

**Leones, lenguaje y derechos.
Sobre la existencia de los derechos sociales
(Réplica a Fernando Atria)**

Juan Antonio Cruz Parceró
Instituto de Investigaciones Filosóficas (Mexico)

Hace poco tuve el gusto de conocer a Fernando Atria y ahora el honor de que me hayan invitado a debatir en torno a su trabajo “¿Existen derechos sociales?”, el cual inicia con un epígrafe de Wittgenstein que dice: “Si un león pudiera hablar, no lo entenderíamos” (*Investigaciones filosóficas*, 1953). Atria sostiene que quienes creen que es posible otra forma de comunidad distinta a la liberal, por ejemplo, aquellos que defienden un tipo de socialismo, estarían como el león que al reflejar sus aspiraciones políticas con el lenguaje del derecho -particularmente con el lenguaje de *los derechos-*, éstas se traducen y tergiversan de modo que resulta imposible comprender qué quieren decir, es decir, que la *forma* del derecho termina por imponerse sobre las aspiraciones sustanciales.

En este trabajo hace una dura crítica a la manera en que se han concebido los derechos sociales en la tradición liberal. La respuesta a la pregunta que se formula en el título de su trabajo es que “la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos”; sin embargo, sugiere también que habría otra forma alternativa de entender los derechos, una que no fuera autocontradictoria. Si ello es así, en realidad hay dos respuestas a la pregunta, respuestas que dependen del significado del término *derechos* que usemos. Puedo decir, que me ha resultado una lectura muy estimulante, que me ha obligado a reflexionar en muchos de los argumentos que ofrece su trabajo y a tratar de analizarlos con atención.

En su trabajo, además de una crítica a la forma en que se presentan los derechos sociales, Atria plantea duras crítica a quienes, como Zagrebelsky, defienden la *ductibilidad* del Derecho; a quienes, como

Abramovich y Courtis, defienden la exigibilidad de los derechos sociales, y a quienes, como Rosenkrantz, defienden la eliminación de los derechos sociales de las constituciones. No voy a entrar a estos debates, aunque confieso que concuerdo en mucho con lo sostenido por Abramovich y Courtis y considero su libro de gran valor. Atria también le presenta un reto importante al pensamiento socialista: superar los obstáculos que la *forma* del Derecho le impone a los derechos sociales para reflejar las demandas basadas en la solidaridad y la reciprocidad. Su trabajo busca encontrar cómo funciona esa limitante en el caso de los derechos sociales, aunque no imagino que sus preocupaciones conecten con la vieja aspiración marxista-leninista de que en la sociedad comunista el Derecho tendría que desaparecer, al menos el derecho burgués que denunciara Marx en *La cuestión judía*. Tiendo a pensar que el autor se acerca más a posiciones republicanas que se centrarían más en la participación ciudadana y en la promoción de sus virtudes. De cualquier forma tampoco nos dice cómo tales aspiraciones se pueden reflejar al margen del Derecho y del lenguaje de los derechos. Nos dice que no podríamos entender al león si éste hablara de derechos, pero no nos dice de qué forma entenderlo.

Sobre lo que tratará mi comentario será sobre la tesis a la que llega Atria de que la noción de derechos sociales es una contradicción en términos, afirmación que se basa en un análisis estructural de los derechos subjetivos; en sostener que ciertas consecuencias se siguen de dicha estructura (de la forma), la cual implica un juicio valorativo (un juicio sobre la justicia de una acción). Atria distingue a lo largo de su trabajo tres conceptos de derechos: uno moral, uno jurídico y otro político. Esta distinción es importante porque le permite sostener que entre el concepto moral y el jurídico (a diferencia del político) existe una similitud que consiste en una idea de la justicia que parte de “recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas, de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que a la específica relación existente entre el deudor y el acreedor, porque lo moralmente dominante es la manera en que (dentro de ciertos límites) el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. Por eso es perfectamente concebible que uno tenga derecho moral a hacer algo moralmente lamentable” (**Atria: 24**). Este “recorte” es el que le permite afirmar que los derechos triunfan sobre consideraciones de utilidad general y aspiraciones comunitarias. Los

derechos sociales se vuelven entonces una demanda de individuos contra la comunidad. De ahí que exista en la expresión “derechos sociales” una contradicción que consiste en una forma de tensión entre la sustancia y la forma. (**Atria: 39**).

Lo anterior le sirve a Atria para probar que el derecho no es lo suficientemente dúctil, lo suficientemente neutral, para que los socialistas puedan expresar sus ideales a través del lenguaje de los derechos sin traicionarlos. Para hacer los derechos sociales exigibles judicialmente se tienen que “des-socializar” (**Atria: 47**). Es más, todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas (por ejemplo, la solidaridad, el matrimonio, la amistad y la ciudadanía). La forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales no es juridificable.

Presentaré mis comentarios a estas afirmaciones en cuatro puntos. El primero se centra en el problema estructural de los derechos subjetivos, trataré de mostrar cómo la tesis que sostiene Atria depende de un modelo (modelo relacional simple), para explicar todo el lenguaje de los derechos. Trataré de justificar que ese modelo no es el único que tenemos que considerar, que existen otros que son igualmente importantes y que tomarlos en cuenta nos hace modificar las consecuencias que Atria extrae de su análisis, particularmente, las referidas al juicio de justicia implicado por los derechos. En el segundo apartado hago una crítica a la noción de *derecho subjetivo* que Atria utiliza, y defendiendo la necesidad de una noción que permita hacer la distinción entre “tener un derecho” y “tener una garantía”. En este sentido las acciones procesales para demandar un derecho social son sólo una forma de intentar garantizarlos. En este mismo apartado hago algunas precisiones en torno al fundamento de los derechos sociales y su estructura. En el tercer punto abordo el problema de la noción política de los derechos que sugiere Atria como alternativa; intento mostrar cómo su noción no supera las mismas críticas que él hace a la noción de derechos subjetivos, y sostengo la necesidad de distinguir entre un concepto moral, uno jurídico y otro político que mantengan cierta identidad, pero me aparto de la tesis de Atria de que dicha identidad (al menos de los primeros dos conceptos), esté en el juicio de justicia basado en el “recorte” de la realidad de dos personas. En el último punto analizo cuáles son, en todo caso, algunos de los problemas que hay que atender en la traducción de

los problemas sociales en términos de derechos y obligaciones. Acepto que existen problemas, pero partiendo de la distinción entre lo que es tener un derecho y tener formas de protección jurídica, podemos aceptar que en ocasiones las disputas judiciales no son un medio socialmente útil de resolver los conflictos que surgen. Me aparto de las visiones exageradas a las que acude Atria para sostener que todas las formas de socialización basadas en las ideas de solidaridad no pueden juridificarse sin ser traicionadas, tergiversadas o destruidas. Sostengo que el problema de esa concepción es creer que todo uso del lenguaje jurídico ha de terminar siendo un uso irracional.

1. El lenguaje de los derechos no es como lo pintan

Trataré de sostener que el lenguaje del derecho, mejor dicho, el *lenguaje de los derechos* no es como lo pinta Atria. Para ello haré referencia al modelo que se ha utilizado normalmente para analizar los derechos desde el punto de vista estructural, es decir, a lo que podemos denominar el *modelo relacional simple*, que consiste en analizar la relación entre dos sujetos respecto a un objeto. En este modelo Atria basa su análisis y de él extrae casi todas las consecuencias importantes de su trabajo.

