

DE FAZIO, Federico: *Teoría principalista de los derechos sociales*, Barcelona, Marcial Pons, 2019, 178 pp.

Teoría principalista de los derechos sociales es un libro escrito por Federico De Fazio, investigador y docente en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, publicado por la colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons.

La obra se centra en el estudio de los derechos sociales incorporados al catálogo de los derechos fundamentales de las Constituciones. Frente a las líneas de investigación que abordan el área, De Fazio se inscribe en una línea de investigación específicamente jurídica, desarrollada en el ámbito de la teoría general del derecho, dirigida a determinar cuáles son los derechos sociales que se encuentran ordenados a nivel constitucional.

Los cuatro capítulos que componen la presente obra constituyen un trabajo exhaustivo de reconstrucción conceptual, estructural y metodológica, dirigidos a responder la pregunta referida a si existe algún procedimiento de argumentación que permita adscribir, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenen realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. Las hipótesis que constituyen el punto de partida de De Fazio plantean que efectivamente existe un procedimiento semejante, y que éste se compone de dos grupos de argumentos: por un lado, los argumentos basados en la interpretación del texto constitucional, en el uso de casos precedentes o análogos y, por el otro, los argumentos basados en el uso del examen de proporcionalidad por omisión.

A fin de justificar su hipótesis, De Fazio hace uso del método analítico a los fines de reconstruir racionalmente el concepto y la estructura de: (I) las normas que prescriben derechos sociales, (II) los derechos sociales en sí mismos, así como (III) los argumentos que permiten su adjudicación judicial.

En el primer capítulo, De Fazio se ocupa de precisar una definición de norma de derecho social, lo cual presupone, además, una definición de norma en general. Al adoptar una definición semántica, distingue entre los conceptos de formulación normativa y norma, siendo una formulación normativa un enunciado que contiene –ya sea de forma explícita o implícita– expresiones deónticas y es utilizado para prescribir. Las normas, por su parte, constituyen el significado de las formulaciones normativas. A su vez, De Fazio delimita los alcances de la definición de norma de derecho social que presupone, al circunscribirla a aquellas normas que cuentan con rango constitucional. De acuerdo con la concepción semántica, las normas alcanzan el rango constitucional cuando pueden ser fundamentadas como parte del significado de, al menos, una cláusula constitucional. En este punto, retoma una discusión proveniente de la dogmática jurídica a fin de precisar cuáles son las normas de derecho social que pueden ser fundamentadas como parte del significado de los textos constitucionales. Al respecto, sostiene que son normas constitucionales válidas tanto aquellas extraídas literalmente del texto constitucional –siendo éstas, directamente estatuidas– como aquellas fundamentadas a través de argumentos no literales, tales como otros argumentos interpretativos, provenientes de la dogmática jurídica, casos precedentes o análogos, juicios de proporcionalidad o juicios prácticos en general –siendo éstas, indirectamente estatuidas–.

Asimismo, las normas de derecho social, plantea el autor, son tales cuando ordenan realizar un derecho social. En este sentido, los derechos sociales son

entendidos como derechos subjetivos –en tanto expresan una relación triádica entre un titular que, frente a un destinatario, tiene derecho a un objeto– a una acción positiva fáctica –es decir, a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio-. Por su parte, la acción positiva fáctica puede ser definida –cuando la misma resulta ser la única idónea para realizar el derecho-, o bien alternativa cuando existe más de una medida idónea para realizar el derecho-. En este sentido, la indeterminación en torno a la acción positiva fáctica prevista no resulta problemática en tanto, o bien se define a partir de la precisión del grado de cumplimiento, o bien, si se mantiene la misma, supone un margen de discrecionalidad para el obligado que facilita su realización.

Por su parte, en el segundo capítulo De Fazio profundiza la categorización de las normas de derecho social. La validez de una norma de derecho social en sí misma no siempre es suficiente para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que adjudique derechos sociales. La fundamentación requiere, además, que la norma ordene realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. Por lo tanto, resulta necesario definir las propiedades estructurales de las normas de derecho social en general. En tal sentido, se plantea la distinción estructural entre dos clases de normas: las reglas, que son las normas constitucionales que ordenan realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, y los principios, que son las normas constitucionales que ordenan optimizar un derecho social. Dicha clasificación implica dos presupuestos. Por un lado, que existe una distinción fuerte entre reglas y principios. Por el otro, que esa diferencia puede explicarse conceptualmente en razón del tipo de mandato que las normas prescriben. La distinción fuerte postula que la diferencia no es meramente de grado sino entre dos clases de normas: reglas y principios.

