

Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales

Fernando Atria*

There is no such thing as a free lunch
M. Thatcher

“¿Existen derechos sociales?” es un artículo que va en contra de lo que rápidamente se está estableciendo entre nosotros como la ortodoxia constitucional. Una de las consecuencias más satisfactorias de ir contra la ortodoxia es que uno se ve expuesto a la crítica aguda e inteligente. En este caso esta última tarea ha corrido a cargo de Carlos Bernal y Juan Antonio Cruz (separó la contribución de Roberto Gargarella que mencionaré después). Por las razones que explicaré, creo que esas objeciones de Bernal y Cruz en definitiva no tienen éxito, pero no por eso contestarlas ha dejado de ser un ejercicio no sólo exigente sino también estimulante. Es el tipo de ejercicio que en estos días de masificación de la enseñanza superior (algo que debe ser celebrado, por supuesto), de preocupación por los *outputs*, de medición de la calidad y la productividad, etc., se hace cada vez *menos* característico de la labor académica. Hay que celebrar la existencia de espacios como el ofrecido por *Discusiones*, y agradecer la oportunidad de utilizarlos.

En lo que sigue, deseo hacer algunas observaciones a las réplicas de Carlos Bernal (“Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”) y de Juan Antonio Cruz (“Leones, lenguaje y derecho”). Tanto Bernal como Cruz creen que es posible utilizar el lenguaje del derecho sin por eso verse constreñidos a aceptar las restricciones estructurales del mismo. A cierto nivel, por lo tanto, la respuesta es nada menos que la de Margaret Thatcher: “there is no such thing as a free lunch”.

* El autor agradece el apoyo del Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (FONDECYT), del Gobierno de Chile, al proyecto del cual este artículo es parte (Proyecto 1010461, concurso regular 2001).

Bernal: los derechos sociales y la separación entre el derecho y la política

El artículo de Bernal tiene dos partes: la primera objeta en diversos puntos el argumento presentado en el artículo original. En la segunda enfrenta el problema de los derechos sociales en sus propios términos y, en un apretado e instructivo *tour de force*, expone, comenta y critica la manera en que se ha intentado concebir desde el derecho la idea de derechos sociales. Aquí deseo seguir una estructura similar: comenzaré, por ello, con algunas escaramuzas preliminares referidas a la primera parte del texto de Bernal y luego me concentraré en la segunda y más sustantiva. Ello porque espero poder mostrar que la historia que Bernal nos cuenta sobre el camino seguido por la dogmática constitucional alemana en definitiva apoya la tesis de “¿Existen derechos sociales?”.

Algunas escaramuzas preliminares

Bernal identifica incorrectamente la tesis central de ese artículo. Él cree que ahí se defiende una tesis que afirma “la imposibilidad absoluta de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos” (108). De hecho, él cree que esta tesis es “derivada” de “la crítica [contenida en ese artículo] contra la posibilidad de fundamentar el carácter de derechos subjetivos de los derechos sociales en la concepción socialista” (*ibid*). Más adelante expresa la misma idea de otro modo, cuando resume sus objeciones en una conclusión que él cree que es polémica: “puede concluirse que de la crítica a la fundamentación socialista de los derechos sociales no puede derivarse una negación del carácter jurídico de éstos” (115). En realidad, habiendo identificado así la tesis que quería combatir, Bernal no necesitaba nada más para responder al argumento: es evidente que del hecho de que desde *una* perspectiva no pueda fundamentarse algo no puede seguirse la *imposibilidad absoluta* de fundarlo. Pero esta tesis no la he sostenido en ningún momento. De hecho, en “¿Existen derechos sociales?” sostuve que había (al menos) dos maneras de entender los derechos sociales: como derechos a un mínimo, que es la manera en que la tradición liberal (cuando muestra simpatía por los derechos sociales) los entiende, y como derechos que manifiestan la idea de igualdad, por lo que no

buscan, para decirlo con las palabras de Marshall, subir el nivel del subterráneo del edificio social sino igualar (al menos en ciertas dimensiones) todas las construcciones, pretendiendo en definitiva transformar los rascacielos en bungalows¹. En su esfuerzo por responder al argumento Bernal recurre precisamente a lo que yo he identificado como una noción “liberal” de derechos sociales (aunque él la refiere al estado social), como derechos que persiguen la “satisfacción de las necesidades básicas” (110). Como lo ha mostrado Stephen Holmes², los autores clásicos de la tradición liberal habrían estado de acuerdo con Bernal (aunque quizás por otras razones) en que la sociedad no puede “dejar la satisfacción de las necesidades básicas, que comienzan por la alimentación, a los resultados del azar económico” (*ibid*).

Que su concepto de derechos sociales no permite fundar los programas que constituyen la variante socialdemócrata del estado de bienestar³ lo muestra su insistencia en que “en lo posible, las prestaciones públicas deben ser temporales y deben estar encauzadas a conseguir que los sujetos beneficiarios desarrollen su propia autonomía” (112). ¿Por qué los servicios públicos de salud o educación debieran ser temporales? La respuesta es que en principio ellos son necesarios porque algunos ciudadanos están injustamente desmejorados, y por eso se justifica concurrir con un programa de emergencia en su ayuda. Esto corresponde a una visión liberal en tanto la comunidad se hace cargo de “mantenerlos alejados de la necesidad extrema, en tanto carezcan de medios para subsistir de otra manera”, como decía Locke⁴. Pero no puede justificar una comprensión de programas públicos de provisión de servicios de salud o educación por ejemplo, que sea entendido como una manifestación de la forma de comunidad que estamos construyendo, una en que ciertos aspectos de nuestra existencia son preocupación de todos y no preocupación de cada uno. El Estado socialdemócrata de bienestar no se concibe a sí mismo como proveyendo de recursos para paliar emergencias que se entienden al menos en principio como transitorias, sino como lisa y llanamente *decomodificando* ciertas esferas de interacción ciudadana⁵, en

¹ Véase el artículo principal, texto que acompaña n. 49.

² *cf.* *ibid.* n. 45.

³ *cf.* *ibid.* n. 49.

⁴ *ibid.*

⁵ Véase G. Esping-Andersen: *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Oxford: Polity Press, 1990).

las cuales entonces nos encontramos no como sujetos de mercado sino como ciudadanos iguales. Es esta visión la que Bernal no sólo no puede notar, sino que no nota que no puede notar.

Por supuesto, el argumento no objeta que Bernal sea liberal y no socialista. Por eso es importante recordar que lo que estamos discutiendo es en parte una cuestión de derecho constitucional a la luz de la filosofía política, no una cuestión de filosofía política a secas. La diferencia es importante porque el argumento, entonces, no necesita ser uno sobre los méritos de estas diferentes concepciones de lo político y la vida comunitaria. La constitución pretende permitir la expresión de todas las visiones políticas (con la limitación mencionada en la nota 76 del artículo principal que no es relevante aquí, porque es satisfecha por ambas concepciones), y es aquí donde aparece la cuestión que estamos discutiendo: una concepción de la ciudadanía y los derechos que permita la neutralidad de la constitución es preferible, desde el punto de vista del propio constitucionalismo, a una que privilegia a una de ellas silenciando a la otra. Es aquí donde resulta extraordinariamente relevante que Bernal no pueda formular sino una de esas concepciones, y no “note ni note que no nota” que no hace justicia a la otra.

Por esto la crítica de Bernal parece ser una instancia de, antes que una réplica a, el problema identificado en “¿Existen derechos sociales?”, que es que los derechos sociales entendidos como derechos que manifiestan una forma distinta de comunidad política, una en la cual la igualdad es valiosa, no pueden ser expresados en el lenguaje de los derechos subjetivos. Si esto es verdad, sin embargo, entonces es necesario concluir que una noción de ciudadanía concebida primariamente en términos de derechos subjetivos no deja espacio para una concepción socialista de la ciudadanía, y en este sentido la excluye. Ésta es la tesis central de mi artículo, y la respuesta de Bernal no parece contener argumentos que nos deban llevar a dudar de ella.

Bernal tiene otras objeciones más puntuales al argumento de “¿Existen derechos sociales?” que es interesante considerar. Una de ellas se dirige contra la tesis, sostenida en ese artículo, de que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es una distinción entre derechos cuyo contenido pasivo puede ser identificado mirando sólo a la posición del titular del derecho y derechos cuyo contenido pasivo no es identificado por la determinación de su contenido activo. La distinción, a mi juicio, es importante porque si ella es correcta entonces podemos entender por qué los derechos civiles y políticos pueden ser traducidos a un lenguaje individualista, en tanto en su formulación

no hay referencia a la vida en comunidad. Bernal objeta la plausibilidad de esta formulación: “¿Cómo puede acaso especificarse el contenido pasivo de una libertad, sin presuponer la existencia de otros individuos capaces de vulnerarla y sin presuponer algunos posibles tipos de vulneraciones?” (100 n11). Luego insiste en este punto, cuando afirma que ambos tipos de derechos “presuponen un individuo situado, porque de lo contrario sería imposible predicar la existencia de deberes correlativos de abstención a cargo del destinatario del derecho” (115).