Desde el punto de vista estructural es común y ampliamente aceptado ver a los derechos como una relación entre dos sujetos respecto a un objeto. Esta relación puede presentarse en un enunciado como el siguiente:

a tiene frente a *b* un derecho a *G*¹

La concepción kelseniana de los derechos adopta una visión parecida a la anterior en su análisis respecto a lo que denomina “derecho reflejo”. No obstante, Kelsen rechaza que esta descripción tenga alguna utilidad importante y la rechaza por superflua. Para él en lo que consiste un derecho subjetivo es

¹ Robert Alexy considera que los derechos vistos como “posiciones jurídicas” pueden ser de tres tipos: derechos a algo, libertades y competencias. Su análisis se basa en buena medida del análisis propuesto por Hohfeld, aunque éste incluye a las “inmunidades” como otro tipo más de derechos. El derecho es una relación triádica (*D*) entre un portador o titular del derecho (*a*), un destinatario (*b*) y el objeto del derecho (*G*), que puede representarse: *DabG*. Aunque la estructura de una libertad y de una competencia tienen ligeras variaciones respecto de este esquema, mantienen la idea de ser relaciones o posiciones entre dos sujetos, por lo que aquí no será necesario abundar sobre las diferencias. Véase su *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 186-187, y en general el capítulo cuarto.

en un poder jurídico de poner en marcha la maquinaria estatal para exigir el cumplimiento de un deber jurídico. Esta relación también puede ser expresada con la misma estructura triádica, pero Kelsen exige (estipula) que el sujeto destinatario de dicha relación (*b*) sea el Estado y el objeto (*G*) sea siempre la exigencia del cumplimiento de un deber de un tercero o de otro órgano del Estado. Hablaré sobre esto en el siguiente punto. Ahora lo que quiero plantear es algo más general que tiene que ver con el modelo relacional simple.

Uno de los puntos más importantes en el argumento de Atria consiste en sostener que “Decir que *w* tiene derecho a que *v* cumpla su promesa es decir que en principio es justo que *v* haga lo que prometió hacer...” (**Atria: 24**). Atria considera que si esto es correcto

...la noción de “derechos” en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas, de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que la específica relación existente entre deudor y acreedor, porque lo moralmente dominante es la manera en que (dentro de ciertos límites) el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. Por eso es perfectamente concebible que uno tenga derecho moral a hacer algo moralmente lamentable (**Atria: 24**)

En esto es en lo que consiste la conexión entre el concepto jurídico y el moral:

Ahora sabemos que esa característica del concepto jurídico de derecho es reflejo de una característica moral análoga: que el derecho (en sentido moral) significa recortar el rango de consideraciones morales aplicables a la determinación de la justicia de una acción, porque dado el contexto en el que el derecho aparece lo dominante es cómo es servido el interés del acreedor (**Atria: 25**)

Si bien afirma con razón que los enunciados sobre derechos implican enunciados valorativos, me parece que se equivoca en dos cosas: a) el afirmar que ese recorte del que habla consiste únicamente en una relación simple entre dos personas, el acreedor y el deudor, y b) que el juicio de valor consiste en determinar la justicia de una acción.

1.1. Como acabamos de ver, muchos de los enunciados sobre derechos pueden ser analizados con el modelo simple, y para muchos propósitos ese modelo es de mucha utilidad. Sin embargo, eso no significa que todos los enunciados sobre derechos respondan a ese modelo estructural ni que todos los juicios de valor implicados en los enunciados sobre derechos resulten precisamente de ese *recorte* de la situación de dos personas. El problema radica en creer que la única manera en que hablamos de los derechos responde a un modelo relacional simple. Es cierto que la manera en que los civilistas han hablado de los derechos encaja bastante bien con esta explicación estructural, de hecho esta explicación está basada en el contexto de las relaciones que tienen lugar en el Derecho privado.

Sin embargo, hay cierto tipo de enunciados que no se pueden reducir a una simple relación entre dos personas. Hohfeld mismo en la continuación de su famoso ensayo² se dio cuenta que su primer análisis de los derechos sólo correspondía a los llamados derechos *in personam*, pero que es frecuente usar la idea de “tener un derecho” para referirse a un conjunto de derechos similares pero independientes de una sola persona (o grupo) frente a algunas personas que constituyen una categoría amplia e indefinida (derechos *in rem*).³ Por ejemplo, si *a* es propietario de un objeto, *a* tiene un derecho *in rem* (*multilateral*) frente a un conjunto de personas, cada una de las cuales tiene el deber de no dañar ese objeto. Si una persona *b* destruye el objeto de *a*, surge aquí una nueva relación entre *a* y *b* que consiste en el derecho de *a* de cobrarle a *b* una suma de dinero por los daños, este derecho es un derecho secundario *in personam* (*paucilateral*). Pero este es sólo un ejemplo de otro modelo relacional diferente. Muchos autores han comprendido que hay enunciados sobre derechos que consisten en una conjunción, un “haz”, de relaciones o posiciones hohfeldianas. Hart, Dworkin, Wellman, Lindhal, Alexy, entre otros, insisten en que ninguna de las relaciones hohfeldianas por

² Me refiero al artículo publicado en 1917, “Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. II”, *Yale Law Journal*, XXVI, No. 7, pp. 710-770. Este es continuación del más famoso de 1913: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. I”, XXIII, No. 1, pp. 16-59. Del ensayo de 1917 no existe traducción, la traducción al español de Genaro Carrió corresponde sólo al de 1913: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, México, 1991.

³ Hohfeld acuñó los neologismos de relaciones “paucilaterales” y “multilaterales” para referirse respectivamente a los denominados derechos *in personam* y derechos *in rem*.

sí solas constituye lo que se ha denominado un “derecho genuino” (Wellman), un “derecho en sentido amplio” (Hart) o un “derecho como un todo” (Alexy). Ninguno niega el valor que puede tener el modelo relacional simple, pero insistirán de diversas formas en la importancia de un modelo más general.⁴

La distinción entre un derecho como un todo y un derecho como una relación es importante porque nos permite ver cómo Atria enfoca sus consideraciones en torno a la justicia (la valoración que existe en un enunciado sobre derechos) en el modelo relacional simple, mientras que nada dice sobre la valoración que existe en enunciados sobre derechos como un todo o en sentido amplio. Me inclino a pensar que el juicio valorativo en el que se centra Atria es un juicio derivado de otro más general, del cual podrían no extraerse las consecuencias que señala, como por ejemplo, cuando sostiene que “el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general” (**Atria: 39**). De esta conclusión deriva sus principales críticas a los derechos sociales.

1.2. El juicio de justicia que está implícito en el concepto de derechos subjetivos, según Atria, privilegia la situación en que aparecen sólo dos

⁴ No quiero sostener que todos ellos coinciden en lo que sostienen ni en el tipo de análisis que realizan sobre los derechos, sólo quiero decir que de alguna forma encuentran limitaciones en el modelo simple y analizan concepciones más amplias para hablar de derechos. Hart, por ejemplo, distingue entre derechos especiales y derechos generales, y sostiene que respecto a los últimos la justificación moral no surge de una relación particular entre dos personas, sino que son una concreción de un principio general a ser libres. Véase “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955, pp. 175-191. Carl Wellman sostiene que “No single Hohfeldian element, such as naked liberty, could constitute a genuine right; a legal right must consist of a complex of such elements...”, sin embargo, a mi modo de ver, incorrectamente afirma que cada derecho en ese sentido amplio sólo puede tener una relación central, un corazón, que es la que nos permite tomarlo como un solo derecho. Cfr., *A Theory of Rights. Persons Under Laws, Institutions and Morals*, Rowman & Allanheld, EEUU, 1985, p. 80 y ss. Ronald Dworkin por su parte se aleja del modelo relacional simple y al hablar de derechos utiliza nociones como derechos básicos, humanos, fundamentales, universales, políticos, etc. Para él los derechos hay que verlos como principios y habla de derechos que pueden ser abstractos y concretos, este carácter de los derechos es una cuestión de grado, entre más concreto es un derecho con más verosimilitud puede decirse que es absoluto, los derechos abstractos proporcionan argumentos a favor de los derechos concretos, por tanto el reclamo de un derecho concreto es más decisivo que el de uno abstracto. Cfr., *Los derechos en serio*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, p.162 y 375.

personas, el acreedor y el deudor, y aísla esta relación del resto de consideraciones morales. Pero si conforme al análisis que acabamos de hacer tomamos como noción central los derechos “como un todo”, entonces tenemos que analizar qué tipo de valoración implican estos enunciados. Otra cuestión que debemos analizar también es si los juicios valorativos son consideraciones sobre la justicia de una acción, como sostiene Atria.

