoria. “En el mejor de los casos, la justiciabilidad podría ser considerada como perteneciente a la periferia y no a la esencia de la propia obligación mínima esencial” [*trad. alt.*]. Véase Tasioulas, J. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*, cit., 17 y ss. El argumento de Tasioulas está en contradicción con la propia idea de contenido mínimo esencial, ello debido a que en ausencia de justiciabilidad no es posible hablar de obligación, sino de una recomendación cuando menos razonable. Una obligación no puede ser una recomendación, pues pierde vinculatoriedad y queda al arbitrio del destinatario.

42 En torno a la distinción entre reglas y principios, véase principalmente Dworkin, R. “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, R. (ed.). *La filosofía del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2014, 107-159, 117 y ss.; Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 63 y ss.

las reglas es la subsunción, mientras que la aplicación de los principios es la ponderación<sup>43</sup>. La subsunción tiene una estructura de silogismo jurídico que parte desde una premisa mayor, se conecta con una premisa menor y termina en una conclusión. Por el contrario, la ponderación implica determinar intensidades de afectación en dos principios contrapuestos y ponerlos en relación para poder determinar cuál de ellos tiene la intensidad o peso más alto, en el caso concreto, y así otorgarle prioridad frente al otro. Si ello es así, entonces la obligación mínima esencial tendría un carácter de regla, a la que se le han incorporado excepciones explícitas que se refieren a las circunstancias excepcionales que justificarían un incumplimiento. Para evaluar si la obligación mínima esencial ha sido satisfecha o no en un caso concreto, se debe recurrir a la estructura de la subsunción, determinando el contenido de la obligación y las circunstancias del caso concreto. De esta manera se ponen en relación ambos factores y se podrá establecer si se ha cumplido o no con lo exigido por la obligación. Dado que la obligación mínima esencial se cumple o se incumple, no es posible hablar de grados o intensidades de cumplimiento, por lo que, a este nivel, los principios y la ponderación no tienen rol alguno. Sin embargo, tan pronto se deja el nivel de la obligación mínima esencial, es decir, tan pronto se deje de hablar de la obligación de sacar a un individuo de una situación de mera supervivencia, entonces ya es posible hablar de grados, en los cuales la situación del individuo puede ser mejorada u optimizada. Es a partir de estos niveles como los exámenes, tales como el de la ponderación y el de la proporcionalidad, pueden tener un rol en la interpretación de derechos sociales de prestación<sup>44</sup>.

## *2.2. Modelo de tres niveles para el cumplimiento progresivo de obligaciones impuestas por los derechos sociales de prestación*

El segundo elemento para la efectivización de los derechos sociales de prestación lo constituye la tesis del modelo de obligaciones progresivas. Según esta tesis, es posible construir un modelo de tres niveles de obligaciones derivadas de los derechos sociales de prestación, basado en los niveles de urgencia que tienen los titulares de derechos sociales de prestación para satisfacer sus necesidades materiales, así como los distintos tipos de obligación que tiene el Estado respecto a la satisfacción de dichas necesidades. La exigencia de

43 Sobre la distinción entre la subsunción y la ponderación, véase Alexy, R. “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico*, 9, 2009, 40-48, 40 y ss. También en Portocarrero Quispe, J. A. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016, 65 y ss.

44 Sobre el carácter de principio de los derechos sociales de prestación, véase Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 394; De Fazio, F. “Derechos sociales y examen de proporcionalidad”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 7, 2018, 65-99, 69 y ss.

intervención estatal estará sujeta a la valoración del tipo de necesidad social requerida por el titular del derecho fundamental social de prestación y si dicho titular se encuentra en capacidad o no de satisfacer por sí mismo tal necesidad, es decir, se rige por los principios de “urgencia en la necesidad” y de “subsidiariedad en la prestación”. La urgencia de la prestación y el rol subsidiario en el cumplimiento de la prestación son criterios que permiten enfocar y concentrar la asistencia del Estado respecto a grupos sociales en especial situación de vulnerabilidad, como niños, personas con discapacidad, personas sin recursos con enfermedades crónicas y/o degenerativas, mujeres gestantes sin recursos, adultos mayores, minorías indígenas y desplazados por conflictos internos. El cumplimiento de la obligación estatal respecto a la efectivización de los derechos sociales de prestación es por tanto progresivo y se encuentra sujeto a condiciones concretas de necesidad de los titulares de dichos derechos.

