

---

# DISCUSIONES

Año IV - Número 4

Derechos Sociales

---

## PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas

de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

## **Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria**

Roberto Gargarella

### Introducción

El trabajo “Existen derechos sociales?,” de Fernando Atria, no hace más que reafirmar las cualidades del filósofo del derecho chileno. El escrito nos ayuda a pensar sobre un tema importante para la teoría del derecho y relevante para la práctica política, y a hacerlo en una dirección interesante. Atria nos muestra, en este caso, de qué modo los reclamos centrales que podría presentar el pensamiento republicano o socialista sobre cómo repensar la organización de la comunidad resultan desnaturalizados cuando quieren ser traducidos al lenguaje del derecho (p. 33). El ejemplo que utiliza Atria para llevar adelante su tesis es el de los derechos sociales. Él nos muestra de qué modo los derechos sociales se enraízan en la tradición republicano-socialista (republicana en el sentido que podría darle J.J.Rousseau; y socialista en su vinculación con el pensamiento de C.Marx), una tradición que valora la vida en comunidad en tanto ella “posibilita una forma de vida más propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros” (p. 17).<sup>1</sup> Según dice Atria, el discurso de los derechos sociales pudo prosperar al precio de desprenderse de aquel marco en el que nacía inserto. Socialistas y republicanos comenzaron a utilizar, entonces, el mismo lenguaje de los derechos que distinguía al discurso liberal dominante, pero que estos reservaban exclusivamente para hablar de la los derechos civiles. Dicha estrategia se habría debido al reconocimiento de que ésta era la única manera en que los liberales podían sensibilizarse frente a los reclamos de aquellos. De otro modo, “si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, los liberales podrían fácilmente haber respondido que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones

---

<sup>1</sup> Los liberales, en cambio, ven a la comunidad como “[un ámbito] cuyo valor reside...en la protección que ofrece contra la agresión de terceros.”

comunitarias no podían competir por los derechos” (p. 27).<sup>2</sup> La verdad instaurada y asumida por el liberalismo afirmaba que los derechos sólo podían -y merecían- competir con otros derechos. Cualquier enfrentamiento entre un derecho y un objetivo compartido, se nos dice, debe tener como único resultado posible el desplazamiento de los reclamos colectivos.

Ahora bien, sostiene Atria, en el mismo momento en que se acepta el convite y se pasa a discutir con el liberalismo en el terreno que éste ha escogido, los socialistas sientan las bases de su propia derrota. Y es que cuando las “ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en que [los derechos sociales] descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad” (p. 40). Finalmente, lo que ocurre es que “[e]sta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos,” en la que las relaciones entre unos y otros parecen evocar el espíritu de una “contienda” inhibiendo “cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos” (p. 54).

En lo que sigue voy a realizar una muy breve reflexión sobre el trabajo de Atria, destinada sobre todo a apoyar el mismo, fortaleciendo sus bases de sustento y extendiendo los alcances de las observaciones del autor.

### Sobre la fuerza de los derechos

Sólo para acotar los márgenes dentro de los cuales voy a moverme, quisiera dejar constancia de una cuestión sobre la que Atria no insiste y que puede amenazar o socavar parte de lo que yo mismo diga en el resto de este análisis. Y es que los derechos han mostrado tener una peculiaridad propia de otras creaciones humanas, que es la siguiente. Ellos han nacido en momentos históricos muy especiales (digamos, las revoluciones burguesas del siglo xviii), y en base a una mezcla de razones, algunas moralmente más atractivas que otras (poner una barrera a todo tipo de despotismos, tanto como custodiar una distribución desigual de la propiedad). Sin embargo, luego de dicho nacimiento, tan específicamente

---

<sup>2</sup> En este sentido, Atria cita a la Declaración francesa de los derechos del hombre cuando dice que “el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.”