Enunciados como “Todo ser humano tiene derecho a la vida”, “Pedro tiene derecho a la libertad de expresión”, “Todos los mexicanos tienen derecho a la educación”, son enunciados que se refieren a derechos como un todo que tienen carácter de principios. Siguiendo una idea de Alexy, podemos sostener que lo interesante de estos enunciados es que su relación con enunciados relacionales simples puede ser de tres tipos: i) de precisión, ii) medio/fin, y iii) de ponderación.⁵ Una relación de precisión referente a la libertad de expresión puede ser la libertad de un sujeto a manifestar una opinión política en un periódico. Una relación medio/fin puede ser el derecho de un sujeto a demandar a un periódico por censurar un escrito suyo. Una relación de ponderación consiste en el paso de un derecho *prima facie* a un derecho definitivo, donde hay que comparar la posición *prima facie* con otros principios o derechos que puedan entrar en conflicto, así como con otras consideraciones que apelen a intereses colectivos.⁶ Un ejemplo de este tipo de relación de ponderación podría ser la de considerar si un periodista tiene derecho a publicar planes de defensa que ponen en riesgo la vida de los soldados o ponen en riesgo la seguridad nacional.⁷

Una diferencia importante entre un derecho entendido como una relación simple y un derecho como un todo, es que el primero es el resultado de un juicio de valor (un juicio sobre la justicia de la acción, según el mismo Atria), mientras que en el segundo caso podemos decir que además de ser el resultado de un juicio de valor se trata de un criterio de valoración, es decir, es un valor que sirve para otros juicios valorativos. Lo que se le escapa a Atria es precisamente la función como criterio de valoración que tienen especialmente

⁵ Robert Alexy, *op.cit.*, p. 243.

⁶ *Ibid.*, p. 243 y 244.

⁷ Casos muy similares son citados por Alexy, en el caso del semanario *Der Spiegel*, *op. cit.*, p. 139, y por Dworkin, *op. cit.*, p. 162.

los derechos como un todo, aunado a su carácter *prima facie*, se trata necesariamente también de valores *prima facie*.⁸

En el argumento de Atria una de las premisas es que los derechos consisten en demandas individuales contra la comunidad, que el interés individual prevalece sobre el interés general y esta superioridad del interés individual es reflejo de ese recorte que mira sólo hacia la situación de dos personas. Mi duda es si esto es realmente así respecto de los derechos como un todo. Cuando se dice que todos tienen derecho a la vida, a la libertad, la integridad, etc., de ninguna manera me parece que se esté haciendo un juicio que ponga por encima los intereses individuales a los colectivos. Cualquiera puede darse cuenta que es en el interés general, el interés comunitario, el interés de todos, que ciertos bienes estén protegidos para todos y cada uno de los miembros de una sociedad por pequeña o grande que ésta sea. Reflejar esa valoración en términos de derechos no la convierte en un interés exclusivamente individual contrario al interés general. Cuando alguien individualmente reclama *su* derecho a la vida ante un gobierno, ese reclamo es el resultado de una relación de precisión entre el derecho como un todo y ese derecho concreto. El reclamo individual de asistencia sanitaria o de educación no lo hace en sí un reclamo egoísta que se opone a los intereses generales. Si la tesis de Atria consiste en que un reclamo individual de un derecho es *necesariamente* contrario al interés general, me parece que ello es falso. Tener un interés *individual* puede significar dos cosas diferentes: que es un interés de un individuo o que es un interés que se opone al interés colectivo. Así mismo, reclamar individualmente un derecho puede significar que el reclamo lo hace un individuo o que es un reclamo que se opone al interés general. No creo que se justifique la visión de Atria que considera que todo reclamo de un individuo es un reclamo que se opone al interés general. Sería una paradoja de la justicia distributiva que cada vez que alguien individualmente tratara de conseguir algo que le corresponde de acuerdo a un criterio de justicia, su reclamo dejara de ser justo porque es individual y se convirtiera en un

⁸ Es importante distinguir entre un derecho desde un punto de vista deontológico, es decir, como principio, y desde un punto de vista axiológico, como un criterio de valoración y como el resultado de un juicio de valor. Ver Alexy, pp.144-145.

reclamo egoísta. La *forma* de una relación simple entre dos personas no implica que alguien que reclama judicialmente algo no pueda en ocasiones conseguir un bien colectivo.⁹

Otro problema de la concepción de Atria es que sostiene que el juicio valorativo consiste en un juicio sobre la justicia de una acción sin mirar más que a la relación específica entre dos personas, el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor (**Atria: 24**). Atria no especifica qué entiende por un juicio de justicia sobre una acción. Determinar si es justo o no que Pedro le pague a Juan mil pesos, depende de los criterios de justicia que incorporemos. Si decimos que es justo porque le debe ese dinero estamos incorporando un criterio basado en instituciones como los contratos y las promesas donde operan principios como “debes cumplir tus promesas”, “debes pagar lo que se te presta”. Si decimos que no es justo porque Pedro los necesita más que Juan hablamos ya con otro criterio, las necesidades. Estoy de acuerdo con Atria en que un derecho por sí solo no puede ver todas las situaciones morales que pudieran resultar relevantes. Los derechos no reflejan sino sólo algunos valores *prima facie*, como se dijo antes introducen criterios de valoración, no sólo consideraciones sobre lo que es justo, sino consideraciones sobre lo que es bueno, lo que es un valor, lo que es una necesidad, lo que es socialmente útil, lo que es un bien público, etc. Por ejemplo, los derechos humanos y algunos derechos fundamentales pueden incluir valores como la vida, la seguridad, la salud, la integridad, la autonomía, la libertad, etc., sin embargo, estos valores no agotan el dominio de la justicia y la equidad. La protección de esos valores puede lograrse a través de otros derechos que garanticen la justicia procedimental, como derechos a un juicio justo, a ser asistido por un abogado, a la legalidad de los actos del gobierno, etc. Otros derechos, los derechos sociales, pueden buscar la protección de esos mismos valores pero a través de mecanismos de justicia distributiva, por ejemplo, cuando se consagran derechos a ciertas prestaciones y servicios.

⁹ Algunos de los casos que muestran Abramovich y Curtis en su libro son buenos ejemplos de que la exigencia judicial individual (o de un grupo) por ciertos derechos sociales logra, por ejemplo, combatir políticas o legislación que excluyen a ciertos grupos socialmente discriminados. Estos resultados contribuyen a fin de cuentas a una sociedad más igualitaria, aunque no logren eliminar las enormes diferencias que existen en determinadas sociedades. Ver en especial el capítulo 3 “Estrategias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Un derecho visto de manera aislada sólo puede introducir uno o pocos criterios valorativos y deja de lado necesariamente otras consideraciones; a la luz de estos criterios una acción resulta justa, correcta, lícita, etc. Sin embargo, un sistema normativo, moral o jurídico, normalmente introduce una serie de criterios de valoración (en términos de derecho o de deberes, principios, etc.) que sirven para determinar qué debe hacerse en un caso determinado. En nuestro razonamiento moral o jurídico existen razones más importantes que otras, pero no es común que exista un único criterio que determine qué debe hacerse. El derecho de un acreedor para cobrar una cantidad de dinero al deudor sólo prevalece en ausencia de otras razones que otras reglas o principios autorizan a tomar en cuenta y que pueden excluir tal cobro. Ciertamente es que no todo tipo de razones suelen ser consideradas, pero también hay que aceptar que pueden haber buenas razones de interés público que nos beneficien a todos para rechazar que un juez tenga que tomar en cuenta cualquier tipo de consideración. La determinación de la justicia de una acción concreta tomando en cuenta todas las consideraciones morales que podrían ser pertinentes puede frustrar el logro de otros intereses generales.