### 2.2.1. Primer nivel o umbral de cumplimiento: funcionalidad básica

El primer umbral del modelo de obligaciones progresivas lo constituye la denominada “obligación mínima esencial”<sup>45</sup>. Dicha obligación permite justificar un nivel de efectivización material a cargo del Estado respecto a las necesidades urgentes que garantizan la funcionalidad básica de la vida humana. Partiendo de los principios de urgencia en la necesidad y subsidiariedad en la prestación, si el titular de los derechos sociales de prestación tiene necesidad urgente de bienes básicos para su supervivencia y no puede acceder a ellos por razones ajenas a su voluntad, el destinatario de la obligación mínima esencial está obligado a agotar todos los medios disponibles existentes para satisfacer tal necesidad. Tal obligación mínima esencial impone una carga argumentativa cualificada, en caso de que el titular de la obligación falle en su cumplimiento, misma que implica que este pruebe la situación extraordinaria de falta de recursos disponibles de cualquier tipo para atender las necesidades básicas urgentes de los sujetos de derecho<sup>46</sup>. Sin embargo, tal situación de excepcionalidad y la satisfacción de la carga de argumentación

45 En el sentido del estipulado por el Comité de las Naciones Unidas, Observación General 3 (1990), párr. 10; así como por Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 255.

46 Sobre el llamado “argumento presupuestario” se ha sostenido que no es posible alegar a cuestiones relativas a logros o limitaciones fiscales para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de derechos sociales de prestación, por el contrario, si bien la cuestión de la limitación de recursos puede ser eventualmente válida, dicha alegación debe ir siempre acompañada de una especificación de qué otros derechos o bienes constitucionales se han visto favorecidos con el incumplimiento de la obligación. Véase Curtis, C. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, cit., 38; Escobar Roca, G. “Los derechos sociales fundamentales de prestación (Doctrina general)”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzadi, 2012, 459-647, 637.

cualificada no implica un cumplimiento de la obligación mínima esencial<sup>47</sup>. En efecto, el primer nivel o umbral del modelo de tres niveles se cumple o se incumple, no hay espacio para consideraciones referidas a grados o intensidades de cumplimiento. Es decir, la obligación mínima esencial tiene carácter de regla o mandato definitivo, por lo que su interpretación y aplicación seguirá la estructura de una subsunción. El incumplir con la obligación mínima esencial supone la existencia de circunstancias fácticas extraordinarias que impiden satisfacer este mínimo de subsistencia; de no existir razón justificante alguna, el incumplimiento será injustificado y por ende tendrá consecuencias jurídicas para el Estado. Este primer nivel de cumplimiento tiene por objeto prestaciones positivas básicas referidas al aseguramiento de la supervivencia del ser humano, como lo son: el acceso a servicios de salud y recursos médicos, que permitan garantizar la supervivencia, el acceso a alimentación básica de subsistencia, el acceso a prestaciones de vivienda básica que proteja de los embates del clima, el acceso a prestaciones básicas como agua y desagüe, así como el acceso a una educación básica que permita dotar a las personas de los conocimientos, para poder conocer sus propias libertades ciudadanas. Esta lista de derechos básicos no es cerrada y las prestaciones que forman parte de ella podrían extenderse en la medida en que su cumplimiento sustente garantizar nuevas necesidades básicas urgentes propias del desarrollo de la sociedad. La obligación mínima esencial, a este nivel, no tiene por objeto el proveer de recursos necesarios para vivir con dignidad dentro de una comunidad, sino que, por el contrario, se restringe a los recursos imprescindibles que permiten a las personas moverse más allá de la inanición, la sed y la mendicidad<sup>48</sup>.