Bernal aquí confunde dos cuestiones: una relativa a las condiciones del discurso moral y jurídico, otra relativa a la especificación del contenido de los conceptos jurídicos y políticos. Respecto de la primera, en cualquier versión de las “circunstancias de la justicia” humanas aparece la pluralidad: es obvio que si no hay pluralidad de individuos la pregunta por la justicia (y los derechos, en cualquier versión, tienen algo que ver con la justicia) no se plantea. Pero el argumento de “¿Existen derechos sociales?” no es uno sobre las circunstancias de la justicia, porque como discute el concepto de derechos asume al menos la pluralidad. La tesis se refiere al segundo problema, a la diversa forma de determinación del contenido de los derechos. Tratándose de derechos de primera generación al especificar el *contenido* del aspecto activo del derecho el aspecto pasivo queda especificado: del hecho que *x* tenga derecho a la libertad negativa se sigue que todos y cada uno de los individuos restantes tienen el *deber* de no interferir con la conducta lícita del otro (*desde luego*, si *x* está solo en el universo esto es irrelevante, pero este hecho no hace irrelevante decir que en sus tratos con cualquier *otro* todos éstos tendrán el deber correlativo). Bernal, aparentemente sin notararlo, se encuentra de bruces con esta diferencia cuando mira los catálogos de derechos y nota que, tratándose de derechos sociales, “la disposición que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho”. En esto, dice Bernal, los derechos sociales se diferencian de los derechos “de libertad”, por cuanto “en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta” (116)⁶.

⁶ Voy a ignorar aquello de que tratándose de los derechos de libertad la conducta debida es una abstención. La cuestión de si el deber correlativo a un derecho de libertad tiene como contenido una acción o una omisión es una cuestión contingente y por lo tanto teóricamente irrelevante. Véase *loc. cit. supra* n. 1, n. 13.

En otras palabras: tratándose de “derechos de libertad”, y a diferencia de los derechos sociales la especificación del aspecto activo del derecho es suficiente para especificar el aspecto pasivo.

Los derechos sociales entre el derecho y la política

En la segunda mitad de su artículo, Bernal instructivamente discute cinco concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Aquí Bernal analiza agudamente, siguiendo los pasos de la dogmática constitucional alemana, algunos de los más importantes intentos para desarrollar un concepto de los derechos sociales que de cuenta de la “diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad” (117) sin por eso concluir, como “¿Existen derechos sociales?”, que ellos sólo pueden ser entendidos políticamente. Al contrario, de lo que se trata en estos intentos es de hacer “viable una concepción [de los derechos sociales] como derechos subjetivos”, una que permita su “aplicación jurídica” (*ibid*).

Si el argumento desarrollado en mi artículo original es correcto, estos intentos deben estrellarse, como el de Abramovich y Curtis, con la forma del derecho⁷. Quiero aprovechar esta ocasión para intentar explicar esto de otro modo. Para que podamos hablar de la aplicación jurídica de un concepto lo primero que es necesario es que ese concepto sea susceptible de ser aplicado jurídicamente, es decir, mediante una forma de razonamiento que pueda ser entendida como *jurídica*. El razonamiento jurídico, por su parte, tiene como condición la existencia de una cierta autonomía del razonamiento moral y político. En otras palabras, él requiere la distinción entre lo jurídico y lo político o moral.

Antes de continuar, es importante destacar que esta afirmación no pretende ser particularmente polémica: no se basa en ni supone (i) que los conceptos jurídicos pueden o deben ser mecánicamente aplicados; (ii) que ellos pueden ser aplicados sin recurrir a consideraciones morales o políticas; ni (iii) que las opiniones morales o políticas del aplicador son irrelevantes al momento de aplicar el derecho. Es posible aceptar, en su justa medida, todo lo anterior y seguir insistiendo en la necesidad de una *relativa* autonomía del razonamiento jurídico del razonamiento moral o político como condición de

⁷ *cf. loc. cit. supra* n. 1, §14.

existencia del primero (si decidir una cuestión desde el punto de vista jurídico es exactamente lo mismo que decidirla moral o políticamente, entonces no hay nada interesante que decir aquí sobre el derecho y el razonamiento jurídico). Esta autonomía, aunque sea relativa, es a lo que alude el propio Bernal cuando parte en búsqueda de un concepto de derechos sociales que no sea “un mero decisionismo en cabeza del tribunal constitucional” (121).

Ahora bien, la historia que narra Bernal comienza entendiendo precisamente que las normas que consagran derechos sociales no pueden satisfacer esta condición, y deben por eso ser entendidos como “disposiciones constitucionales programáticas”. En efecto, quienes sostienen esta concepción de los derechos sociales lo hacen porque creen que

la adopción de medios o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto político y no de interpretación constitucional. La fijación de medios o estrategias de acción para el logro de los objetivos sociales presupone efectuar una composición de intereses de los grupos que resultan afectados, apropiarse recursos financieros para el efecto – que en condiciones normales de escasez de fondos públicos implica decidir acerca de la prioridad de las inversiones presupuestarias – y crear infraestructuras técnicas y burocráticas. Estas decisiones son típicamente políticas (120).

El argumento aquí, al que como veremos Bernal no hace justicia, es que en la determinación del contenido de los derechos sociales no es posible distinguir entre lo político y lo jurídico, y por consiguiente lo jurídico no es posible. La razón por la que la distinción no es posible es la razón ofrecida en el artículo principal: como la caracterización del aspecto activo de los derechos no es suficiente para caracterizar su aspecto pasivo, la positivación de los derechos sociales deja tan abierta como estaba antes la cuestión de cuáles son “los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos de prestación” (121). Pero la discusión abierta sobre los medios adecuados para lograr esas finalidades (en breve: el más alto bienestar posible de la población) es la discusión política.

De lo anterior se sigue que es incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su “indeterminación” (119). No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, “indeterminados” en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez *en tanto juez*. Yo no creo que el artículo 19 N° 10 de la constitución chilena (reconociendo “el derecho a la educación”) sea “indeterminado”: él exige un sistema público de educación

no sólo mínimamente decente, sino aproximadamente igual en calidad al sistema privado. Otros chilenos piensan (también sin ver mayor “indeterminación” en el artículo 19 N° 10) lo contrario. Entre nosotros hay un desacuerdo, y si a alguien le interesa saber yo estoy convencido de que ellos están equivocados. La cuestión no es si yo (o ellos) creo que el art. 19 N° 10 es *indeterminado*, sino cuál es el tipo de discurso que puede redimir mi pretensión de que están equivocados. La tesis defendida aquí y en el artículo principal es que no es una forma de razonamiento jurídico sino político (la cuestión, por supuesto, no es reducible a una de etiquetas, como si lo que estuviéramos discutiendo fuera la correcta manera de usar la palabra “derecho” o “jurídico”. Se trata, por el contrario, de si hemos de entender ese desacuerdo como uno respecto del cual hay *algunos* - *e.g.* los abogados, juristas y jueces - que tienen en razón de su conocimiento del derecho, de su manejo de lo que Coke llamaba “la razón artificial del derecho”, una voz epistémicamente privilegiada).

Las consideraciones anteriores también muestran lo anunciado más arriba, que Bernal no hace justicia a la idea de que ciertos enunciados constitucionales son “programáticos”. Él hace equivalente “obligar” con “ser exigible jurisdiccionalmente”, y por eso concluye que las disposiciones constitucionales programáticas “no obligan sino que facultan al legislador” (119). Lo que es discutible aquí, y que Bernal nunca hace explícito, es qué es lo que él entiende por “obligación”. Es evidente que algunos estándares jurídicos obligan incluso si no hay un juez que pueda controlar su cumplimiento, incluso si no hay ninguna sanción jurídica contra su incumplimiento: basta considerar la situación de la Corte Suprema cuando falla un recurso de casación en el fondo. ¿Está obligada por el Código Civil, o éste es programático para ella? O considérese la situación en que quedarían las disposiciones constitucionales que reconocen derechos sociales si fueran efectivamente exigibles: ¿cómo evitar la conclusión de que ellas son programáticas para el tribunal constitucional? En realidad, ¿por qué Bernal no concluye que un tribunal constitucional no está vinculado por la constitución? Es falso decir que “la concepción de las normas de derechos de prestación como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al Legislador” (118), o que esa concepción despoja a los derechos sociales de “toda su fuerza vinculante” (121). No les niega *cualquier tipo de, todo* carácter

vinculante. Sólo les niega *uno*: el que se sigue de aceptar que los abogados y jueces tienen un status privilegiado frente a los ciudadanos que el legislador representa para determinar cuáles son los medios que mejor expresan el tipo de comunidad que los ciudadanos están construyendo.

Una última cuestión sobre la manera en que Bernal entiende la concepción de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos sociales como “disposiciones programáticas”: ella no necesita considerar “a la libertad negativa como único objeto digno de protección por parte de los derechos” (119). La concepción de los derechos sociales como normas programáticas sólo devalúa los derechos sociales, como sostuve en el artículo principal, si uno al mismo tiempo sostiene una teoría *legalista* de la política, en la que la deliberación y el conflicto político sólo tienen relación con las cuestiones poco importantes de la vida social. En esta visión, las cuestiones importantes están removidas del ágora política y entregadas a especialistas en derecho, a lo que Bentham llamaba “Judge & Co”. Una teoría democrática en realidad considera a los derechos sociales como *demasiado* importantes como para dejarlos entregados a la sabiduría práctica de los juristas solamente, a Professor & Co.

En todo caso, después de haber desechado la concepción de los derechos sociales como disposiciones constitucionales programáticas, Bernal parte a la búsqueda de algún concepto que, junto con dotar a los derechos sociales de (parte de) la exigibilidad característica de los derechos subjetivos, pueda mantener cierta autonomía, es decir, que no se disuelva en razonamiento moral o político.