Otra cosa es que se mantenga como una ideología la idea de que los derechos siempre triunfan sobre otras consideraciones. Creo que ni Dworkin piensa que esto deba ser así. Cuando sostiene que los derechos son triunfos políticos o son antiutilitaristas, su postura es muy ambigua porque no siempre queda claro a qué tipo de derechos se refiere. Aunque considero que la manera correcta de entender su idea es sosteniendo que un derecho individual es un triunfo cuando una meta colectiva no es una razón suficiente para negarles a los individuos lo que desean hacer o tener, o cuando tal meta colectiva no justifica imponerles alguna pérdida o perjuicio. Esto significa que él considera que sólo los derechos morales o los derechos fundamentales operan como triunfos.¹⁰ Cosa muy distinta y completamente errada es considerar a cualquier derecho de un orden jurídico como un triunfo sobre cualquier otra consideración moral o de interés general.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 37, 284-288. Es más, para Dworkin no cualquier derecho constitucional es un derecho que pueda triunfar sobre otras consideraciones. En la idea de los derechos como triunfos, va implícita la idea de que sólo algunos derechos abstractos pueden vencer, *prima facie*, a cualquier otra consideración moral, y sólo unos pocos derechos concretos (es decir, que suponen ya un balance específico con otras consideraciones morales e intereses colectivos) pueden vencer *definitivamente* sobre otras consideraciones. La interpretación que en ocasiones se hace de la tesis de Dworkin como queriendo significar que todos los derechos son triunfos es además de errónea sumamente peligrosa.

2. Para entender al león

A pesar de que Atria reconoce la existencia de un concepto moral de derechos, en su trabajo el concepto jurídico responde a una concepción kelseniana. El jurista austriaco entiende que los derechos subjetivos, en estricto sentido, son poderes de un sujeto para demandar al estado el cumplimiento de un deber. El problema de la concepción kelseniana es que se trata de una estipulación que llega a identificar los derechos con las acciones procesales para reclamarlos.

La tesis de Atria al adoptar esta definición de derechos subjetivos hace que el lenguaje liberal de los derechos se transforme en un lenguaje de los derechos positivista, en un lenguaje kelseniano. Para Atria entonces,

si los derechos sociales son derechos, es decir, si deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos deben poder ser reclamables. Para el abogado es irrelevante que el vendedor entregue la cosa, lo que importa es que el comprador tenga una acción para exigir la entrega si el vendedor incumple. Que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión quiere decir, como hemos visto, que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término. *Ubi remedium, ibi jus*: cualquier abogado entendería inmediatamente el sentido en el que el acreedor de una *obligatio naturalis* no tiene realmente un derecho subjetivo a la prestación precisamente porque no puede demandarla judicialmente... (Atria: 43)

Efectivamente, como sostiene Atria para muchos abogados y juristas el concepto de derecho subjetivo y el de acción procesal coinciden, entre ellos Abramovich y Curtis, para quienes no se puede hablar de derechos (subjetivos) hasta verificar que se pueden demandar judicialmente.¹¹ Por tanto,

¹¹ Abramovich y Curtis se basan directamente en la noción de Kelsen de un derecho en sentido técnico, pero erróneamente dicen apoyarse también en Ferrajoli. *Cfr., op.cit.*, pp. 37-38. Me parece claro que lo que afirma Ferrajoli no coincide con lo que ellos le atribuyen. Ferrajoli distingue con claridad entre el derecho y la garantía del derecho y afirma que los derechos deben ser garantizados y que dentro de las garantías debe existir una particular que es la de *jurisdiccionalidad* para que las lesiones a los derechos sean sancionadas. Es importante mencionar cómo para él la otra garantía importante es el *principio de legalidad* para que se impongan obligaciones para cumplir con las prestaciones que un derecho puede implicar. La garantía, parece claro, no es el derecho. Ferrajoli incluso sostiene que estos dos tipos de garantías generales se pueden extender sólo parcialmente a los derechos sociales. *Cfr., Luigi Ferrajoli, Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995. p.917.

los derechos sociales se vuelven una contradicción, no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. “Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos” (Atria: 47).

Pero esta idea de que los derechos sociales se “des-socializan” está vinculada a la idea de que cualquier exigencia individual, es decir, cualquier derecho que sea exigible individualmente, implica, como vimos en el punto anterior, que se opone a los intereses generales o a la comunidad. Según Atria, las aspiraciones comunitarias, los fines colectivos que justifican los derechos sociales no pueden vencer sobre los derechos individuales, es decir, sobre los intereses individuales. La *forma* vence a la *sustancia* (Atria: 39).

Considero que no resulta conveniente identificar a los derechos subjetivos jurídicos con las acciones procesales para demandar el cumplimiento de un deber; desde luego que estos poderes son un tipo de derechos subjetivos, pero la noción de derechos subjetivos es más amplia. Con esto no quiero convertir la discusión en una discusión de palabras, me parece que las razones para ello consisten en poder distinguir los enunciados sobre derechos de los enunciados sobre la protección de los derechos.¹² Un derecho en sentido amplio, un derecho como un todo, puede tener distintos niveles de protección. La protección de un derecho en este sentido es una cuestión de grado, no importa aquí la diferencia entre derechos civiles y políticos y derecho sociales. Una acción procesal no necesariamente garantiza el ejercicio de un derecho, y en esto creo que Atria está de acuerdo. El creer que basta con establecer acciones procesales para garantizar los derechos nos conduce a la llamada *falacia garantista*, que según Ferrajoli consiste en decir que son suficientes “las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones”.¹³ El sentido técnico de derecho subjetivo de Kelsen, no puede confundirse con el derecho que intenta garantizar, ni se puede aceptar la reducción de la noción de garantía jurídica a dicho sentido técnico.¹⁴

¹² R. Alexy, *op. cit.*, y L. Ferrajoli *op.cit.*, consideran esta distinción fundamental para una teoría de los derechos.

¹³ L.Ferrajoli, *op.cit.*, pp. 940 y ss.

¹⁴ Al respecto puede verse el libro de Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.

Si comparamos la noción kelseniana de derecho en sentido técnico con otras concepciones de los derechos subjetivos (jurídicos) creo que contrasta con buena parte de ellas, que suelen ver el núcleo del concepto en lo que para Kelsen era superfluo, es decir, en la idea de derecho como reflejo de una obligación. El creador de la teoría pura desechó la idea central de lo que es un derecho subjetivo porque para él se trataba de una sola relación objetiva que correctamente debe ser descrita en términos de la obligación jurídica de un individuo de comportarse de determinada manera.¹⁵ En la concepción hohfeldiana, por ejemplo, la noción central de un derecho es la relación pretensión-deber (*claim-duty*), que es similar a lo que Kelsen llamaba el derecho reflejo, pero no a su noción de derecho en sentido técnico, que es el concepto que privilegia el autor austriaco. Simplemente, en el análisis hohfeldiano la idea de pretensión (*claim*) cumple la función de tratar de entender los enunciados en donde aparece la noción de “tener derecho” como correlativos de deber. Tampoco el *poder* hohfeldiano, correlativo de una *sujeción*, podría identificarse con el derecho en sentido técnico. A Hohfeld no le interesa la noción de acción procesal para poner en marcha el aparato coactivo del Estado. La acción procesal puede verse como un poder, pero el concepto de poder hohfeldiano es más amplio y no se reduce a las acciones procesales que buscan el cumplimiento de un deber a través de la imposición de una sanción. Me interesa marcar la diferencia entre la noción kelseniana y la hohfeldiana porque considero que con la última se puede mantener la distinción entre “tener un derecho” y “tener una acción procesal para reclamar un derecho”. Decir que “Pedro tiene derecho a que Juan le pague mil pesos”, no es lo mismo que decir que “Pedro puede demandar judicialmente a Juan en caso de incumplimiento”. Ambos enunciados son distintos y mientras el primero puede ser verdadero el segundo puede ser falso; incluso cabría la posibilidad que aunque el primero fuera falso un enunciado como “Pedro puede demandar judicialmente a Juan por el pago de mil pesos” puede ser verdadero si sólo alude al poder jurídico que se tenga para poner en marcha la maquinaria estatal, aunque se reclame indebidamente un pago.