### 2.2.2. Segundo nivel o umbral de cumplimiento: optimización del bienestar

El segundo umbral del modelo de obligaciones progresivas es el nivel de la optimización de las necesidades que hacen posible y sostenible el bienestar, es decir, su objeto son las condiciones mínimas para el ejercicio de las libertades y desarrollo de las capacidades de los titulares de derechos sociales de prestación. Su incumplimiento solo estará sujeto a la existencia de razones fácticas y jurídicas de peso que así lo justifiquen<sup>49</sup>. Por ello, este es el nivel donde el análisis de proporcionalidad desempeña un papel central en la

47 La objeción de escasez de recursos no son un argumento suficiente ni conceptual ni materialmente para justificar un incumplimiento de las obligaciones impuestas por los derechos sociales de prestación. Véase Morales, L. *Derechos sociales constitucionales y democracia*, cit., 85 y ss.

48 Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales*, cit., 303.

49 Escobar Roca, G. *Los derechos sociales fundamentales de prestación (Doctrina general)*, cit., 613.



efectivización de derechos sociales de prestación<sup>50</sup>. Tal y como era el caso en el primer umbral del modelo de obligaciones progresivas, la obligación de optimizar el bienestar también impone una carga argumentativa cualificada, en caso de que el titular de la obligación falle en su cumplimiento, misma que implica que el titular pruebe la carencia de recursos disponibles para atender las necesidades básicas de los sujetos de derecho. Sin embargo, al no tratarse ahora de necesidades que pongan en riesgo la supervivencia de las personas, es posible que el titular de la obligación incorpore argumentos referidos, por ejemplo, al sostenimiento a largo plazo del bienestar y a su mejora sustancial. En este nivel el espacio de argumentación es menos restringido en comparación al primer nivel, por lo cual es factible emplear criterios como el principio de proporcionalidad en su sentido de prohibición de la acción insuficiente (*Untermaßverbot*)<sup>51</sup>, con el fin de valorar si las medidas realizadas por el titular de la obligación son *idóneas* para proteger el fin del derecho social (garantizar el ejercicio de libertades y el desarrollo equitativo de capacidades) y si existen *medidas alternativas*, igualmente idóneas para proteger el fin perseguido por el derecho fundamental social de prestación, pero que demanden menos agotamiento de recursos al titular de la obligación, y, finalmente, si existe una relación de *ponderación* entre los argumentos esgrimidos por el titular de la obligación para justificar su incumplimiento de la optimización del bienestar y el grado de afectación a la obligación impuesta por el derecho fundamental social de prestación objeto de análisis.

### 2.2.3. Tercer nivel o umbral de cumplimiento: complementación del bienestar

El tercer umbral del modelo de obligaciones progresivas es el nivel de las medidas programáticas. La vinculatoriedad de la obligación de los derechos sociales de prestación a este nivel ya no depende de los principios de urgencia y subsidiariedad, sino que está más bien sujeta a consideraciones de índole programático. En este nivel no es necesario recurrir al análisis de proporcionalidad.

50 Sobre cómo integrar el análisis de proporcionalidad en la interpretación de derechos sociales de prestación, véase Alexy, R. “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en García, R. (coord.). *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 45-84, 69; Arango, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., 200 y ss.; Clérico, L. “Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable”, en Duarte, D. y Silva Sampaio, J. (eds.). *Proportionality in Law. An analytical perspective*. Dordrecht: Springer, 25-48, 32 y ss.; Íd. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, 319 y ss.; De Fazio, F. *Derechos sociales y examen de proporcionalidad*, cit., 69 y ss.

51 Véase Clérico, L. “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Clérico, L., Sieckmann, J.-R. y Lalana, O. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, 177-198, 193 y ss.

lidad, y el objeto de la obligación de los derechos sociales de prestación está referido a las condiciones específicas que los individuos, de forma individual o colectiva, requieren para alcanzar propósitos específicos de manera óptima y desarrollar plenamente sus capacidades en total igualdad y libertad. En ese sentido, en este nivel el ámbito de la argumentación es más abierto que en los anteriores niveles de cumplimiento, en tanto el titular de la obligación puede plantear argumentos referidos no solo a la escasez de recursos disponibles para satisfacer necesidades complementarias al bienestar, sino que incluso podría recurrir a argumentos referidos a la necesidad de satisfacer prioridades distintas a las obligaciones sociales. Sin embargo, el hecho de que el titular de la obligación tenga la posibilidad de plantear diversas razones, para justificar la falta de cumplimiento de aquella no significa que se encuentre exento de realizar tarea alguna en favor de la consecución de un nivel óptimo de bienestar. La obligación de complementación exige que el titular de ella oriente sus políticas y acciones hacia la obtención de un grado óptimo de bienestar social para todos los titulares de derechos sociales de prestación.