Pero estas dos condiciones son estrictamente incompatibles. En cada uno de los puntos donde se detiene él llega a la misma conclusión. Así, Bernal considera primeramente la posibilidad de entender que las normas constitucionales que consagran derechos sociales sean “normas de programación final”, es decir, normas que fijan los fines que el Estado debe perseguir, pero no el modo en que debe hacerlo. El problema, como Bernal nota, es que “es en el seno del Parlamento en donde debe llevarse a cabo una deliberación” sobre cuáles son los modos en los cuales deben perseguirse los fines constitucionales (123). A pesar de esto, la concepción de los derechos sociales como normas de fines sería un avance sobre la de las normas programáticas porque ahora el Estado está vinculado a los fines, aunque no a los medios.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene decir que hay vinculación a los fines pero no a los medios? (recuérdese que para Bernal “vinculación no protegida jurisdiccionalmente” es una contradicción en los términos). Ninguno a menos que pueda mostrarse algún aspecto de la vinculación a fines que no sea reducible a vinculación a medios, es decir, alguna parte del contenido de las normas de fines cuya aplicabilidad sea independiente de la deliberación sobre los fines: “dicho en otros términos, de lo que se trata es de identificar uno o varios medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial” (123). Si hay algún medio implicado directa y forzosamente por el fin, entonces sería posible decir: el mandato que ordena el fin impone el medio necesario para su cumplimiento, y deja libre a su destinatario la elección de los demás fines. Y desde luego, quienes han creído ver en las normas que consagran derechos sociales normas de programación final creen que pueden identificar un “contenido esencial del fin” (124). La identificación de este contenido esencial sería una cuestión jurídica. La elección de los demás medios sería una cuestión política. Pero como Bernal señala, la distinción misma no se sostiene sino en una petición de principios: el contenido esencial es el mínimo vinculante para el legislador, pero ya sabíamos que el contenido vinculante para el legislador era sólo ese contenido esencial. La noción de contenido esencial, declara Bernal, “es sólo un artificio argumentativo que enmascara el decisionismo” (126)⁸.

Si no son normas de fines, Bernal examina la (tercera) posibilidad: que las normas constitucionales que consagran derechos sociales sean “mandatos jurídicos dirigidos al legislador y la administración” (128). El contenido de este mandato, sin embargo, está sujeto a lo que la administración y el legislador decidan, con lo cual parece que estamos hablando de disposiciones programáticas. Pero esta concepción, como la segunda, pretende negar esta conclusión afirmando que pueden identificarse ciertos medios que resultan obligatorios para el legislador. A diferencia de ella, sin embargo, esta tercera concepción “proporciona por lo menos un criterio para poder identificar cuáles son los medios que resultan obligatorios para el legislador” (129). Este criterio

⁸ Después de haber dispuesto así de esta concepción de los derechos sociales, Bernal, haciendo un balance, afirma que ella tiene “varias ventajas” frente a la concepción anterior. La principal es “que hace efectivo el carácter vinculante de dichas disposiciones” (125). Pero en realidad, por las razones que él mismo ha mostrado, esta concepción no hace vinculante sino el decisionismo del tribunal constitucional.

operaría *jurídicamente*, por lo que aplicarlo no sería lo mismo que decidir cuáles son los medios más convenientes. El “criterio” incluye: (1) prohibición de la “desatención evidente y grosera” y (2) “prohibición de retroceso social” (*ibid*).

¿Es o no es retroceso social reemplazar un sistema de pensiones de reparto (en virtud del cual las cotizaciones pagadas por los que actualmente están trabajando financian las pensiones de los actualmente jubilados) por uno de capitalización individual (en el cual cada trabajador acumula en su cuenta individual una cantidad que constituirá, al momento de jubilarse, su pensión)? La respuesta es: si uno es de derecha, es un avance; si uno es de izquierda, un retroceso⁹.

Lo mismo puede decirse del primer elemento del criterio. Aquí la función de asegurar la relativa autonomía que haga posible al razonamiento jurídico se le asigna a la exigencia de que la desatención sea “grosera y evidente”: debe tratarse, en otras palabras, de una desatención cuya identificación no exija juicio político, porque si exige juicio político ella no será sino “decisionismo del tribunal constitucional”. Lo que los adjetivos “grosera y evidente” hacen es *precisamente* excluir el desacuerdo político. Pero como se refieren a situaciones en las cuales no hay desacuerdo, se refieren a casos que podemos ignorar. En efecto, los ejemplos imaginados por Bernal son instructivamente irrelevantes:

la demolición de todos los hospitales, el cierre de las facultades y la quema de libros de medicina, la desaparición de la seguridad social, y la distribución de productos alimenticios destinados a enfermar a la población (132).

Estos casos son irrelevantes porque precisamente en la medida en que se trata de desatenciones groseras y evidentes no son realistas: si tomamos en

⁹ Más adelante Bernal parece aceptar que la noción de “retroceso social” no sirve para los fines que persigue, porque ella está restringida “sólo a aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer el ‘contenido esencial’ de los derechos sociales” (136), y ya sabemos que para Bernal la idea de “contenido esencial” es “es sólo un artificio argumentativo que enmascara el decisionismo” (véase *supra*, texto que acompaña n. 8). El argumento de Bernal aquí es uno que también es formulado por Alexy, que sostiene que sólo porque tratándose de los derechos sociales hay diversos medios para alcanzar los fines la norma que obliga al fin no obliga a ningún medio en particular. Por consiguiente, si un determinado fin sólo puede ser alcanzado mediante un medio, “la estructura del derecho a prestación es igual a la del derecho de defensa” R. Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), traducido por E Garzón, 47. He explicado las razones por las que creo que la argumentación de Alexy no es convincente en F. Atria, “La constitución y la contingencia de lo político” de próxima aparición en *DOXA* (2004).

cuenta que estamos hablando de cómo deben ser entendidos los derechos sociales en el contexto de un sistema democrático, podemos descartar la decisión gubernamental de distribuir productos alimenticios *para* enfermar a la población. Eso no porque podamos ser ingenuos respecto de los gobiernos democráticos, sino porque esas medidas no prosperan gracias a los resguardos institucionales que Bernal ignora en toda su discusión (que son precisamente los mecanismos a través de los cuales funciona la vinculatoriedad de las disposiciones programáticas): en el hecho de que los gobernantes deben defender sus programas frente a la opinión pública, que los parlamentarios deben ser reelegidos, etc¹⁰. No estoy diciendo que medidas inconvenientes no pueden prosperar en un sistema democrático: sólo estoy sosteniendo la mucho más sensata tesis de que medidas “grosera y evidentemente” perjudiciales no prosperarán.

Y si prosperan..., bueno, el significado político de que prosperen es que ellas no son en el sentido que Bernal requiere groseramente absurdas. ¿Es la distribución de alimentos modificados genéticamente una instancia de “distribución de productos alimenticios destinados a enfermar a la población”? ¿Es la reforma a la seguridad social en la que, con el argumento (políticamente discutible, como siempre) de prevenir el colapso del sistema, se elimina un sistema público de pensiones y se reemplaza por uno de capitalización individual, una instancia de “desaparición de la seguridad social”? ¿Es la disminución del gasto en salud impuesta por condiciones negociadas desde una posición de debilidad con el Fondo Monetario Internacional equivalente a la “demolición de todos los hospitales”? Éstas son las cuestiones que nuestras comunidades políticas deben enfrentar, y no los ejemplos fantásticos de

¹⁰ Estos mecanismos de control de la vinculatoriedad de las disposiciones constitucionales programáticas dependen, en cuanto a su eficacia, del nivel de legitimidad que el texto constitucional tenga. Si la disposición de que se trata es una que tiene poca legitimidad pública la presión política para respetarla será menor que si tiene mucha. El nivel de legitimidad de la constitución es una variable que es aquí, entonces, altamente relevante; ¿por qué una constitución que es percibida por muchos (pero no suficientes) ciudadanos como opresiva debe quedar a salvo de la acción política? Es menos probable que las disposiciones programáticas de la constitución chilena se cumplan que que se cumplan las de la constitución española. En Chile sería inconcebible que una manifestación contra el terrorismo como las que siguieron en España al atentado del 11 de marzo de 2004 se realizara invocando la constitución. Tratándose de constituciones que carecen de legitimidad el principal argumento para defender la rigidez relativa de las constituciones, que ellas representan el acuerdo del “pueblo sobrio” que decide atarse como Ulises para prevenir las consecuencias de sus “momentos de locura”, no es aplicable.

Bernal. Pero en la medida en que haya posiciones políticas al menos sustentadas en argumentos estas medidas no implicarían desatención grosera y evidente; quizás por eso Böckenförde sostiene, en una afirmación que le vale la crítica de Bernal, que los derechos sociales como mandatos objetivos no aparecen ante el ciudadano, porque cuando se trata de desatención grosera y evidente la queja del ciudadano no será que se están afectando sus derechos sociales sino que se le está perjudicando irracionalmente¹¹.

Luego (cuarta concepción) Bernal considera la posibilidad de entender los derechos sociales como “derechos definitivos”. Esos derechos, sin embargo, no son derechos de igualdad: no exigen que el sistema educacional sea igualitario en vez de ser un sistema de transmisión del privilegio (como ocurre en varios de nuestros países), porque para satisfacerlos basta un mínimo de actividad legislativa, la satisfacción del mínimo existencial y el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales (136).

La noción de *mínimo legislativo* cumple la misma función que la ya analizada de “desatención grosera y evidente”: excluir el desacuerdo político, y por las mismas razones anteriores es irrelevante¹². La “prohibición de retroceso” ya fue analizada y desechada. Sólo queda la de “mínimo existencial”. Pero aquí volvemos al punto de partida. En efecto, de los derechos sociales sólo queda la referencia al mínimo: si una persona recibe en el sistema público de educación una educación que lo habilita para sobrevivir, ese sistema educacional satisface los derechos sociales aunque el sistema sea, como dije, un sistema de transmisión del privilegio.