localizado, los derechos han sido capaces de tomar vida propia, independizándose de muchas de las limitadas aspiraciones de sus creadores. El núcleo que les daba sentido explotó en las manos de sus impulsores, a partir de lo cual los derechos pudieron arrasar los delicados y cuidadosamente escogidos propósitos con que habían sido diseñados. Para ejemplificar lo dicho, los mismos derechos que habían sido creados primariamente, pongamos, con el objeto de custodiar la propiedad, se libraron de aquellas pretensiones originales y pasaron a ser empleados, por caso, como herramientas en un embate, más o menos exitoso, en pos de la limitación o redistribución de la propiedad. Asimismo, derechos destinados a custodiar los intereses de los más poderosos pudieron transformarse o re-conducirse para socavar aquellas pretensiones. Hoy, por ejemplo, los derechos humanos constituyen un poderosísimo instrumento en manos de los más desaventajados, que a través de los mismos pueden llegar a poner contra la pared o detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase, o a prepotentes millonarios. Dicha parcial reconversión se consiguió, fundamentalmente, gracias a la apelación universalista distintiva de aquellos derechos, y también en razón del carácter interpretativamente incierto de todos esos derechos. La tarea de interpretar qué es lo que significan, *realmente*, los derechos incorporados en la Constitución es una que excede a sus propios autores, y a la que todos -de modos muy distintos según diré- estamos en principio invitados. En definitiva, los derechos pueden tener más potencia de la que en principio podríamos tender a asignarle.

Por otra parte, la reconstrucción que ofrece Atria sobre el derrotero de los derechos sociales, o sobre la relación entre socialismo y sistema jurídico, es más simplista que sintética (aunque yo no cuente con el espacio ni con la capacidad para presentar una reconstrucción alternativa más acabada). En tal sentido, y aunque éste sea un detalle menor, disentaría con la afirmación que hace el autor, citando a Norberto Bobbio, según la cual la incorporación de los derechos sociales en un pie de igualdad con los derechos civiles debe ser considerada, en principio, “como una de las conquistas más clamorosas...de los movimientos socialistas” (p. 30). Según entiendo, la recepción constitucional de los derechos sociales no evidencia una victoria clamorosa del socialismo sino que expresa las dimensiones de su lamentable derrota. Ello así, cuando reconocemos lo que Atria nos

ayuda a reconocer, y que tiene que ver con los déficits propios de dicha incorporación constitucional. Ello así, sobre todo, cuando advertimos -como Atria nos ayuda a advertir- las muy robustas ambiciones que caracterizaron desde siempre al republicanismo-socialista, en su acercamiento al sistema institucional. Creo que tiene sentido insistir sobre estas últimas consideraciones, para (no sé si fortalecer pero sí) tratar de expandir el análisis del profesor chileno. De ello me ocuparé en la sección que sigue.

### Una concepción integrada de la vida institucional

Las corrientes republicanas y socialistas a las que Atria se refiere tendieron a acercarse a los problemas institucionales de un modo muy distinto al que hoy lo hacemos. Ellas 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. Es decir, republicanos y socialistas no tendían a incurrir en las simplificaciones en que hoy tendemos a incurrir cuando pensamos sobre todas estas áreas como disgregadas, como escindidas entre sí, como autónomas unas de otras. Republicanos y socialistas tendían a unirse en la afirmación de un ideal común, al que aquí denominaría el ideal del autogobierno (Sandel 1998), y a partir de aquel punto de partida pasaban a examinar las bases sociales e institucionales del mismo.

El Rousseau que cita Atria al comienzo de su trabajo nos da un ejemplo significativo de esta concepción comprensiva. Su defensa de la “voluntad general” no implicaba un ingenuo compromiso mayoritarista. La misma se encontraba inserta en una reflexión más global sobre la vida social, que tenía como ingrediente central una comunidad de individuos motivados a actuar en favor del bien común. Es decir, Rousseau reconocía que el ideal de una comunidad autogobernada no podía asentarse sobre un conjunto de individuos despreocupados o políticamente apáticos, sino que, por el contrario, requería en los mismos ciertos rasgos de carácter. Pero además, tenía la lucidez suficiente como para advertir que dichas virtudes personales no surgían de la mera prédica, sino de un contexto social peculiar, marcado ante todo por el igualitarismo económico. Claramente, la igualdad económica no era defendida

como un valor en sí, sino como una necesidad -una precondition- del autogobierno compartido: en una sociedad marcada por la división en clases, los ciudadanos no iban a poder reconocer y construir una voluntad común, sino que los impulsos de unos iban a ser contradictorios con los del resto. Es así como en el esquema Rousseauiano ninguna pieza resultaba independiente del resto. Su concepción de la política se apoyaba en una cierta concepción sobre economía, y ambas requerían de -y venían a alimentar a- una ciudadanía motivada hacia el bien común.