### 3. EL MODELO DE OBLIGACIONES PROGRESIVAS EN CONTEXTO: EL CASO *CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA*

Con el fin de contextualizar y poner a prueba el modelo de obligaciones progresivas propuesto, se recurrirá, aquí, a una de las últimas decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales prestacionales: el denominado caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*<sup>52</sup>. Dicho caso, resuelto el 23 de agosto de 2018, representa un hito para el avance progresivo en la justiciabilidad directa de las omisiones

52 Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C, n.º 359. La línea argumentativa desplegada por la Corte IDH en este caso se enfoca en cuatro puntos: (1) la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos protegidos por las mismas exigencias aplicables a los derechos civiles y políticos; (2) los elementos esenciales de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales; (3) el grado de exigibilidad de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y (4) la idea de una progresividad flexible en el cumplimiento de estas obligaciones que no excluye la posibilidad de la deficiencia o ausencia en el cumplimiento, pero la somete a una fuerte carga de justificación. Estas líneas argumentativas han venido siendo desarrolladas en la jurisprudencia sobre derechos sociales de prestación de la Corte IDH, véase caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C, n.º 349. Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018, Serie C, n.º 348. Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, Serie C, n.º 340. Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1.º de julio de 2009, Serie C, n.º 198. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2017, Serie C, n.º 344.

o las acciones insuficientes respecto de los derechos sociales de prestación, específicamente el derecho a la salud.

Cuarenta y nueve personas, en situación de pobreza extrema, diagnosticadas con el VIH entre los años 1993 y 2002, junto a sus familiares plantearon su caso ante la Corte IDH, alegando que la falta de una adecuada atención médica estatal y la falta de adecuada protección judicial habrían configurado violaciones a la salud, la vida, la integridad personal y a las garantías judiciales de ellas. La Corte IDH determinó que estas personas carecieron de toda atención médica estatal hasta por lo menos el año 2004. A partir del año 2004 el Estado implementó algún tipo de tratamiento para estas personas, no siendo dicha acción ni integral ni idónea para atender las necesidades del grupo de pacientes. A consecuencia de dichas omisiones e insuficiencias, algunos de estos pacientes fallecieron víctimas de enfermedades “oportunistas”. Para realizar el análisis de afectación, la Corte IDH tuvo en consideración que para el grupo de personas enfermas con VIH se encontraban una o varias de las siguientes circunstancias contextualizantes: contrajeron enfermedades oportunistas (lo cual ocasionó la muerte de algunas de las personas), se trataba de personas con escasos recursos, eran madres o padres, y el sustento económico y/o moral de sus familias, tenían baja escolaridad, no estaban en condiciones de volver a realizar las actividades que realizaban antes de contraer el VIH, vivían en zonas alejadas de centros de atención médica, algunas de ellas eran mujeres embarazadas<sup>53</sup>.

Con el propósito de ejemplificar la idea de contenido mínimo esencial y el modelo progresivo de efectivización, me enfocaré principalmente en sólo uno de los seis criterios de evaluación abordados por la Corte IDH en su sentencia: “La violación al derecho a la salud por la atención médica –o falta de ella– brindada por el Estado”<sup>54</sup>. La Corte IDH estructura su argumentación en función de dos “momentos de violación”. *Momento-1*: la atención médica brindada por el Estado de Guatemala antes del año 2004 (tiempo durante el cual, el Estado no prestó ningún tipo de atención médica a las presuntas víctimas, tampoco efectuó los exámenes requeridos, ni entregó medicamentos antirretrovirales). *Momento-2*: la atención médica brindada después del año 2004 (tiempo en que el Estado sí implementó algún tipo de tratamiento en el sector público para

53 Sobre el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* y sus implicancias para el sistema interamericano de derechos humanos, véase Morales, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.). *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