La imposibilidad de dar a los derechos sociales un contenido jurídicamente adjudicable y políticamente relevante lleva a Bernal a

¹¹ Bernal cree que “sólo mediante un lenguaje muy cargado de retórica” se puede sostener que el “legislador incumple arbitrariamente el Derecho, cuando no lleva a cabo la prestación que es objeto de una obligación positiva” (130). Bernal no parece notar que lo que cuenta como “incumplimiento de la prestación” no es sólo “no llevar a cabo la prestación” sino no hacerlo de modo “grosero y evidente”, es decir: precisamente no cuenta como incumplimiento de la prestación una desatención que no sea evidente o grosera. No veo por qué a Bernal le parece un exceso retórico decir que actúa arbitrariamente el gobierno que declaradamente fomenta un programa de repartición de alimentos contaminados “con la finalidad de enfermar a la población”.

¹² De hecho, cuando la inactividad legislativa puede ser justificada ella no afecta el derecho social: esa es una “prohibición *prima facie*” (137). Pero ¿no era ésta una concepción de los derechos como definitivos? ¿son derechos ‘definitivos-*prima facie*’?

abandonar el intento de fijar un contenido de los derechos sociales que pueda ser adjudicado jurídicamente y a adoptar una estrategia diferente: ahora se le asigna a los derechos sociales su contenido *máximo*. En efecto, ahora los individuos (quinta concepción) tienen derecho

no a un mínimo sino a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para el cubrimiento de sus necesidades básicas (140).

Pero, como dije en el artículo principal, lo que un argumento inteligente da, el derecho lo quita: si el individuo tiene derecho a todos los bienes materiales necesarios para su desarrollo, ese derecho no puede sino ser “*prima facie*”. Más adelante volveré sobre este nuevo (o, como veremos: muy viejo) concepto de ‘derecho’, porque creo que es lo que Cruz tiene en mente cuando habla de un derecho-como-un-todo. Pero por ahora me interesa la manera en que Bernal alega que deben ser entendidos los derechos sociales: como derechos *prima facie*, sujetos siempre a lo que denomina el “principio de proporcionalidad”: Pero ese máximo no es exigible al Estado de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan, y así se demuestre mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente (*ibid*).

Todo el peso ahora recae sobre el principio de proporcionalidad. Pero el principio de proporcionalidad oscila entre los dos polos que hemos venido comentando: o es trivial, porque sólo excluye medidas irracionales que carecen completamente de justificación (y es por lo tanto políticamente irrelevante), o es un juicio que no puede ser un juicio jurídico sino es un juicio político, es decir, un juicio que debe tomar en cuenta todas las consideraciones aplicables (sin exclusión) y decidir sobre su balance.

En efecto, el principio de proporcionalidad, en la versión defendida por Bernal (que sigue, entre otros, a Alexy) se divide en tres sub-principios:

(a) El de *idoneidad*, que exige que el Estado actúe persiguiendo “un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo” (142): una acción o inacción legislativa o administrativa es constitucional si ella está “justificada por la necesidad de atender a otros fines constitucionalmente legítimos” (143). Nótese que la expresión “constitucionalmente legítimos” es redundante: todos los fines legítimos del Estado son fines constitucionales, aunque no estén mencionados en la constitución (la constitución chilena no menciona la mantención de una inflación baja como un fin constitucional: ¿no puede el Estado seguir políticas restrictivas del gasto para prevenir la inflación?

Tampoco menciona - otras si lo hacen - el pleno empleo: ¿no puede seguir políticas expansivas?¹³). El contenido del sub-principio de idoneidad es: es condición necesaria para que el Estado actúe legítimamente que persiga un fin legítimo. No es que hayamos avanzado mucho.

(b) El de *necesidad*, conforme al cual

una omisión estatal absoluta o relativa es inconstitucional, cuando exista otra omisión u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin constitucionalmente legítimo del Legislador o de la Administración por lo menos con la misma intensidad, y a la vez permita una mayor realización del derecho social (143).

O sea que el Estado actúe racionalmente: que entre dos medidas, una de las cuales es Pareto-óptima y otra que no lo es, prefiera la que lo es. De nuevo, no es que necesitemos de los derechos sociales para exigir que el Estado actúe racionalmente.

Nótese que estos dos sub-principios son como los conceptos examinados más arriba, que se refieren sólo a casos en los cuales no hay desacuerdo político. Como en las controversias políticas reales hay tal desacuerdo, estos principios no bastan. Y esta última afirmación es prácticamente tautológica: que haya una controversia política real *significa* que no bastan los sub-principios de idoneidad y de necesidad. En efecto, estos sub-principios tienen cláusulas que los hacen aparecer más neutrales de lo que son (es decir, más susceptibles de aplicación jurídica y no puramente política o moral). Ello porque los sub-principios, que parecen puramente descriptivos, están calificados por conceptos que cumplen la función de purgar el desacuerdo político, de modo que si hay desacuerdo el sub-principio no basta: ya hemos visto que “fines constitucionalmente legítimos” son todos los fines legítimos. Pero adicionalmente: ¿cuándo una medida

¹³ La mejor manera de probar esto es preguntando a quien lo objete que mencione un fin que sea a su juicio legítimo pero inconstitucional. Esto apunta a una característica especial de la constitución, que explica por qué ella no puede ser considerada “derecho” en el mismo sentido que una ley ordinaria lo es: sobretodo en lo que se denomina su “parte dogmática”, parte importante del contenido de sus disposiciones es percibido como no-contingente, en el sentido de que la constitución contiene ciertas cuestiones con prescindencia de su lenguaje. Creo que esto se explica porque cuando se trata de interpretar la constitución como una ley lo que Dworkin llama “la lectura moral de la constitución” es inevitable. Esto no es una razón para que nos hagamos todos moralistas, sino para que rescatemos una visión democrática de la constitución como derecho en un sentido especial (la visión de la constitución que subyace, por ejemplo, a la idea de las disposiciones programáticas, cuando ésta es correctamente entendida). He discutido este tema en Atria, “La constitución y la contingencia de lo político”, de próxima aparición en *DOXA* (2004).

está justificada por la “necesidad de atender” a un fin legítimo? ¿Cuando dos programas satisfacen “con la misma intensidad” un fin legítimo? Si hay acuerdo en que dos medidas satisfacen un fin deseable en la misma intensidad, *entonces* es racional utilizar la menos gravosa; si hay acuerdo en que cierta finalidad es ilegítima, entonces es sensato no perseguirla, etc. Al hacer referencia a estos calificativos, los dos primeros sub-principios resultan ser políticamente triviales. Y por eso todo el trabajo del principio de proporcionalidad lo hace en realidad el tercer sub-principio, (c) el de proporcionalidad en sentido estricto. Una medida administrativa o legislativa que persigue un fin legítimo viola el principio de proporcionalidad en sentido estricto

si los beneficios que implica para dicho fin no compensan los sacrificios que la no satisfacción del derecho social implica (143).

Pero aquí no hay espacio para la distinción entre el razonamiento jurídico y el moral o político: creer que una medida es moralmente justificada o políticamente adecuada *es* creer que ella es proporcional: ¿justifica el respeto a la libertad de enseñanza, garantizada por el art. 19 N° 11 de la constitución chilena, un sistema educacional que en cuanto a sus efectos, asegura la transmisibilidad del privilegio, afectando gravemente (de acuerdo a algunas interpretaciones) el derecho a la educación del art. 19 N° 10? Yo estoy convencido de que no, pero esa es mi convicción política (no estoy devaluándola al calificarla de esa manera: al contrario), y no pretendo tener ninguna capacidad especial para discernir la respuesta correcta a esa pregunta *en tanto abogado o jurista* (eso no quiere decir que no esté convencido que la respuesta negativa es *verdadera*: por eso no estamos aquí hablando de vaguedad o indeterminación).

En definitiva, el *tour de force* de Bernal es una espléndida demostración del argumento de “¿Existen derechos sociales?”: los derechos sociales, o son derechos a un “mínimo existencial” o no pueden estar dotados de la operatividad jurídica que caracteriza a los derechos subjetivos.

Cruz Parceroy y el ‘modelo de análisis’ de los derechos subjetivos

El mismo problema que afecta al argumento de Bernal puede apreciarse en el de Cruz. Cruz parece estar de acuerdo con el argumento de “¿Existen derechos sociales?” de que los derechos sociales, si son entendidos como el derecho privado entiende los derechos subjetivos, no pueden ser derechos *sociales*. A cierto nivel, como veremos, nuestro desacuerdo es del mismo y

novedoso tipo que el desacuerdo entre Kelsen y Hart (según Kelsen, narrado por Hart¹⁴), porque mientras yo estoy de acuerdo con él, él no está de acuerdo conmigo. Pero en realidad *hay* desacuerdo porque, para Cruz, eso no dice nada sobre los derechos sociales sino sobre el uso de un inadecuado concepto de derechos subjetivos. Él entonces propone reemplazar ese concepto por otro que permita entender los derechos sociales sin traicionar su contenido social. El concepto alternativo propuesto por Cruz es el concepto de derechos *prima facie* discutido por Bernal como quinta concepción de los derechos sociales. Hemos visto ya que esa concepción tenía dos elementos: un concepto de derechos sociales como derechos a un máximo de prestaciones y una mediación entre el derecho y su aplicación a través del principio de proporcionalidad. Ya he explicado por qué a mi juicio el principio de proporcionalidad no puede ser un concepto jurídico: porque carece de la autonomía necesaria frente al discurso moral o político. Simétricamente, el concepto de derecho subjetivo de esta concepción no puede ser un concepto jurídico, y aunque quizás el argumento sea en algún sentido una reiteración de lo ya dicho, creo que vale la pena explicitar por qué.