Esta forma de razonar “integrada” no era, por supuesto, exclusiva de Rousseau, sino propia de la cosmovisión citada. Ella reconocía antecedentes importantes en el trabajo de James Harrington, por ejemplo, en donde se expresaba en libros como el famoso *Oceana*, de 1656, en donde Harrington había tratado de explicar de qué modo se podía organizar a la sociedad de forma tal de ponerla al servicio de los ideales del autogobierno. (Harrington, 1656). Así también razonaba Thomas Paine, quien combinaba sus propuestas de diseño constitucional con sus trabajos económicos (como *Agrarian Justice*) y su programa para un salario mínimo. Así también tendieron a hacerlo muchos de los llamados “socialistas utópicos,” convencidos de que, siendo los hombres productos de su sociedad, el destino de los mismos podía mejorarse reformando las bases de las sociedades en las que ellos vivían. Preocupaciones similares pueden encontrarse en los antifederalistas norteamericanos, y particularmente en figuras como Thomas Jefferson que, nuevamente, combinaron sus trabajos de reforma política con propuestas muy acabadas de reforma económica, orientadas a crear lo que Charles Lee llamaba una “Esparta igualitaria,” una sociedad simple, agraria, y libre de los efectos perniciosos del comercio.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Concepciones similares pueden encontrarse, también, en Latinoamérica, durante los años fundacionales del constitucionalismo. Así, el líder político uruguayo José Gervasio Artigas acompañó su prédica democrática con la redacción de un significativo “Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña,” en septiembre de 1815, en el que ordenaba una repartición de la tierra con criterios muy igualitarios: “los negros libres, los zambos de igual clase, los indios y los criollos pobres, todos podrán ser agraciados con suertes de estancia, si con su trabajo y hombría de bien propenden a su felicidad y a la de la Provincia” (Street, 1959). Del mismo modo, a mediados del siglo xix, muchos de los más importantes políticos mexicanos retomaron una tradición igualitaria ya bien arraigada en su país y propusieron estrechar los vínculos entre el constitucionalismo y la reforma económica. Notablemente, el presidente de la Convención Constituyente de 1857, Ponciano Arriaga, sostuvo que la Constitución debía ser “la ley de la tierra.” Refiriéndose a la “monstruosa división de la propiedad territorial, defendió la reforma de la misma como elemento necesario para la “igualdad democrática” y la “soberanía popular” (Zarco, 1957: 388-389). Resultaba obvio, para él, que el pueblo mexicano no podía ser “libre ni

## La estrategia del desacople

Todos éstos testimonios nos llaman la atención acerca de la pobreza con la que hoy nos acercamos a los problemas sociales, en nuestra ambición por tratarlos separadamente unos de otros. Obviamente, el punto no es que, en pos de la claridad o la profundidad analíticas, no tomemos los problemas de a uno, sino que en nuestra miopía terminemos perdiendo dimensión de las dificultades a las que nos enfrentemos. Así, tendemos a pensar que la realidad puede reproducir nuestras aproximaciones de laboratorio, y pasamos a operar sobre ella desconociendo el impacto de nuestras decisiones sobre otra áreas, e ignorando las resistencias que van a generarse sobre nuestros actos. El fenómeno al que se refiere Atria - una lectura de los derechos sociales ciega a “los bienes [situados] detrás” de los mismos (p. 30)- se inscribe dentro de un desacople teórico más vasto. Me refiero a la escisión que asumimos o alentamos, en nuestras reflexiones habituales, entre -digamos- política y derecho, economía y política, economía y derecho, sicología y política. Me refiero también al modo en que, dentro de cada una de dichas áreas, desvinculamos nuestras acciones presentes de nuestras acciones pasadas, ignorando el peso de las decisiones que ya hemos tomado (o que otros han tomado por nosotros) sobre nuestras iniciativas actuales.