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 140. Para Ihering, por ejemplo, el derecho subjetivo consiste en un interés jurídicamente protegido. La protección de ese interés puede darse a través de normas que lo reconocen y protegen, o a través de acciones procesales.

Esta distinción es importante en relación con cualquier tipo de derechos, y respecto al tema de los derechos sociales nos permite no perdernos en discusiones estériles sobre su carácter o no de derechos y de no buscar que a toda costa tengamos que hacerlos justiciables, para que no pierdan su aura de “derechos”. Hacer *justiciables* los derechos sociales no es una tarea sencilla y en muchas ocasiones resulta un grave riesgo dejar que los jueces tomen decisiones con efectos redistributivos que pongan en juego las posibilidades de cumplir con otros objetivos sociales.¹⁶ Como bien señala Atria, en muchas ocasiones a lo que se reduce entonces la exigibilidad de los derechos sociales no consiste en otra cosa que a exigir “el viejo derecho a la igualdad formal” (**Atria: 45**). Pero esta realidad de los derechos sociales que Atria ve como la negación de los mismos derechos sociales, como la negación de la aspiración comunitaria, puede verse de modo menos dramático si entendemos que la acción procesal no deja de ser mas que un instrumento para la protección de estos derechos; que no tenemos que ver en ella la única forma de garantizar un derecho y quizá, en el caso de los derechos sociales, tampoco la más adecuada. Esto no le resta valor a trabajos como los de Abramovich y Courtis que nos muestran diversas alternativas para hacer exigibles algunos aspectos de los derechos sociales.

Si analizamos la siguiente afirmación de Atria veremos cómo parecería que acepta la distinción entre tener un derecho y tener una garantía:

...tiene sentido hablar del derecho al trabajo aun cuando no pueda ser protegido por tribunales. El compromiso con el derecho al

¹⁶ Aunque el peligro de que una sentencia tenga consecuencias redistributivas del presupuesto público es algo que no sólo puede señalarse de los derechos sociales, sino de otros derechos privados. Si el argumento es atendible no sólo vale para oponerse a la exigibilidad los derechos sociales sino también para limitar los reclamos individuales. Stephen Holmes y Cass Sunstein, han señalado cómo en un sistema jurídico como el estadounidense el reclamo de derechos de todo género se presta a muchos abusos en el cálculo de indemnizaciones que en ocasiones tiene graves efectos sobre el presupuesto. Tan sólo la ciudad de Nueva York en 1996 tuvo que pagar 282 millones de dólares en indemnizaciones a particulares, *cfr.*, *The Cost of Rights*, Norton, Nueva York, 1999, p. 25. En México aunque no conozco datos estadísticos al respecto, recientemente dos casos con sentencias firmes (caso del *Paraje San Juan* y el caso Ramos Millán contra la SHCP) excepcionalmente han sido turnados a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que revise el monto al que se condena en un caso al Gobierno de la Ciudad de México y en otro al Gobierno Federal. En ambos casos se presume que hubo complicidad de funcionarios y jueces, y en otro además tráfico de influencias de un senador.

trabajo no es un compromiso con un derecho subjetivo de cada persona a demandar coactivamente un puesto de trabajo, sino una manifestación del compromiso comunitario de considerar al empleo no como un dato macroeconómico más en la formulación de la política monetaria...sino como un aspecto central de la forma en que la comunidad entiende su responsabilidad de asegurar la igual ciudadanía de cada uno. Esto explica por qué no es sólo una metafórica o figurativa manifestación retórica decir que “incluso si no es posible hacer que el derecho (al trabajo) sea completamente respetado, la conciencia del derecho puede tener un efecto político” (**Atria: 51**)

Sin embargo, no me queda muy claro qué noción de derecho (subjetivo) utiliza, cuando distingue entre el derecho al trabajo y el derecho subjetivo de cada persona a demandar coactivamente un puesto de trabajo. Es claro que Atria acepta que existen varias nociones de derechos: subjetivos (jurídicos), morales, políticos, lo que no alcanzo a ver es cómo delimita tales derechos. Parecería que el derecho al trabajo no es un derecho jurídico porque no se puede exigir individualmente; mi duda es si para él se trata de un derecho político (¿un derecho comunitario?) o un derecho moral, y en qué sentido el derecho al trabajo sigue siendo un *derecho* (social). Al final de esta idea que reproducimos, me parece que Atria acepta que se siga hablando de derechos sociales sólo porque “la conciencia del derecho puede tener un efecto político”. No me parece ésta una buena razón para ello; esto justificaría la inflación que padecemos al querer convertir cualquier tipo de reivindicación política en un asunto de derechos, además se contradice con su rechazo a que ciertas formas de socialización basadas en nociones de solidaridad sean traducidas al lenguaje de los derechos. De esto último me ocuparé más adelante en el cuarto punto.

2.1. Atria alude a otros dos problemas muy importantes que no quiero dejar pasar: uno que se refiere al tipo de fundamento que tendrían los derechos sociales y el otro a los problemas estructurales de los derechos sociales que los convierten en inadecuados para ser reclamables judicialmente.

Respecto al primero de estos temas, Atria sugiere que el fundamento de los derechos sociales está en el compromiso comunitario, es decir, en el deber de la comunidad de asegurar la igual ciudadanía (**Atria: 51**). Otros ven su

fundamento en los mismos principios o valores que fundan los llamados derechos liberales.¹⁷ Por ejemplo, la autonomía que fundamenta las libertades y otros derechos civiles y políticos, es el mismo fundamento para exigir ciertos bienes y recursos que posibiliten al individuo el ejercicio de sus derechos. La distinción que hace Atria entre la concepción liberal y la socialista de los derechos nos hace ver con claridad que la primera justificación sólo permite defender los derechos sociales como *mínimos* que posibilitan al individuo cierto nivel de recursos, pero no justifica la igualdad material. Como explica Atria, lo que ofende a la concepción liberal no es la desigualdad, sino la pobreza (**Atria: 31**).

Siguiendo a Marshall, Atria sostiene que los derechos sociales en la tradición socialista son una manera más amplia de concebir los derechos, que se basa en la pertenencia a una comunidad política, en la ciudadanía, y que sólo la pertenencia a la comunidad política es suficiente para fundar los derechos sociales (**Atria: 32**). Esta concepción va más allá de exigir una “mediocre escuela pública”, “una minúscula vivienda pública” o “un desmedrado consultorio de salud estatal” (**Atria: 45**).

Aunque la distinción me parece importante, no estoy de acuerdo con Atria, pues considero que la justificación liberal es más importante de lo que él supone, ya que permite establecer lo que Garzón Valdés ha llamado “el coto vedado”,¹⁸ el cual exige cierto nivel de homogeneidad social, es decir, exige junto con derechos y libertades un cierto grado de igualdad de bienes, recursos y servicios. Ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga. La fundamentación comunitarista hace que todos los derechos se conviertan en derechos de ciudadanía, y la ciudadanía se convierte en el prerrequisito para gozar de ellos. Pero como ha sostenido Ferrajoli, la

¹⁷ Véase por ejemplo, R. Alexy, *op. cit.*, p. 488; Luis Prieto Sanchís, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, Alicante, Vol. I, No. 15-16, 1994, pp. 367-405; James Griffin, “Welfare Rights”, *The Journal of Ethics*, vol. 4, No. 1-2, enero-marzo 2000, pp. 27-43, entre otros.