54 En el caso la Corte IDH evaluó la responsabilidad del Estado de Guatemala con base en los siguientes criterios: (1) la violación al derecho a la salud por la atención médica –o falta de ella– brindada por el Estado; (2) la violación a la prohibición de discriminación; (3) la violación al principio de progresividad; (4) la violación a los derechos a la vida y la integridad personal; (5) la violación a los derechos a las garantías procesales y la protección judicial y (6) la violación a la integridad personal de los familiares de las víctimas.

personas que viven con el VIH). Ciertamente, las acciones adoptadas por el Estado a partir del año 2004 hasta la fecha en que fue emitida la sentencia no habrían logrado satisfacer los estándares mínimos para ser considerada integral y adecuada, lo cual implicó periodos de desabastecimiento de medicamentos, falta de exámenes de carga viral CD4, problemas de accesibilidad por la poca cantidad de centros públicos que prestaban el servicio, desabastecimiento de los implementos necesarios para la realización de exámenes, falta de estudios de genotipaje, falta de diagnóstico oportuno y falta de apoyo psicológico.

### *3.1. La obligación de garantizar un estándar mínimo del derecho a la salud*

El contenido mínimo esencial en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* equivale a la exigencia de garantizar la existencia y el mantenimiento de estándares de salud mínimos e inmediatos a cargo del Estado como titular de dicha obligación. Por tanto, el Estado de Guatemala estaba en la obligación de satisfacer tales estándares de salud mínimos con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La obligación mínima esencial se refiere a las circunstancias en las que las personas ven en riesgo su supervivencia o su integridad física. Por tanto, dicha obligación no es un mero eslabón dentro de la cadena de progresividad flexible, sino que precisamente es el punto donde la efectivización progresiva de los derechos sociales de prestación se inicia. Es el requisito *sine qua non*. En efecto, tanto del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* como de la Observación General n.º 3 de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se desprende que ni la obligación mínima esencial ni el modelo de efectivización pueden ser entendidos como estándares absolutos, sino que se encuentran sujetos a una fuerte carga de argumentación en caso de deficiencia o ausencia de acción por parte del Estado. El Estado, en casos muy excepcionales, podría argumentar carencia absoluta o relativa de medios suficientes para satisfacer tanto la obligación mínima esencial como el modelo de efectivización. Ello, sin embargo, no equivale a relativizar al derecho a la salud y someterlo a consideraciones costo-beneficio. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido una lista de posibles circunstancias en que un Estado podría esgrimir razonablemente como justificantes de un incumplimiento total o de un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo de efectivización progresiva, ello a condición de probar fehacientemente la existencia de los mismos:

- (a) [e]l nivel de desarrollo del país; (b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; (c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta, si el país atraviesa un periodo de

recesión económica; (d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; (e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y (f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto<sup>55</sup>.

Estas circunstancias justificantes, por sí solas, no bastan para justificar un incumplimiento o un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo flexible de efectivización progresiva, su presencia en un contexto espacio temporal requiere ser probada por el Estado que alegue encontrarse en una o varias de ellas.

### *3.2. La efectivización progresiva del derecho a la salud*

El modelo flexible de efectivización progresiva, basado en la obligación mínima esencial, plantea la existencia de por lo menos tres niveles o umbrales de desarrollo con el fin de lograr la satisfacción óptima del derecho a la salud de las personas que viven con VIH: el primer umbral está representado por la obligación mínima esencial, y vendría a ser el umbral de funcionalidad básica. El segundo umbral de efectivización vendría a ser la sostenibilidad y el mejoramiento de las condiciones de vida y bienestar de las personas que viven con VIH. En este umbral, los medios, fines e intensidades de afectación de los derechos e intereses relevantes al caso concreto pueden ser objeto de una valoración comparativa de optimización. En efecto, el grado de satisfacción de la exigencia de efectivización del derecho a la salud de las personas que viven con VIH puede verse relativizado en función de las limitaciones concretas de recursos que tenga el Estado y su fin legítimo de administrar dichos recursos limitados de manera eficiente. En este nivel es posible recurrir al análisis de proporcionalidad, entendido como prohibición del defecto (*Untermäßverbot*). Finalmente, el tercer umbral de efectivización es el de complementación del bienestar. Este es el lugar donde el Estado está obligado a coadyuvar, dentro de la medida de sus limitaciones, a que las personas que viven con VIH alcancen objetivos personales o colectivos diversos que les permitan desarrollar plenamente sus capacidades en igualdad y libertad. Este umbral estaría referido a acciones de promoción de desarrollo de las capacidades personales y del bienestar para alcanzar el nivel más alto posible. Un estado de salud libre de preocupaciones generadas por el VIH y que represente un estado completo de bienestar físico, mental y social. Puede ser entendido