Pero Cruz hace también otras observaciones, cuya suerte no está necesariamente vinculada a la del argumento anterior. Por consiguiente, seguiré la misma estrategia que antes: después de unas breves escaramuzas preliminares, comentando algunas de estas observaciones, enfrentaré derechamente lo que a mi juicio es el principal argumento de Cruz.

Más escaramuzas

El artículo de Cruz sugiere muchas cuestiones interesantes, y no podré referirme a todas ellas. Antes de discutir lo que entiendo como su tesis central, quisiera aquí discutir tres objeciones más puntuales:

La distinción entre ‘tener un derecho’ y ‘tener una garantía’. Cruz cree que yo he cometido el error de “identificar a los derechos subjetivos jurídicos con las acciones procesales para demandar el cumplimiento de un deber” (83). Esto *es* efectivamente un error, y yo ciertamente parezco incurrir en él al decir

¹⁴ H. L. A. Hart: “Kelsen visited” (1968), en H L A Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 287.

que

que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión *quiere decir* [...] que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término (§14).

Aprovecho esta ocasión para corregir la ambigüedad de la expresión: el significado de lo que antecede a la expresión en cursiva no es idéntico al de la que le sigue. El “quiere decir” debe entenderse del modo que lo entenderíamos al decir “que Juan haya dejado de respirar quiere decir que está muerto”. En esta última expresión el significado de la expresión que antecede a “quiere decir” no es idéntico al de la que le sigue. El “quiere decir” aquí significa que lo que antecede a esa expresión es signo (bastante) inequívoco de lo que le sigue. Entendido así, estaría dispuesto a seguir manteniendo mi expresión del §14. Que el derecho no reconozca acción a una determinada pretensión es signo inequívoco de que esa pretensión no es un derecho subjetivo en el sentido propio del término (“propio” aquí quiere decir “jurídico” porque eso es lo que ese párrafo estaba discutiendo: las consecuencias de entender un derecho “conforme a la técnica de los derechos subjetivos”). Derecho subjetivo y acción judicial para exigir su cumplimiento son dos cosas distintas, pero para el derecho van siempre juntas¹⁵. De ahí la observación que sigue a la citada:

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 (*ibid*)¹⁶.

La distinción que Cruz quiere hacer entre derecho y acción es, sin embargo, más radical: “no tenemos que ver en [la acción procesal] la única forma de garantizar un derecho y quizá, en el caso de los derechos sociales, tampoco la más adecuada” (85).

¹⁵ *cfr.* J. Dabin; *El Derecho Subjetivo* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), traducido por F J Osset, 121-128.

¹⁶ El pago del deudor de una obligación natural, desde luego, está justificado jurídicamente: el deudor no tiene derecho a repetir lo pagado. Por lo tanto es posible decir que *algo* del derecho subjetivo queda cuando es removida la acción: todo lo que mi afirmación del §14 requiere es aceptar que no queda lo que es la característica más distintiva. En términos hohfeldianos, sólo queda una libertad desnuda: el deudor no tiene el deber de pagar, y el acreedor tiene precisamente un no-derecho a recibir el precio; el complemento de esto (que identifica a la *obligatio naturalis*) es una libertad del acreedor que recibe el pago voluntario, quien carece a su vez del deber de restituir. Pero como Cruz dirá, una sola posición hohfeldiana no basta para constituir un “derecho genuino” (77), y en ese sentido el acreedor de la *obligatio naturalis* no tiene un derecho subjetivo. Sobre este punto preciso, véase Dabin, cit. supra n. 16, 122s.

Lo anterior es plenamente compatible con la tesis de “¿Existen derechos sociales?” pero es importante hacer una salvedad: si los derechos son entendidos por referencia al paradigma constituido por el concepto de derecho subjetivo (en sentido jurídico) los derechos sociales siempre serán devaluados en tanto ellos no pueden gozar de la marca que distingue a los derechos que el derecho protege: la acción procesal. Y por eso la expresión al inicio del párrafo citado: en derecho, la forma triunfa la sustancia.

Una concepción política de los derechos. Cruz se pregunta qué es lo que caracteriza una concepción política de los derechos. Ante mi afirmación 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*’ (§9),

Cruz objeta:

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*) (93).

Pero en esta parte yo no estaba intentando distinguir una concepción socialista de una liberal de los derechos, sino sólo intentando “enfaticar que en sus principios la noción de ‘derechos (naturales)’ no era parasitaria de la noción de derecho (subjetivo)”. Cruz cree que mi afirmación: ‘un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a *w* el goce de *x*’ todavía implica “un recorte de la situación de dos personas que implica un juicio sobre la justicia de una acción” (93), pero no veo cómo interpreta el texto: yo entiendo que esa afirmación no necesita implicar más que una condición de legitimidad de una asociación. En todo caso, Cruz tiene razón en que la concepción indicada todavía es una visión individualista, pero el argumento central de esa parte estaba en la oración que sigue a continuación:

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* (§9).

Si en estos términos uno quisiera articular una visión socialista, tendría que decir algo así como ‘una comunidad política verdaderamente humana es una cuyos miembros asumen comunitariamente el deber de asegurar *w* a *x*’.

Volveré sobre este tema al comentar la contribución de Roberto Gargarella a este volumen.

Igualdad como pretensión universal. Cruz cree que enfatizar la importancia política de la idea de comunidad es contrario a la pretensión de univerversalidad de la igualdad: “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” (88). Si el argumento que he tratado de formular no dejara espacio para la dimensión internacionalista, para una idea universal de común humanidad, sería seriamente deficitario. Afortunadamente eso no es así. No veo por qué habría uno de creer que por el hecho de ser el ser humano un tipo de ser que sólo puede florecer en comunidad uno tiene que concluir que no puede decirse nada sobre la igualdad humana universal. El argumento sobre la importancia de la comunidad vale en todos los casos: para todos los seres humanos es verdad que sólo pueden florecer como tales participando de prácticas y viviendo bajo instituciones que presenten ciertas características (la más obvia de las cuales, que cito sólo para dar una idea de la forma de argumento, es la que falla el mercado: que no castiguen los impulsos no auto-interesados de las personas). Esta es una idea de común humanidad mucho más fuerte, a mi juicio, que la contradictoria “pretensión de igualdad aunque sea respecto de un mínimo”, la pretensión de igualdad que es satisfecha cuando no hay gente que se muera de hambre ni sea analfabeta. Por supuesto (esto no debería ser necesario decirlo) es importante y valioso acabar con el hambre y el analfabetismo. Pero la pretensión universal de igualdad, fundada en la noción de común humanidad, exige más que esto. Y la afirmación de que ella sólo puede lograrse viviendo en cierto tipo de comunidades no la hace no-universal. De modo que, aunque estoy de acuerdo con la imputación de ingenuidad que hace Cruz a quienes creen que muchos 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” (89), no veo quién es aquél en contra del cual esa imputación se dirige.

Inflación de derechos. Una última cuestión preliminar. Cruz objeta (85) la afirmación de J Shklar, recogida en el artículo principal, de que hay ciertos bienes que pueden ser caracterizados como derechos (en sentido político) a pesar de que no puedan ser protegidos por el derecho como derechos subjetivos coactivamente exigibles. La razón que da Shklar, y que molesta a Cruz, es que

“incluso si no es posible hacer que el derecho [al trabajo] sea completamente respetado, la conciencia del derecho puede tener un efecto político” (86). La razón por la que esta tesis es objetable, según Cruz, es doble: en primer lugar, es inconsistente con la tesis, definida en el artículo principal, del “rechazo a que ciertas formas de socialización basadas en nociones de solidaridad sean traducidas al lenguaje de los derechos” (86). La respuesta es esto es simple: lo que esas formas de socialización no pueden resistir es la caracterización *primaria* de sus participantes como portadores de *derechos subjetivos*, y el §16 argumenta precisamente que el uso político de los derechos (en el discurso, por ejemplo, de los disidentes de Pinochet que apelaban a los derechos humanos, o de los negros en Estados Unidos que apelaban a sus derechos civiles) puede evitar este problema, si entendemos que “derechos humanos” significa “de importancia constitutiva, fundacional para la comunidad política”. La segunda objeción de Cruz es que la afirmación de Shklar es inconveniente en sus propios términos, porque “justificaría la inflación que padecemos al querer convertir cualquier tipo de reivindicación política en un asunto de derechos” (*ibid*). Aquí Cruz diagnostica incorrectamente las causas de tal inflación. Por supuesto no es inflacionario defender un concepto de derechos humanos de acuerdo al cual sólo los bienes de importancia fundacional, constitutiva, son tales (es como decir que es inflacionario vender un bien valioso en un alto precio). Lo que es inflacionario es la creencia, tan característica de nuestros tiempos *new age*, post-modernos, de que hay almuerzos gratis, de que conceptos con historia pueden significar exactamente lo que el hablante quiere, de que al decir que algo es un derecho subjetivo no estamos asumiendo la historia del concepto de derecho subjetivo, de que si algo es justo entonces debe haber un medio de garantizar que lo obtendremos, de que en política hay cosas que pueden ser removidas de la contingencia.