¹⁸ Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en su libro *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 631-650.

ciudadanía ha dejado de ser un factor de igualdad:

La ciudadanía se ha fracturado en diferentes tipos de ciudadanía desiguales correspondientes a nuevas diferenciaciones de *status*, que van de ciudadanos plenos a semiciudadanos con derechos de residencia, refugiados e inmigrantes ilegales; en lo externo funciona como privilegio y una fuente de exclusión y discriminación respecto a los no ciudadanos.¹⁹

La importancia de la concepción liberal de los derechos sociales radica en que la pretensión de igualdad, aunque sea sólo respecto a un mínimo, se torna una pretensión universal. Ello implica que dichos derechos son exigibles moral y políticamente frente a cualquier tipo de orden social. Como lo dice el artículo 28 de la Declaración Universal: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Si bien tenemos que aceptar que los derechos humanos no pueden ser absolutamente asegurados, este requisito de que sean “plenamente efectivos” supone, como sostiene Pogge, que tenemos que incorporar la idea de que sean razonablemente asegurados, lo cual significa que sean suficientemente asegurados de acuerdo a los medios y circunstancias del sistema social relevante. Pero este artículo es claro en reflejar no sólo una exigencia más sino un requisito normativo del mismo concepto de derechos humanos que nos tiene que llevar a sostener que una de las funciones básicas del concepto de derechos humanos es servir como criterio para conformar y reformar nuestras instituciones sociales e internacionales de conformidad con el impacto que tienen en el cumplimiento de tales derechos.²⁰ Nuestras instituciones sociales fallan cuando violan directamente nuestros derechos, por lo cual solemos poner

¹⁹ Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2000, pp. 397-409, p. 401. Atria acusa a Rosenkrantz de defender una posición de derecha sin pretenderlo al querer desaparecer los derechos sociales de las constituciones, análogamente yo diría que sin pretenderlo y en nombre del socialismo y la igualdad, Atria se vuelve el defensor de los privilegios de que gozan cierta clase de ciudadanos, ciertas comunidades políticas frente a otras.

²⁰ Thomas Pogge, “The International Significance of Human Rights”, en *The Journal of Ethics*, Vol. 4, No. 1-2, 2000, pp.45-69, pp.52-53.

especial énfasis en ello; también fallan cuando no evitan o no previenen que otros agentes violen tales derechos. Los derechos humanos son exigencias morales contra aquellas personas que pueden contribuir a evitar las violaciones de los derechos, especialmente aquellos más poderosos y con mayor influencia. Los derechos humanos no son sólo exigencias hacia el sistema social al que uno pertenece, sino implican exigencias hacia el orden internacional. Esto nos lleva a rechazar la idea de que las violaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, sólo tienen un carácter nacional, es decir, rechazar la idea de que los únicos factores relevantes son la cultura, las estructuras de poder, el medioambiente, el nivel económico y técnico de la sociedad a la que uno pertenece. Por el contrario, habrá que reconocer que muchos de estos factores están conectados y a veces son producto de factores globales y causas externas.²¹ Es muy ingenuo pensar que algunos de los problemas de países pobres que afectan gravemente el cumplimiento de los derechos humanos como la corrupción de las elites, la desnutrición, el abuso de poder, las guerras, etc., se puedan resolver sólo a través de reformas internas, sin que a nivel global cambien las condiciones de inequidad y desigualdad, sin que a nivel internacional se controlen los intereses de ciertos grupos y gobiernos del primer mundo relacionados con la expansión o la restricción de los mercados, la explotación de mano de obra barata, el comercio de armas, la explotación del medio ambiente, el manejo irresponsable de desechos tóxicos, entre muchos otros problemas globales.

Si bien es cierto que los derechos humanos no agotan el dominio de la justicia y la equidad,²² habrá que decir, sin embargo, que los derechos humanos exigen cierto nivel de justicia distributiva tanto a nivel nacional como internacional, al menos para garantizar ciertos mínimos de bienestar que atañen directamente con la protección de la vida, la salud, la integridad y posibilitan el ejercicio de ciertas libertades fundamentales de las personas. Por ello, los

²¹ *Ibid.*, p. 54.

²² Véase James Griffin, "Discrepancies Between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, No, 101, vol. I, 2001, pp. 1-28, p. 14. Conuerdo con él en que no todo lo que exigiría la justicia distributiva es materia de derechos humanos y que verlo así es querer transformar cualquier exigencia moral o de justicia al lenguaje de los derechos, como si con ello se les diera a tales exigencias un mayor peso, peso que en realidad no necesitan pues qué más peso podrían requerir al ser exigencias derivadas de consideraciones de justicia.

derechos sociales -al menos la educación, la salud, la vivienda, la alimentación- son genuinos derechos humanos, fundados en los mismos valores y principios de libertad, autonomía e integridad; forman parte casi de cualquier idea de dignidad humana e igualdad. Y estos derechos sociales implican ya la necesidad de una redistribución de la riqueza nacional e internacional.

Es verdad, como sostiene Atria, que la concepción liberal permite que se mantengan diferencias económicas relevantes. Para corregirlas seguramente tendrán que fundarse en otro tipo de consideraciones morales y de justicia. El problema que veo es que Atria no es explícito en la concepción alternativa que defiende implícitamente, su apelación a valores comunitarios es demasiado general, de modo que no sé hasta qué punto para él la comunidad puede justificar cualquier noción de bien común; el ideal de “igual ciudadanía” puede ser compatible, como advierte Ferrajoli, con muchas desigualdades e injusticias respecto a quienes no pertenecen a la comunidad o pertenecen a grupos minoritarios.

2.2. El otro problema al que me quiero referir, aunque sea brevemente, es el relacionado a la naturaleza de los derechos sociales. El por qué los derechos sociales resultan muchas veces inadecuados para ser reclamados judicialmente se debe a un problema estructural de los mismos. Los derechos sociales, según Alexy, se distinguen de otros derechos que involucran deberes positivos, porque su componente prestacional consiste en la obligación dar a los particulares recursos, servicios o bienes (hablaré en general sólo de recursos), que si tuvieran recursos financieros propios y existieran dichos recursos en el mercado, los podrían adquirir de los particulares.²³ Sin embargo, esta idea es demasiado general y no nos ayuda mucho a ver cuál es el problema de su exigencia, tal parecería que se trata tan sólo de tener o generar los recursos necesarios, pero evidentemente no se trata sólo de eso.

Los derechos sociales suelen estar formulados en los textos legales como principios (directrices o *policies*) o reglas de fin, esto es, reglas o principios que no ordenan una acción, sino que establecen una finalidad o estado de cosas a alcanzar. Una acción puede traducirse en un estado de

²³ *Op. cit.*, p. 482.

cosas (ordenar la acción de “cerrar la puerta” se puede traducir en el estado de cosas que ordena que “la puerta esté cerrada”). Pero esta traducción no siempre resulta posible o no siempre se considera conveniente. En ocasiones no es posible hacer la traducción porque no podemos saber qué acciones hay que realizar para obtener el estado de cosas, o podemos conocer algunas acciones necesarias pero no las condiciones suficientes para conseguir el fin, o porque ninguna acción o conjunto de acciones es suficiente para alcanzar el estado de cosas por tratarse de un estado ideal. En ocasiones, aunque el estado de cosas sea traducible a algunas acciones, no se considera adecuado hacer la traducción porque se prefiere dejar a quien tiene que aplicar este tipo de normas una mayor discreción para elegir entre las distintas acciones posibles para alcanzar el fin y poder optimizar los recursos y los resultados.²⁴

Esta característica estructural de los derechos sociales provoca que su exigencia judicial sea un problema porque no es posible tener criterios taxativos ni para imputar responsabilidad a las autoridades, ni para exigir que ciertas acciones sean ordenadas por los tribunales. El otorgar demasiada discreción a un juez (para que determine qué acción o conjunto de acciones deben realizarse para alcanzar la finalidad, o para determinar cuántos recursos se tiene que disponer para tales propósitos), se torna un problema de legitimidad democrática, porque las decisiones que conlleva harían necesario un balance respecto de otras finalidades sociales. Este tipo de decisiones se suele entonces reservar para los legisladores o para otros funcionarios legitimados democráticamente. No es que un juez no pueda tomar estas decisiones, sólo que no se considera conveniente que las tome.