55 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2007/1, 38.º periodo de sesiones, párr. 10.

como el umbral o nivel de las medidas programáticas sobre la salud plena para personas que vivan con el VIH.

En el caso concreto de la afectación al derecho a la salud de las víctimas en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, la afectación que sufrieron las víctimas a su derecho a la salud, tanto en el *momento-1* (antes del año 2004), como en el *momento-2* (después del año 2004 hasta el fallo de la Corte IDH) gira en torno a la afectación del contenido mínimo esencial, tanto por ausencia de acción por parte del Estado como por acción deficiente. En efecto, en el caso de las víctimas no es posible incorporar el modelo flexible de efectivización progresiva, dado que tanto la omisión como la acción del Estado de Guatemala antes y después del año 2004 están por debajo de las exigencias de la obligación mínima esencial. Conforme la Corte IDH comprobó, el Estado no habría realizado acción de protección alguna respecto de las víctimas durante el lapso de tiempo comprendido entre el diagnóstico de la enfermedad (1993 y 2002) hasta el año 2004. Las acciones que realizó con posterioridad a esta fecha fueron deficientes; tanto es así que quince de las cuarenta y nueve víctimas perdieron la vida. Ello implica un incumplimiento de la obligación mínima esencial y, ciertamente, al primer umbral del modelo flexible de efectivización progresiva.

## CONCLUSIÓN

La justiciabilidad de los derechos sociales de prestación tiene como presupuesto necesario el tomar en serio su carácter de derecho subjetivo, mismo que los equipara desde una perspectiva teórico-normativa a los llamados derechos fundamentales tradicionales o clásicos, confiriéndoles las mismas consecuencias jurídicas. Sin embargo, a pesar de poder ser justiciables, ello no implica necesariamente que puedan ser efectivizables. La cuestión de la efectivización de los derechos sociales de prestación representa el problema más serio que estos derechos tienen que afrontar. No es casualidad que la mayoría de críticas en contra de los derechos sociales en general estén, directa o indirectamente, relacionadas con la cuestión de los costos que la efectivización de ellos implica. El modelo progresivo de efectivización presentado aquí busca precisamente estructurar la forma en que dicha efectivización puede darse. Para ello se recurrió a conceptos tales como la obligación mínima esencial, la proporcionalidad y ponderación de derechos sociales y la complementación del bienestar. El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* brindó el marco en el cual corroborar la razonabilidad de plantear la interpretación sobre la efectivización de derechos sociales en clave del modelo de efectivización progresiva, hallando en dicho caso que el Estado guatemalteco no habría superado siquiera el primer umbral mínimo de efectivización. La utilidad de este modelo radica, precisamente, en hacer evidente la falta de agotamiento de los recursos disponibles y la solidez de los argumentos que

justifican dicho incumplimiento. Ciertamente, este modelo de efectivización requiere ser modulado y adaptado a las circunstancias propias de cada realidad socio-constitucional; sin embargo, contiene los elementos básicos que permitirían estructurar un razonamiento coherente con el Estado social y democrático de derecho.