En cuanto al criterio demarcatorio para fundamentar dicha distinción, el autor retoma la discusión en el marco de la teoría de norma. Asumiendo parcialmente a la teoría de Ronald Dworkin, De Fazio demuestra que los principios tienen un atributo que no existe en las reglas: la dimensión del peso. Esta dimensión es perceptible en los casos de contradicción normativa. Así, en los conflictos entre reglas, la resolución se da en la dimensión de la validez: o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando la invalidez de una de las normas en pugna. En cambio, la colisión entre principios se resuelve en la dimensión del peso: se determina una relación de precedencia de un principio por sobre el contrario, condicionada por las circunstancias del caso. En estos casos, los principios no pierden validez, e incluso pueden preceder a los principios que primaron en situaciones de colisión anteriores. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en tomar el caso concreto, identificando las circunstancias por las cuales un principio debe preceder a otro y, por tanto, debe seguirse la consecuencia jurídica consecuente del mismo.

En un segundo orden, De Fazio asume un determinado concepto de los principios, no sin antes someterlo al análisis crítico a partir de distintas discusiones que retoma. Conforme la teoría de Alexy, los principios exhiben una dimensión del peso por tratarse de mandatos de optimización; que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible. Por el contrario, las reglas no exhiben una dimensión del peso porque son mandatos de cumplimiento exacto que solo pueden ser o bien cumplidas o bien incumplidas.

Una vez establecida la distinción estructural entre reglas y principios, De Fazio se ocupa de extrapolar dicho esquema categorial al caso de las normas de derecho social, a fin de reconocer dicha distinción en las prácticas jurídi-

cas reales. Para ello, el autor apela a una argumentación contrafáctica, que analiza modelos dogmáticos puros de principios o reglas. Analizando casos de normativa y jurisprudencia de Colombia y Sudáfrica, De Fazio demuestra que los modelos dogmáticos puros no resultan explicativos de las propiedades estructurales de las normas de derecho social provenientes del plano empírico. Concluyentemente, el autor defiende la pertinencia de un modelo dogmático combinado, el cual implica la posibilidad de considerar la coexistencia de normas con estructura tanto de principios como de reglas. Asimismo, el autor presenta las principales objeciones que se presentan al concepto de principios de derecho social provenientes de la teoría constitucional, que se ocupa de desarticular.

Una vez reconstruidos el concepto y la estructura de las normas de derecho social, en el tercer capítulo, De Fazio desplaza en su argumentación hacia el plano de la metodología jurídica. La cuestión a resolver pasa a ser la de los argumentos que permiten fundamentar racionalmente que una regla de derecho social forma parte del significado de una o varias cláusulas constitucionales. En este punto, comienza ocupándose de los argumentos que exigen de explicitar la relación de precedencia condicionada entre principios.

En primer lugar, los argumentos interpretativos, que permiten extraer reglas de derecho social a partir de la interpretación del texto de una o varias cláusulas constitucionales. Al respecto, De Fazio articula posibles objeciones en cuanto a los alcances y limitaciones de esta clase de argumentos. Por un lado, se plantea la dificultad para establecer cánones interpretativos para todos los contextos. Al respecto, sostiene que es posible pensar un criterio pragmático de admisibilidad. Este criterio pragmático es aquel proporcionado por la teoría del discurso, según el cual el uso de cánones es racional cuando representa una razón que, en su debido contexto, debería ser aceptada por cualquier participante de un discurso jurídico. Por el otro, se hace referencia a la incidencia práctica de esta forma de argumentación. En este caso, De Fazio analiza dos casos provenientes de Sudáfrica y Alemania, en los cuales se hace uso de argumentos teleológico-objetivos y sistemáticos respectivamente, para fundamentar la validez de reglas de derecho social. Si bien no se trata del supuesto más frecuente, De Fazio considera necesario reconstruir formalmente el argumento, teniendo en cuenta que es una forma plausible de fundamentación.

La segunda forma de argumentación de este grupo es el uso de precedentes jurisprudenciales. Un precedente es una norma, expresa o implícita, que se extrae de una sentencia judicial anterior de una misma jurisdicción, y que resulta suficiente para justificar la toma de una decisión judicial. La norma –o *ratio decidendi*– que se extrae de la decisión judicial tiene por definición la estructura de una regla. Dicha regla puede utilizarse para fundamentar decisiones con independencia de la forma de argumentación mediante la cual se fundamentó su validez en primer término. En este sentido, De Fazio focaliza en las reglas resultantes de un juicio de proporcionalidad anterior, siendo ésta la forma de argumentación más habitual en la adjudicación de derechos sociales. La validez de dichas reglas en tanto precedentes se presume, pero la fuerza vinculante no es definitiva.

A fin de exponer la estructura de dicha argumentación, el autor presenta dos sentencias de la Corte colombiana donde la validez de la regla se fundamenta en primer término a partir de un juicio de proporcionalidad, y que luego es utilizada en un caso posterior que presenta las mismas propiedades relevantes por medio de la remisión al precedente.