El ‘modelo’ de derecho subjetivo y los derechos-como-un-todo

Cruz objeta que “base mi análisis” en lo que él denomina “modelo relacional simple” de los derechos (73). De acuerdo a Cruz, los derechos, en este modelo, son analizados como una relación simple entre dos personas, por lo que todo enunciado sobre derechos asume la forma “*a* tiene frente a *b* un derecho *G*”, una “que consiste en analizar la relación entre dos sujetos respecto

a un objeto” (74). Pero esta es una visión empobrecida de los derechos, porque hoy no es correcto creer que todos los derechos son reducibles a relaciones “simples” como ésta. El error de “¿Existen derechos sociales?”, de acuerdo a Cruz, es no haber utilizado un concepto suficientemente sofisticado de los derechos, uno que fuera más allá del modelo relacional. El modelo preferido por Cruz es el propuesto por R Alexy, que se refiere a los “derechos como un todo”.

Antes de considerar la propuesta de Cruz, es útil considerar la cuestión de por qué Cruz cree que la respuesta al argumento de “¿Existen derechos sociales?” está en el “modelo” de derecho subjetivo utilizado. Para Cruz, las objeciones principales de ese artículo a la idea de derechos sociales son consecuencia del modelo empleado. Ellas fluyen de la tesis expresada en el §6 del artículo original:

Tener un 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.

Cruz cree que la tesis crítica defendida en “¿Existen derechos sociales” se sigue de esta caracterización del derecho subjetivo, y que esta caracterización del derecho subjetivo a su vez se sigue del ‘modelo relacional simple’. Si el modelo relacional simple es reemplazado, entonces podemos evitar la conclusión de que “todos los juicios de valor implicados en los enunciados sobre derechos resulten precisamente de ese *recorte* de la situación de dos personas” (76). Evitando esta conclusión, Cruz puede evitar la conclusión de que la idea de derecho subjetivo es necesariamente individualista.

Al primero de los puntos de Cruz, de que el argumento de “¿Existen derechos sociales?” descansa sobre el ‘modelo relacional simple’, ha lugar, al menos en cuanto eso implica que no podemos identificar un derecho sin saber quién es su titular, quién (o quiénes) los deudores y cuál es el contenido de la obligación. La tesis de ese artículo es efectivamente que *para el derecho* los derechos subjetivos siempre responden a ese modelo. Por eso entender los derechos sociales como derechos en el sentido jurídico es asumir el ‘modelo relacional simple’.

Para cambiar la concepción de un concepto, sin embargo, no basta querer cambiarla. El ‘modelo relacional simple’, según Cruz, es “para muchos propósitos [...] de mucha utilidad” (76). Lo que Cruz debe mostrar es que es inadecuado para el análisis jurídico, y para eso comienza señalando que no

puede dar cuenta ni siquiera de los derechos reales, en los cuales no hay un acreedor y un deudor sino un conjunto de derechos similares pero independientes de una sola persona (o grupo) frente a algunas personas que constituyen una categoría amplia e indefinida (76).

Aquí, a mi juicio, hay un malentendido: lo que es importante en el argumento de “¿Existen derechos sociales?” es que la identificación completa del contenido de un derecho consiste en la identificación del titular del mismo, del sujeto obligado por él y del contenido de la obligación impuesta. Para poder identificar adecuadamente un derecho real como el de dominio sobre una cosa, por ejemplo, necesitamos desde luego saber quién es el titular del mismo y qué obligaciones tienen en virtud de ese derecho qué personas. El hecho de que el sujeto pasivo del derecho de dominio sea universal no es objeción¹⁷. Desde este punto de vista, no hay diferencia entre los derechos reales y personales, ni respecto de los otros derechos que menciona Cruz: el derecho a la vida, a la libertad de expresión y a la educación.

En realidad, no es claro cuál es la diferencia entre la concepción ‘relacional simple’ y la del derecho-como-un-todo. Al introducir esa noción, Cruz insinúa que es una de complejidad. Los derechos presentarían una dimensión de complejidad que el modelo ‘simple’ es incapaz de capturar: 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 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 (76).

Pero desde luego, el hecho de que ninguna de las posiciones hohfeldianas baste por sí sola para constituir un ‘derecho genuino’ no quiere decir que la

¹⁷ El hecho de que el sujeto pasivo sea universal no es objeción, porque el derecho no requiere que el deudor de un derecho sea *determinado*: le basta que sea *determinable*. Así, por ejemplo, conforme al art. 1461 del Código Civil chileno la cantidad de un cierto género que en virtud de un contrato se debe a la otra “puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas que sirvan para determinarla”. Si el contenido no es determinable, no hay contrato válido. Lo mismo ocurre en el caso de los derechos reales: en la descripción del contenido de mi derecho de dominio sobre una cosa no debo hacer una lista de los deudores del deber de abstención o de los sujetos a mi potestad, etc. pero la identidad de esas personas es fácilmente determinable. Si todo lo que el dueño pudiera decir respecto de su derecho de dominio fuera “algunos tienen la obligación de no interferir (etc)”, entonces no tendría un derecho subjetivo.

noción de derecho subjetivo no sea analizable en términos hohfeldianos. La propiedad, por ejemplo, incluye típicamente (entre otros) una *libertad* hohfeldiana (el dueño no tiene por regla general el deber de hacer algo en particular con su cosa), un *derecho* hohfeldiano (correlativo de un deber general de no interferencia), una *potestad* hohfeldiana (el dueño puede alterar unilateralmente la situación normativa de cualquier persona, porque puede levantar el deber correlativo a su derecho), una *inmunidad* hohfeldiana (los actos de disposiciones realizados por terceros son inoponibles al dueño, por regla general) etc¹⁸. Para analizar, entonces, la ‘propiedad como un todo’, es necesario recurrir a varios elementos hohfeldianos, pero eso no muestra la insuficiencia del lo que Cruz denomina el ‘modelo relacional simple’. Sólo muestra que para describir completamente el concepto de propiedad debemos recurrir a varias posiciones hohfeldianas.

Más adelante, sin embargo, Cruz opone el modelo simple, en el cual un derecho es “el resultado de un juicio de valor” al modelo inclusivo, en que además de ser tal cosa los derechos son “criterios de valoración” (78)¹⁹. Sobre la base de esta oposición me parece que podríamos intentar entender la noción de Cruz de derecho-como-un-todo y su relevancia para la presente discusión. Un derecho-como-un-todo sería un derecho identificado antes (o: con prescindencia) de determinar cuáles son las posiciones hohfeldianas que él justifica o requiere. Es en este sentido que el derecho a la educación, por ejemplo, puede ser reconocido como un derecho de titularidad universal: al afirmar que todo ser humano tiene derecho a la educación estamos expresando

¹⁸ Es interesante comparar la cláusula “por regla general” o “normalmente” que debe ser insertada en la descripción de estas posiciones hohfeldianas con la cláusula “prima facie” que incorporan todos los derechos-como-un-todo, según Cruz. No son equivalentes. La cláusula que yo he usado es simplemente una abreviación, y sirve para hablar en general acerca de algo que cambia de país en país: si este texto fuera parte de un tratado sobre el derecho chileno de la propiedad no sería aceptable dejar las cosas ahí. En principio, sin embargo, es posible reemplazar esas cláusulas con descripciones más o menos genéricas de las situaciones en las que el dueño tiene el deber de utilizar su cosa en un sentido determinado, o en que los actos de disposiciones de un tercero obligan al dueño, etc. La cláusula “prima facie” es distinta: no es posible siquiera en principio caracterizar las situaciones en las que el derecho cede.

¹⁹ Debo decir que en este aspecto la distinción entre los derechos en el modelo “relacional simple” y el de los “derechos-como-un-todo” no me resulta clara: los derechos en el primer modelo no sólo son “el resultado de un juicio de valoración” sino también son, desde luego, “criterios de valoración”: al reconocer el derecho la libertad negativa estamos introduciendo un criterio de valoración que nos permite calificar las interferencias de otros con la libertad del titular del derecho como justa o injusta, etc.

que es valioso que todos reciban educación, manteniéndonos (por el momento) agnósticos respecto de si el reconocimiento del ‘derecho a la educación como un todo’ justifica o requiere una libertad hohfeldiana (*e.g.* la ausencia de un deber de recibir una educación en particular - por ejemplo religiosa), o un derecho hohfeldiano (a ser educado, con la correlativa obligación de alguien de proveer lo necesario), etc.

Si esta interpretación de la noción de derecho-como-un-todo es correcta, entonces, podemos ver que el concepto de derecho-como-un-todo es el concepto pre-moderno de *ius* (lo que no es extraño, porque lo que hoy se denomina ‘neoconstitucionalismo’ es una teoría pre-moderna del derecho²⁰). Un derecho, en esta concepción, no es una posición individual (*i.e.* un poder o un interés individual protegido por el derecho), sino, como dice M. Villey, una “creación segunda del Arte jurídico, imaginario, ‘incorporal’, la porción que es adjudicada [...]. El *ius* es el lote que os toca”²¹, lo que en definitiva corresponde en justicia a alguien. O, como dice B. Tierney, explicando la tesis de Villey

Lo mismo ocurre con la famosa definición de Ulpiano de la función de la justicia - dar a cada uno lo suyo (*suum ius cuique tribuere*). Aquí de nuevo pareciera que estamos haciendo referencia a la idea moderna de derechos inherentemente individuales. Pero Villey afirma que *ius* aquí tiene un significado diferente. Se refiere a la porción justa de, lo que en justicia es debido a, una persona en una estructura establecida de relaciones sociales, que varían de acuerdo al status y rol de cada persona. Villey dice que el *ius* de un parricida era que lo metieran en un saco con víboras y lo arrojaran al Tiber²².