#### REFERENCIAS

- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alexy, R. “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en García, R. (coord.). *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 45-84.
- Alexy, R. “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico*, 9, 2009, 40-48.
- Alexy, R. “The absolute and relative dimensions of constitutional rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 2017, 1-17.
- Añón, M.-J. “Derechos Sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en vv. AA., *Teoría de la Justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III. Madrid: Dykinson, 2008, 21-46.
- Arango, R. “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, 12, 2001, 185-212.
- Arango, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- Atria, F. “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, 4, 2004, 15-59.
- Bernal Pulido, C. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, en *Discusiones*, 4, 2004, 99-144.
- Bernal Pulido, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Bilchitz, D. *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Borowski, M. “Derechos absolutos y proporcionalidad”, en *Revista Derecho del Estado*, 48, 2021, 297-339.
- Böckenförde, E.- W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- Cascajo Castro, J. L. “Derechos sociales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 37, 2009, 11-35.
- Clérico, L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

- Clérico, L. “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Clérico, L., Sieckmann, J.-R. y Lalana, O. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, 177-198.
- Clérico, L. “Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable”, en Duarte D. y Silva Sampaio J. (eds.). *Proportionality in Law. An analytical perspective*. Dordrecht: Springer, 2018, 25-48.
- Clérico, L. *Derecho y proporcionalidad. Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión*. Querétaro: Instituto de Estudios del Estado de Querétaro, 2018.
- Courtis, C. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis C. (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006, 3-52.
- Courtis, C. y Abramovich, V. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C. (eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, 283-350.
- De Fazio, F. “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista Derecho del Estado*, 41, 2018, 173-195.
- De Fazio, F. “Derechos sociales y examen de proporcionalidad”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 7, 2018, 65-99.
- Dworkin, R. “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, R. (ed.). *La filosofía del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2014, 107-159.
- Escobar Roca, G. “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional. Presupuestos estructurales”, en Escobar Roca, G. (dir.) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzadi, 2012, 287-306.
- Escobar Roca, G. “Los derechos sociales fundamentales de prestación (Doctrina general)”, en Escobar Roca, G. (dir.) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzadi, 2012, 459-647.
- Ferrajoli, L. “Derechos Fundamentales”, en De Cabo A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, 19-56.
- Forsthoﬀ, E. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- Freedman, S. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- García Pelayo, M. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras completas*, t. II, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 1585-1758.
- Gewirth, A. “Are there absolute rights?”, en *The Philosophical Quarterly*, 1981, 1-16.



- González-Aurioles, J. “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 2006, 305-319.
- Grimm, D. “Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung”, en *Grimm D. Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- Grimm, D. *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Harris, M. “Downsizing rights: why the ‘minimum core’ concept in International Human Rights Law should be abandoned”, en *Public Interest Law Journal of New Zealand*, 1, 2013, 169.
- Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- Heller, H. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Madrid: Alianza Universidad, 1985.
- Hesse, K. “El significado de los derechos fundamentales”, en Benda E., Maihofer, W. et al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, 83-115.
- Hobbes, T. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 3.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- King, J. (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klein, H.- H. “Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit”, en *Der Staat*, 10, 1970, 145-172.
- Mbazira, C. *Litigating Socio-economic Rights in South Africa: A Choice Between Corrective and Distributive Justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009.
- Morales, L. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Morales, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.). *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivara de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Peces-Barba Martínez, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – BOE, 1995.
- Peces-Barba Martínez, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Pérez Luño, A. *Los derechos fundamentales*. 9.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- Pisarello, G. *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid: Trotta, 2007.
- Portocarrero Quispe, J. A. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Prieto Sanchís, L. “Notas sobre el bienestar.” En *Doxa*, 9, 1991, 157-169.

- Prieto Sanchís, L. “*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, 9-57.
- Revena Sánchez, M. “Derechos sociales (Instrumentos de garantía en la Constitución española)”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 21, 2009, 11-35.
- Rubio Llorente, F. “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 2006, 9-33.
- Rubio Llorente, F. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.
- Smend, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Tasioulas, J. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*. Research Paper, The World Bank, 2017.
- Tobin, J. *The Right to Health in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tushnet, M. “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, en *Texas Law Review*, 1, 2013, 1895-1919.
- Von Stein, L. *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tagen*, t. 3. Munich: Drei Masken, 1921.
- Webber, G. “Proportionality and Absolute Rights”, en Vicki C. Jackson y Mark Tushnet. *Proportionality New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 75-99.
- Wipfelder, H.-J. *Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte*. En *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1986, 140-149.
- Young, K. G. “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, en *Yale Journal of International Law*, 33, 2008, 113-175.