En tercer lugar, De Fazio reconstruye la forma de los argumentos por analogía. Los efectos de las reglas resultantes de las sentencias judiciales anteriores pueden extenderse a casos similares aunque no se den las mismas propiedades relevantes que configuran el supuesto de hecho, cada vez que se presenta: (I) un idéntico problema normativo –en cuanto a la calificación deóntica de la acción fáctica que conforma la regla en cuestión– y (II) una idéntica constelación de principios –en tanto los principios en conflicto en el caso son los mismos que entraron en juego en el juicio de proporcionalidad del cual derivó la regla aplicada en el precedente judicial-. De cumplirse estos dos supuestos, la regla de derecho social puede ser extendida en su consecuencia jurídica en el caso similar. Una vez más, De Fazio expone dos antecedentes jurisprudenciales que permiten identificar las propiedades estructurales desarrolladas. A pesar de tener supuestos de hecho distintos –las enfermedades eran diferentes y la medicación demandada también–, ambos casos resultan similares, ya que el problema a resolver en cuanto a la calificación de la acción positiva fáctica –el carácter facultativo u obligatorio de otorgar el medicamento correspondiente– y la colisión entre principios –del derecho a la salud y previsibilidad presupuestaria– eran idénticos. Dicha correspondencia posibilitó la fundamentación de una nueva regla de derecho social, partiendo de la relación de precedencia condicionada entre principios establecida en el juicio de proporcionalidad del caso análogo.

El cuarto capítulo se centra en la reconstrucción racional del examen de proporcionalidad por omisión. Esta forma de argumentación fundamenta la validez de reglas de derecho social a partir de la determinación de una relación de precedencia condicionada entre principios. El supuesto de hecho se conforma por las propiedades relevantes que fundamentaron la precedencia y la consecuencia jurídica de la regla es la exigida por el principio de derecho social. De Fazio se ocupa de desarrollar las reglas y formas de argumentación que lo constituyen. El examen de proporcionalidad permite determinar, en caso de conflicto normativo, cuándo un principio de derecho social es realizado en un grado menor al grado de cumplimiento óptimo. Esto sucede cuando se omite al menos una acción positiva fáctica que lo limita y que, o bien ello no es idóneo para fomentar un fin legítimo, o bien no es necesario, o bien la persecución del fin legítimo es desproporcionada con relación a la afectación del principio de derecho social en juego. En tal sentido, una omisión es desproporcionada (I) cuando no contribuye en absoluto al fomento del fin legítimo; (II) cuando la omisión es idónea pero existen acciones positivas fácticas alternativas que fomentan el fin legítimo, al menos, en el mismo grado, a la vez que al menos una de las medidas alternativas fomenta el principio de derecho social en un mayor grado o (III) cuando la intensidad de la afectación del principio de derecho social es mayor a la satisfacción del fin legítimo, dando lugar a la suboptimización del principio con relación a sus posibilidades jurídicas y normativas. La relación entre la intensidad de la afectación del principio y la importancia de la satisfacción del fin legítimo no se analiza de forma aislada, sino más bien relativa. La variable para evaluarlos es el peso relativo abstracto, que se gradúa de acuerdo a la vinculación del principio con otro principio material importante, o bien un principio formal. Los grados de limitación de un principio o realización de un fin legítimo se determinan comparando los grados actuales de realización con los grados de su realización total, mediante criterios cuantitativos, cualitativos o probabilísticos. Frente a las posibles objeciones en torno a la inexistencia de parámetros estables para efectuar la ponderación, De Fazio procura delimitar la estructura del argu-

mento y su alcance, lo cual resulta fundamental. Siendo que a partir de principios de derecho social no es posible justificar una decisión jurídica, es necesario efectuar el juicio de proporcionalidad a fin de establecer la precedencia condicionada a partir de la cual se fundamenta la validez de una regla de derecho social. Al final del capítulo, De Fazio confronta las tesis formuladas contra la racionalidad de la ponderación.

A modo de conclusión, lo que resulta destacable de la investigación de De Fazio es la sistematicidad del desarrollo en torno a la delimitación conceptual y estructural de las normas de derecho social, así como de los argumentos que justifican su adjudicación judicial. Asimismo, el registro de la obra representa un aporte a la discusión teórica desde su perspectiva crítica, a la vez que constituye una herramienta analítica que puede resultar provechosa para los operadores jurídicos que se vinculen con la materia, al establecer criterios de evaluación de la racionalidad en la argumentación jurídica de los participantes del discurso jurídico en general. Por otra parte, puede decirse que la obra puede resultar útil para la formación jurídica en general dada su vocación pedagógica.

Matías MANELLI
Universidad de Buenos Aires