Ahora podemos, espero, ver por qué la noción de Cruz de derecho-como-un-todo es relevante para nuestra discusión. En efecto, si ‘derecho’ significa lo que según Villey *ius* significaba para los romanos, es decir, ‘lo que corresponde

²⁰ *cfr.* F. Atria, “La ironía del positivismo jurídico” de próxima aparición en *DOXA* (2005).

²¹ M. Villey: “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, en M. Villey: *Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), 164. “Creación segunda” porque al decir que alguien tiene un derecho (en el sentido romano de *ius*), según Villey, estamos expresando la *conclusión* de un argumento jurídico, no una premisa. Hay aquí un interesante paralelo con la idea romana de *regula iuris*, que también era una conclusión y no una premisa: por eso los romanos decían que *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*, “el derecho no surge de la regla, sino la regla del derecho” (D 20.17.1). Véase al respecto F. Atria: “A Roman Puzzle”, en 34 *The Irish Jurist* (1999), 276-299, y F. Atria: *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002), cap 6.

²² Tierney: *The Idea of Natural Rights* (Atlanta, GA: Scholars Press, 1997), 16.

en justicia', entonces no podemos decir que la noción de derechos recorta la situación de dos personas (dos *partes*, diría ahora para evitar confusiones) de modo que sea posible emitir un juicio sobre la justicia de una acción sin mirar, en principio, más allá que a la relación de deudor y acreedor. No es posible determinar lo que 'corresponde en justicia', lo que es 'lo suyo de cada uno' sin tomar en cuenta todas las consideraciones relevantes desde el punto de vista de la justicia. Por eso las formulaciones de derechos-como-un-todo son *prima facie*, dice Cruz. Al decir que *x* tiene derecho a la educación estamos diciendo que ser educado corresponde en justicia a *x*, pero esa afirmación no es definitiva: es posible que atendidas las circunstancias no sea justo obligar a alguien a dar educación a otro, o que sea justo que ciertas personas reciban *más* educación que otras, etc. Por eso el lenguaje de los derechos introduce 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 (80).

Y por esto el lenguaje de los derechos-como-un-todo no necesita ser individualista.

Que exista, entonces, un derecho-como-un-todo quiere decir que hay algo que es bueno, valioso, necesario, socialmente útil y va en el bien público: en breve, que corresponde en justicia. Ahora, esta noción de derechos corresponde a lo que en el artículo principal denominé 'concepción política'. El argumento era que este modo de entender los derechos no puede ser juridificado²³. Al juridificar un derecho éste debe ser individualizado, asignado a un titular y

²³ ¿Y los romanos? ¿No es el argumento que el concepto de 'derecho-como-un-todo' es el concepto de *ius* del derecho romano? ¿Cómo puede decirse que *ese* concepto no puede ser juridificado? Esta pregunta tiene dos respuestas: la primera, y más simple, es que los conceptos jurídicos pre-modernos pueden funcionar en el contexto de un derecho pre-moderno, pero que de eso no se siguen que puedan hacerlo en un sistema jurídico moderno. La diferencia fundamental, en este respecto, entre el derecho moderno y el pre-moderno es que éste debe, a diferencia de aquél, compensar por el fraccionamiento del discurso moral característico de la modernidad (este fraccionamiento es el discutido de modo brillante en A. MacIntyre: *After Virtue. A Study in Moral Theory* (London: Duckworth, 1985)). Por eso el derecho moderno requiere más formalidad que el derecho pre-moderno. La segunda respuesta es que, como está dicho (*supra*, n. 21), el concepto romano de *ius* era conclusión, no premisa del razonamiento jurídico: no cumplía la función que hoy creemos que los derechos cumplen, es decir, la de justificar deberes ulteriores. Lo que no es posible es juridificar la noción romana de *ius* y mantener la creencia de que tener un derecho es fuente de deberes para alguien.

hacerlo independiente de las consideraciones de justicia generales. Un ejemplo de esto lo constituye el artículo de Bernal, en particular su segunda parte. Para que los enunciados sobre derechos sociales dejen de ser enunciados programáticos, ellos deben ser recreados como estándares susceptibles de aplicación a través del discurso jurídico. En otras palabras, ellos deben ser transformados, debe asignárseles un contenido que no depende de las ideas morales (*i.e.* políticas) de cada uno. Deben ser *recortados* del resto del mundo moral (político), en el sentido de que la determinación de su contenido no puede quedar sujeto a la respuesta de la pregunta de qué es lo que corresponde en justicia. Por eso los intentos, de los que da cuenta Bernal, de asignar a esos derechos *algo* que no dependa de esa respuesta: la prohibición de “inactividad absoluta”, de desatención “evidente y grosera” o “de retroceso”, el respeto al “mínimo esencial”, etc (ya hemos visto que la idea de “ponderación” no satisface esta exigencia). Todos estos son esfuerzos por hacer de los derechos conceptos jurídicamente operativos, porque la sola apelación a la justicia (o a cualquiera de los otros conceptos a los que se refiere Cruz) es jurídicamente insuficiente: si el Código Civil dispusiera que los contratos son válidos sólo en la medida en que sean ‘buenos, valiosos, necesarios, socialmente útiles y vayan en el bien público’ entonces no habría derecho de contratos²⁴. Si la regla fuera que el vendedor tiene derecho a recibir el precio sólo si corresponde en justicia, tomando todo en cuenta, que el vendedor reciba el precio, entonces no podríamos decir que el contrato es fuente de una obligación: la fuente de la obligación sería la justicia, no el contrato. Si la constitución hace *jurídicamente* relevantes los derechos-como-un-todo, los *iura*, entonces no hay

²⁴ *Caveat lector*: el argumento no es, desde luego, que el derecho no puede hacer referencia a la justicia y la moral. El artículo 1461 del Código Civil chileno no es particularmente original cuando declara que es inválido el contrato que tiene como objeto un hecho “moralmente imposible”, que es el que es “contrario a las buenas costumbres o al orden público”; el art. 1467, por su parte, declara inválida “la promesa de dar algo en recompensa de un [...] hecho inmoral”. Pero nótese que la referencia a la moral, las buenas costumbres o el orden público no es referencia pura y simple a la justicia, la moral o la conveniencia: es una referencia ‘recortada’, y todo abogado sabe (sin perjuicio de que pueda haber desacuerdo) qué tipos de valoraciones son las que pueden ser aducidas para impugnar un contrato por objeto o causa ilícita. Lo que, según el argumento del texto, acabaría con el derecho de contratos sería una regla que declarara inválido cualquier contrato que, en cualquier aspecto, no fuera ‘bueno, valioso, necesario, socialmente útil y vaya en el bien público’.

autogobierno democrático. Cruz entonces debe elegir: o una concepción de los ‘derechos-como-un-todo’ que no implica ningún recorte, pero que por eso debe carecer de operatividad jurídica, o una concepción de los derechos subjetivos que es jurídicamente operacional, y que en consecuencia requiere algún recorte.

En otras palabras, Cruz está intentando transitar una ruta que es tan delgada que a mi juicio es intransitable: él quiere decir que los derechos no recortan la situación de deudor y acreedor, porque ella queda todavía expuesta a la manera en que se aplican otras consideraciones, sin por eso decir que una persona sólo tiene un derecho sólo cuando le corresponde en justicia y equidad, todas las cosas consideradas. Pero *there is no such thing as a free lunch*: la noción moderna de derecho subjetivo *nace* cuando *ius* deja de significar ‘aquello que corresponde en justicia’²⁵, y sólo por eso puede convertirse en una de las nociones centrales del derecho moderno. El argumento de “¿Existen derechos sociales?” es que la noción de derechos no puede ser jurídicamente operativa *y al mismo tiempo* permitir la expresión de la idea política que subyace a ella en la tradición socialista y republicana. El argumento de Cruz, de que es necesario reemplazar la noción de derecho subjetivo por la de derecho-como-un-todo, parece expresar *la misma* tesis que ese artículo, si no fuera porque a Cruz no le parece suficiente que la noción de derecho opere a través de la deliberación y el conflicto político. Pero introducir al discurso jurídico la noción de derechos-como-un-todo, es decir, una noción de derechos de acuerdo a la cual éstos sólo afirman la justicia, bondad, corrección o conveniencia de que una determinada finalidad sea obtenida, es renunciar al derecho como un instrumento del autogobierno democrático.

“¿Existen derechos sociales?” no llega tan lejos, porque pretende hacer posible el derecho sin que excluya la política y la política sin que excluya al derecho. Entender el concepto político de derechos fundamentales (humanos, etc.) como lo hace el derecho (*i.e.* como derechos subjetivos) acalla a quienes creen que la justicia exige algo más que derechos de primera generación domesticados por derechos a un mínimo. Entender el concepto jurídico de derecho subjetivo como lo hace Cruz (como derechos-como-

²⁵ Villey, *supra* n. 21, 164.

un-todo) disuelve el derecho en lo que al juez del caso le parece ‘bueno, valioso, necesario, socialmente útil y en el bien público’.

Por eso es importante mantener una noción no juridificada de ciudadanía, es decir, una noción de ciudadanía que es concebida primariamente en términos de derechos subjetivos²⁶. Es importante insistir que esto no quiere decir que los individuos no deban gozar de derechos subjetivos. Como ha sostenido J. Waldron²⁷, es importante (*e.g.*) que los cónyuges tengan derechos subjetivos uno contra el otro, porque los matrimonios a veces fracasan y en ese momento es importante que cada uno pueda recurrir a un estándar de justicia que no dependa del amor entre ellos, pero no podemos perder de vista que los derechos no son lo que *define* la posición de cada cónyuge en tanto cónyuge: la comprensión denominada en el artículo principal “primaria” de la relación matrimonial no puede ser la comprensión jurídica. El argumento es válido para el matrimonio como lo es para la ciudadanía²⁸.