Es por ello, que el tema de la exigibilidad de los derechos sociales se ha tratado de resolver estableciendo estándares que puedan ser razonablemente exigidos ante los tribunales, o traduciendo las finalidades sociales generales en metas más específicas que puedan a su vez traducirse en algunas acciones cuyo cumplimiento o no sea más fácil de determinar. Al momento de hacer esa traducción de los estados de cosas o fines a

²⁴ Al respecto ver Juan Antonio Cruz Parceró, “On the Structure of Social Rights Norms. A Commentary on Robert Alexy’s Structural Scheme”, que aparecerá en las Memorias del Congreso Mundial de la IVR, Lund, (en prensa).

ciertas acciones específicas y exigir su cumplimiento, lo que estamos defendiendo o demandando es la aplicación o falta de aplicación de una norma de acción. En todo intento de hacer cumplir las aspiraciones más generales contenidas en un derecho social, es decir, en todo esfuerzo que se haga por cumplir con una finalidad social abstracta, se tendrá que traducir tal finalidad (estado de cosas) a ciertas acciones concretas y llevarlas a cabo; el cumplimiento de las finalidades más abstractas sólo puede darse gradualmente. Puede ser motivo de discusión el problema de si una vez hecha la traducción se considera conveniente o no exigir individualmente tales acciones. Pero, como dije antes, no creo que el que un derecho se exija individualmente frustré necesariamente el fin social que puede estar detrás.

3. El león no se contradice

La respuesta que proporciona Atria a la pregunta que se hace sobre la existencia de los derechos sociales, tiene dos problemas: el primero es que su afirmación de que son una contradicción en los términos no es tan evidente. Supongo que la contradicción a la que alude es entre el interés individual que implica, según él, reclamar un derecho y la idea de interés general que está detrás de las aspiraciones que fundan los “derechos sociales”. Como vimos, los argumentos de Atria para llegar a tal conclusión se basan en un concepto de derecho subjetivo que lo identifica con la acción procesal y con la idea de que un interés social se opone por definición a un interés individual, esto es, todo interés individual es egoísta. Si uno no acepta todas estas premisas no hay tal contradicción. El león puede hablar de derechos sociales sin contradecirse. El segundo problema es que Atria sostiene que para evitar su conclusión de que existe una contradicción en los términos, “debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (**Atria: 15**). Esto sugiere que para él mismo hay una forma de entender los derechos que no es autocontradictoria. Por tanto, habría una respuesta afirmativa a la pregunta sobre la existencia de los derechos sociales que se apoya en el concepto político de derechos:

En vez de hacer alusión a los derechos subjetivos que los individuos tienen o deben tener(,) la noción política de *derechos* (humanos, naturales, etc.) afirmaba que *ciertos* bienes (libertad, igualdad ante la ley, educación, protección de la salud, etc.), eran

especialmente importantes en el sentido fundacional identificado más arriba. Es perfectamente coherente utilizar el lenguaje de los derechos como lenguaje *político* y no jurídico. El sentido *político* de la expresión “ w tiene derecho (humano, natural, etc.) a x ” puede perfectamente ser “un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a w el goce de x ”. Pero como hay muchas maneras a través de las cuales x puede ser garantizado, es perfectamente posible que w goce de x sin que la forma jurídica a través del cual se le garantice sea un *derecho subjetivo* a x . (Atria: 33)

Atria distingue entre un concepto moral, uno jurídico y otro político de los derechos. Como se puede observar en la cita, el concepto político de los derechos sociales hablaría de la ilegitimidad del poder del Estado si no asegura a una persona un derecho social. Sin embargo, tal parece que este concepto político adopta el modelo relacional simple de los derechos, modelo criticado por él mismo como individualista. No logro ver entonces cuál es la verdadera alternativa para el socialismo; bajo sus mismas premisas uno podría decir que esta visión política es individualista y hace depender la legitimidad del Estado no de intereses generales, sino del interés particular de un individuo: un Estado es ilegítimo si a una persona (w) no se le asegura el goce de un bien (x). De este modo tal parece que este concepto político comparte con el concepto moral y el jurídico la idea central del recorte de la situación de dos personas que implica un juicio sobre la justicia de una acción, sólo que en este caso uno de los sujetos, el deudor, es el Estado.

Considero que esto no debe tomarse como un argumento para ir más allá de la tesis de Atria y sostener que hablar de derechos sociales, en cualquier sentido, es autocontradictorio. Al contrario, una teoría de los derechos debe distinguir entre el uso moral, el jurídico y el político de los derechos. Mantener la identidad de términos sugiere necesariamente que existe algo común a estas nociones, es decir, “tener un derecho” implica tener en cualquiera de las concepciones una razón especial para hacer algo y/o reclamar algo de otros. Esta razón está apoyada en alguna regla o principio; “tener un derecho” es una manera de concretar tales normas y los valores que protegen. Es imposible entender tanto la historia de los derechos como el lenguaje contemporáneo de los derechos si nos empeñamos en adoptar una concepción reductivista de ellos.

En las últimas décadas se ha escrito mucho sobre la existencia y fundamentación de los derechos morales, no voy a tratar aquí este tema, sobre todo porque me parece que al respecto no hay ningún desacuerdo con Atria. Dentro de esta clase de los derechos morales hay que contemplar a los derechos humanos, un tipo especial de derechos morales con pretensiones de universalidad. El concepto jurídico de derechos incluye los derechos fundamentales, es decir, derechos con una jerarquía especial que suelen servir para reconocer jurídicamente los derechos humanos y establecer como derechos algunos otros valores y fines sociales considerados importantes; incluye también los derechos privados y los públicos, los derechos políticos y los derechos prestacionales (sociales) de diversos tipos. Las garantías procesales para asegurar judicialmente los derechos son a su vez concebidas como derechos en la medida en que facultan a las personas o ciertos grupos para poner en marcha dicha protección.

El concepto político de derechos está estrechamente relacionado con los anteriores conceptos, pero habría que delimitar su ámbito. Habría que comenzar por no confundirlo con los llamados derechos políticos que son aquellos derechos del ciudadano con capacidad de obrar, como el derecho al voto, de acceder a cargos públicos, etc. La concepción política, como señala Atria, alude a la justificación del poder, aunque no sólo del poder del Estado, sino de otros poderes supraestatales, al orden internacional, etc. Esta justificación del poder implica tanto marcarle límites como requerir su acción, esto es, le fija deberes negativos y positivos. Es posible entonces comprender que, por ejemplo, un derecho humano lo podamos incluir en la tres categorías, dependiendo de en qué aspecto nos centremos, si nos centramos en las razones morales que están detrás y que lo justifican, en el tipo de regulación jurídica que existe para reconocerlo y protegerlo, o en las exigencias de hacer o no hacer que implica hacia los poderes políticos y económicos. Cuando hablamos de derechos sociales las tres concepciones tienen sentido; no son autocontradictorias, ni se excluyen unas a otras.

4. ¿Los derechos muerden?

En la última parte de su trabajo Atria hace suyas algunas objeciones que se han hecho en contra del lenguaje de los derechos. El discurso liberal de los derechos, desde hace tiempo, ha sido sometido a distintos tipos de críticas.