²⁶ Aquí puedo responder a la objeción al concepto de ciudadanía que formula Cruz siguiendo a Ferrajoli: por supuesto que uno puede tener nociones más o menos decentes de ciudadanía. Por eso no es correcto que Cruz me impute a mí el conservadurismo racista de quienes invocan una restrictiva definición legal de ciudadanía para discriminar en contra de personas que no lo satisfacen. Sería como decir que los partidarios de los derechos *humanos* son cómplices de las atrocidades de la dictadura de Pinochet, porque ésta no consideraba humanos (sino, famosamente, “humanoides”) a los comunistas que perseguía. Los partidarios de los derechos humanos habrían respondido lo mismo que yo le respondo a Cruz: que rescatar la centralidad política del concepto de ciudadanía (humanidad) no implica aceptar cualquier definición de ciudadanía (o humanidad). Que la noción política central sea la noción de ciudadanía no prescinde de sino requiere una teoría de la ciudadanía, y el hecho de que (por ejemplo) la legislación italiana sea una que, mirado desde el punto de vista de esa teoría, sea ‘excluyente y discriminatoria’ (88) no dice nada en contra del concepto de ciudadanía, sino de la legislación italiana. No creo que Cruz o Ferrajoli crean que yo puedo ir al consulado italiano o mexicano en Santiago y exigir que el consulado pague por mi educación, aunque perfectamente podrían creer que la comunidad mexicana o italiana tiene una obligación especial de educar y atender las necesidades de (quienes de acuerdo a la teoría correcta deben ser considerados como) los italianos o mexicanos. Si en algunos estados europeos hay legislación racista no es una objeción a la idea de ciudadanía, sino a la legislación de esos estados.

²⁷ J. Waldron: “When justice replaces affection: the case for rights” (1988), en J. Waldron: *Liberal Papers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

²⁸ La comparación entre matrimonio y ciudadanía está en B. Ackerman: “The Storr Lectures: Discovering the Constitution”, en 93 *Yale Law Journal* (1984). El argumento aquí sigue a E. Christodoulidis: *Law and Reflexive Politics* (Dordrecht: Kluwer, 1998), 256ss.

Gargarella y la politización de la subjetividad

La contribución de Roberto Gargarella conecta la discusión sobre los derechos sociales con la de la relación entre derecho y política.

Gargarella llama la atención sobre un punto que no es mencionado en el artículo principal, que es la extraordinaria maleabilidad política del concepto de derechos. Yo tendería a pensar que eso se explica entre otras cosas porque la reflexión teórica y la acción política en defensa y promoción de los derechos se mantuvo, hasta un momento relativamente reciente, fuera de los tribunales de justicia: el movimiento por los derechos humanos tiene mucho más que ver con la experiencia del terror y la reacción política a éste que con la acción ante tribunales. Incluso cuando decisiones judiciales cumplieron una función de estimulación del conflicto político, como la Corte Suprema norteamericana en *Brown v. Board of Education*, esas decisiones judiciales fueron el principio y no el final de un proceso político (que llevaría a la dictación de la *Civil Rights Act*, etc.). La necesidad (impuesta, como argumento en el artículo principal, por el *Zeitgeist*) de dar a los derechos una caracterización que pueda ser jurídicamente operativa, restringe de modo no razonable esta misma flexibilidad del discurso de los derechos.

Gargarella también se refiere a algo que está ausente del texto principal, pero que es su necesario complemento: lo de cuáles son los rasgos sustantivos centrales de una concepción republicana socialista de los derechos. Esto adicionalmente me permite volver al punto dejado en suspenso en la réplica a Cruz. Gargarella nos recuerda que estas concepciones tradicionalmente se mostraban propensas a discutir sobre los problemas jurídico-políticos sin perder de vista la conexión de los mismos con el marco social y económico en el que tales problemas se daban, ni descuidando una necesaria reflexión sobre las cualidades de carácter propias de los sujetos que iban a actuar dentro de dicho contexto (64).

Este es a mi juicio un punto extraordinariamente importante. Actualmente la visión dominante de lo político es la liberal; esa visión tiende a ser dominante incluso entre quienes se resisten a caracterizarse como liberales. De acuerdo a la visión liberal, la comunidad política es una asociación entre individuos cuyos intereses se toman como dados, cuya finalidad es permitir la cooperación entre ellos. La dimensión de que habla Gargarella, es decir, la forma en que las instituciones y prácticas sociales afectan la manera en que los sujetos se entienden a sí mismos y su relación con los demás, es declarada políticamente

irrelevante. Si la asociación política es una asociación constituida por individuos dotados de derechos cuya finalidad es proteger esos derechos (véase la Declaración de Independencia norteamericana de 1776), entonces la pregunta por el sujeto se des-politiza, se naturaliza. Quizás esto explique el auge, en las últimas décadas, del neodarwinismo en biología y de la economía neoclásica: como la pregunta por cuáles son los intereses o las formas de motivación de los sujetos se ha despolitizado, la pregunta por ellas tiene que encontrar su respuesta en su biología, y la manera en que deben ordenarse las instituciones y prácticas sociales es la que estratégicamente resulte más adecuada para la mayor satisfacción de esos intereses. En este contexto, las posibilidades de acción para los que creen en el valor de la igualdad se ven reducidas a la prédica moralista, a la apelación al altruismo de los ricos para que acepten compartir con otros algo más de lo que el principio de la diferencia aplicado estrictamente exige.

No estoy diciendo que no hay un espacio para la apelación moral. Desde luego lo hay, y es importante. Pero Gargarella nos recuerda algo que Rousseau ya sabía, *i.e.* que “dichas virtudes personales no surgían de la mera prédica, sino de un contexto social peculiar, marcado ante todo por el igualitarismo económico” (64).

La misma idea está también presente en el Marx de 1845: si el hombre obtiene todo su conocimiento, sensaciones, etc. del mundo de los sentidos y de la experiencia que de él obtiene, entonces lo que debe hacerse es ordenar el mundo empírico de tal manera que el hombre tenga experiencias y se acostumbre a lo que es verdaderamente humano en el mundo y que así se haga conciente de sí mismo como hombre. Si el interés correctamente entendido es el principio de toda moralidad, los intereses privados del hombre deben hacerse coincidir con el interés de la humanidad [...]. Si el hombre es moldeado por sus circunstancias, entonces es necesario hacer de esas circunstancias, circunstancias humanas²⁹.

De esto se sigue que el modo en que organizamos nuestra vida en comunidad afecta el modo en que nos concebimos como individuos. Una sociedad de mercado (por oposición a una sociedad en la que hay una esfera de intercambio mercantil) tenderá a ser una sociedad cuyos miembros actúen conforme a la racionalidad de mercado, precisamente negando cualquier responsabilidad por el bienestar de otros más allá de (1) los derechos sociales

²⁹ K. Marx y F. Engels: *The Holy Family* (New York, NY: Transaction Publishers, 1983; edn orig 1845), 6.3.d.

en clave liberal (a un mínimo de subsistencia) y (2) los deberes correlativos a los derechos que pueden ser expresados jurídicamente (los de primera generación).

La afirmación hobbesiana de que la comunidad política era artificialmente constituida convirtió a la forma y modo de existencia de la comunidad en una cuestión política: la des-naturalizó. Al decir que “si el hombre es moldeado por sus circunstancias, entonces es necesario hacer de esas circunstancias, circunstancias humanas”, Marx (o Rousseau) hizo con el liberalismo en relación a la subjetividad lo mismo que Hobbes hizo con el pensamiento medieval y la forma y modo de existencia de la comunidad política³⁰. Y por supuesto, si el *homo sapiens* se hace humano al vivir en comunidades humanas, entonces no es posible concebir al ser humano como primariamente portador de derechos en contra de la comunidad. La concepción del sujeto político como primariamente un portador de derechos implica, a mi juicio, que el sujeto, el centro de imputación de esos derechos, no es políticamente moldeable. Por eso el lenguaje de los derechos no es políticamente inocente³¹.

Nada de esto, desde luego, implica que la comunidad es una entidad con interés y bienestar propio, independiente de los intereses y el bienestar de sus miembros³². La posición que he esbozado aquí puede perfectamente ser (de hecho, en su mejor versión, *es*) individualista en sentido metodológico. Sólo implica que los intereses de los ciudadanos no son, para usar otra imagen tomada de Wittgenstein, la roca dura donde se quiebra, en términos de justificación política, la pala. Vivir en una sociedad verdaderamente humana es un bien para los sujetos que pertenecen a ella, no para la comunidad como una entidad distinta de ellos.

³⁰ La paradoja, en el caso de Marx, es que el mismo materialismo que politizaba la cuestión del sujeto después lo llevaría a des-politizarla. Respondiendo a la tendencia típicamente decimonónica de encontrar “leyes de hierro” para cualquier cosa, Marx después entenderá que la subjetividad no es políticamente relevante por otra razón: porque está determinada por el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas. Instructivo en este sentido es el “Prefacio” a la *Crítica de la Economía Política*: “El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se eleva una superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material determina el proceso de la vida social, política y espiritual en general”.

³¹ Y por eso en sentido profundo el argumento de “¿Existen derechos sociales?” se une a Gargarella contra Bobbio (63).

³² Y por eso no entiendo la afirmación de Bernal de que el Estado social, a diferencia del socialismo, “no niega de ningún modo las libertades” (109).