Por un lado, tenemos las críticas de los propios liberales donde encontraríamos, por ejemplo, tanto las discusiones entre los liberales conservadores y los liberales igualitarios, cuyas teorías excluyen o incluyen los derechos sociales, así como críticas conceptuales de ciertos presupuestos o características que el iusnaturalismo solía atribuirles a los derechos; por ejemplo, el carácter de absolutos que se les atribuía a ciertos derechos se ha puesto en duda y ahora se prefiere hablar del carácter *prima facie* de los derechos. Muchas de estas discusiones han contribuido a tener hoy día mejores teorías de los derechos y abandonar la vieja teoría iusnaturalista junto a una serie de presupuestos y consecuencias que se derivaban de ella. Por otro lado, tenemos las críticas radicales, aquellas que ponen en entredicho la concepción liberal de los derechos. Estas concepciones -cuyo origen son las críticas antiiluministas que aluden a las viejas acusaciones de excesiva abstracción, de responder a los intereses de cierta clase (la burguesía), así como de ser ahistoricistas-, provienen hoy día principalmente de los comunitaristas, algunas feministas y, en distintos grados, de autores republicanos.²⁵

El tema de la relación entre derechos y comunidad ha sido el punto de partida de la crítica comunitarista a la doctrina liberal. Los comunitaristas sostienen que, al invocar derechos, se asume una concepción hobbesiana de la persona, esto es, como individuos esencialmente competitivos, que no tienen vínculos sociales específicos entre ellos, cuya identidad es independiente de la de los demás y que no tienen deberes positivos de ayudarse los unos a los otros. El comunitarismo sostiene que la identidad de las personas está constituida por la comunidad a la que pertenecen; que los lazos sociales que los unen son esenciales para determinar su personalidad. Se trataría, en palabras de Taylor, de una oposición entre modelos atomistas y holistas, de los *yos* “desvinculados” frente a los *yos* “situados”.²⁶

De acuerdo con el comunitarismo, la función de los derechos es proteger los intereses de un individuo en contra de adversarios potenciales. Pero en una comunidad genuina no existen adversarios porque sólo existen intereses comunes. Por tanto, si los derechos son necesarios en algunas sociedades, es

²⁵ Véase mi artículo “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, UNED-UAM, No. 18, Madrid, 2001, pp. 41-59.

²⁶ Charles Taylor, “Equívocos: el debate liberalismo-comunitarismo”, en su libro *Argumentos filosóficos*, Piados, Barcelona, 1997, p. 241.

porque tales sociedades no son realmente una comunidad ya que, en una comunidad genuina, no hay lugar para el lenguaje de derechos.²⁷ Como afirma Taylor: "...insistir en derechos claramente definidos puede crear distancia en una familia unida".²⁸ Este tipo de ideas son las que retoma Atria al final de su trabajo, cuando sostiene que las relaciones basadas en la solidaridad, como el matrimonio, la amistad, ¡la ciudadanía! y los derechos sociales, no pueden traducirse sin pérdida al lenguaje de los derechos. Apoyándose en Weil sostiene que:

"tengo un derecho..." o "no tienes derecho a..." (...) evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda. Ubicar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos (**Atria: 54**).

Los derechos son entonces vistos como "armas de defensa", y afirma Atria otra vez citando a Weil, "siempre son afirmados en tono de contienda; y cuando ese tono es adoptado debe estar apoyado por la fuerza, de otro modo sería motivo de burla" (**Atria: 54**). O como sostienen Holmes y Sunstein, dos republicanos, los derechos "tienen dientes", muerden, pueden ser peligrosos para la sociedad.²⁹

Este tipo de críticas tienen razón sólo en la medida en que constatan que en ciertas ocasiones, cuando se legalizan cierto tipo de relaciones sociales y se usa el lenguaje de los derechos, hay que distinguir, por una lado, entre la existencia de derechos y obligaciones que pueden justificarse y, por otro, la conveniencia de plantear los problemas que surgen y su forma de resolverlos en otros términos que no sean apelando a tales derechos y obligaciones ni a través de acciones procesales. Un ejemplo que me parece más claro que algunos de los casos citados por Atria, es el de las relaciones entre médicos y pacientes. No tenemos por qué negar la existencia (justificación) de derechos del paciente y de obligaciones de los médicos, otra cosa es discutir la conveniencia de resolver

²⁷ Lo que habría entonces que objetarle a Taylor es la idea de que pueda en realidad existir lo que llama una "comunidad genuina".

²⁸ *Ibid.*, p. 242.

²⁹ Ver Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, Norton, Nueva York, 1999.

a través de demandas judiciales y de acusaciones penales los conflictos que se presentan cotidianamente entre médicos y pacientes. Existen buenas razones de interés general para buscar otras vías de resolución de este tipo de conflictos, ya que por ejemplo hay estudios que demuestran que la merma de la confianza en la relación médico-paciente, producto de las demandas civiles y las acusaciones penales, suele repercutir en la elevación de los costos del tratamiento y entorpece el desarrollo de nuevos tratamientos.³⁰ Como se ha mostrado, las instancias de negociación y arbitraje médico suelen evitar o atenuar tales resultados.

Lo que me parece importante de estas críticas al lenguaje de los derechos consiste en exigir un uso racional o razonable del mismo y pueden verse como una reacción contra un uso exagerado, injustificado, tanto de la retórica de los derechos como del abuso de los medios judiciales para exigirlos. La demanda de buscar mecanismos de control para evitar el abuso al reclamar derechos me parece muy pertinente.³¹

Como afirma Platts, “lejos de promover los enfrentamientos sociales, los discursos defendibles sobre los derechos son más bien una manifestación de la búsqueda del ideal de solidaridad social, de una sociedad moralmente decente”.³²

Epílogo

Podría decir, a modo de conclusión, que tanto el león como nosotros podemos estar tranquilos porque lo podemos entender si sus aspiraciones

³⁰ Ver Mark Platts, *Sobre usos y abusos de la moral*, Piados, México, 1999, pp. 113-114.

³¹ Ver Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *op. cit.*, pp. 99-112. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, explican la figura del *abuso del derecho*. Es interesante ver cómo esta figura puede ser utilizada para ese control que necesitamos hacer del ejercicio de los derechos. El caso que explican es el de la propiedad privada y observan cómo este derecho, esta institución, es compatible con fuertes restricciones respecto del tipo de bienes que pueden apropiarse, las libertades y poderes normativos que pueden ejercerse, y la acumulación desigualitaria de la propiedad; “el propio principio de autonomía que opera como razón justificativa última de la propiedad privada opera también como razón para el establecimiento de limitaciones (o cargas) a la misma: buena parte de los esquemas en que consiste el Estado social pueden verse, justamente, como mecanismos de transferencia hacia los más desfavorecidos, con el fin precisamente de asegurar a estos el *quantum* de propiedad necesario para poder llevar una existencia autónoma”, p. 53.

³² *Ibid.*, p. 108.

igualitarias las trata de presentar como derechos. Esto no significa que el derecho sea totalmente dúctil y que cualquier demanda pueda ser traducida al lenguaje de los derechos, seguramente las demandas más totalitarias, visiones que suprimen el valor del individuo, etc., no quepan dentro de este lenguaje. Pero las aspiraciones comunitarias basadas en la solidaridad, la igualdad, la dignidad, etc., están por una parte ya contempladas en las razones que justifican a los derechos humanos y otros derechos fundamentales, cualquier otra consideración de este tipo, si es lo suficientemente importante, puede servir para modelar el alcance de los derechos y las formas en que socialmente decidimos protegerlos. Habrá también que reconocer que no todo lo que es moralmente deseable o lo que es justo es un asunto de derechos. Tenemos que rechazar, pues, el uso injustificado de la retórica de los derechos, pero no hay que confundir ese uso injustificado con la existencia de varias concepciones de los derechos, la moral, la política y la jurídica. El proyecto crítico de explicar las deformaciones que el discurso jurídico puede hacer de ciertas aspiraciones sociales, no tiene por qué rechazarse, pero habrá que pedirle que no exagere.