A resultas de tales miopías, tendemos a sobre-estimar las capacidades del derecho, tanto como las capacidades de nuestras decisiones presentes. Es esta

---

republicano, y mucho menos venturoso por más que cien constituciones y millares de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad” (Zarco, 1957: 387) De modo todavía más enfático, el convencional Ignacio Ramírez defendió la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, tanto como el establecimiento de un salario de subsistencia para todos, como modo de asegurar los fundamentos de la nueva república. A él, como a otros convencionales, les preocupaba que la nueva Constitución no dijera “nada [sobre los] derechos de los niños, de los huérfanos, de los hijos naturales que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad.” “Algunos códigos antiguos -agregaba- duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo ser débil y menesteroso, y es menester que hoy tengan el mismo objeto las constituciones, para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado, el de conservar una cartera” (Helú, 1972: 92). Orientado por similares preocupaciones, el convencional Olvera presentó entonces un Proyecto de Ley Orgánica sobre la Propiedad; mientras que su par Castillo Velasco adelantó su “Voto Particular” destinado también a proponer una redistribución de la propiedad.

arrogancia la que explica los fracasos de muchas de las reformas jurídicas que se han impulsado y que terminan convirtiendo al derecho, como decía Ferdinand Lasalle, en meros pedazos de papel.

La historia de los derechos sociales ilustra bien aquello a lo que me estoy refiriendo, por lo que quisiera hacer alguna breve referencia a la misma. Cuando a partir de mediados del siglo xx, y siguiendo a Constituciones pioneras como la de México de principios de siglo, los latinoamericanos comenzamos a dictar nuevas Constituciones “sociales,” lo hicimos asumiendo la plena autonomía de estas reformas. Para decirlo en otros términos, tendimos a ignorar las complicaciones propias de este “injerto,” desconociendo las esperables resistencias que iban a generarse desde el cuerpo “injertado” -un cuerpo que no estaba preparado para recibir a aquellos derechos y que, más bien, se mostraba preparado para reaccionar contra los mismos. Obnubilados por la “parte” del derecho que nos interesaba quedamos ciegos al “todo,” ignorando la naturaleza del “animal” sobre el que se operaba. El resultado fue entonces el que conocemos, es decir, uno en el que los derechos sociales pasaron a ser desvirtuados por jueces que consideraron a los mismos derechos “no operativos” sino “meramente programáticos.” Por supuesto, no quiero desconocer los (pocos) avances que se han dado en la materia, en toda Latinoamérica, y gracias al activismo de algunos buenos abogados y organizaciones, y la buena disposición de algunos (pocos) jueces. El hecho es, sin embargo, que los derechos sociales incumplieron sus desmedidas promesas (de vivienda digna, retribución justa, participación en las ganancias de las empresas), para quedar realmente expresados en algunas tibias, pero aún así valiosas, mejoras en la situación de los grupos más desaventajados de la sociedad. En definitiva, si los derechos sociales no tuvieron mejor suerte no fue por una conspiración internacional contra ellos sino, entre otras razones, porque la propia estructura en la que fueron insertados estaba preparada para no acogerlos. Las Constituciones sobrevivientes del siglo xix eran Constituciones liberales o conservadoras hostiles a la reforma social. Ellas, aún con sus serias incapacidades, consagraron una serie de instituciones jurídico-políticas con amplia capacidad de acción. Por citar un ejemplo importante al respecto, el hecho de que la rama del poder menos democrática en su origen y más alejada del escrutinio popular -el poder judicial- tuviera a su cargo la última palabra en materia de derechos, define la muerte anunciada de los derechos sociales. Por supuesto, conviene repetirlo, en situaciones

como ésta, la cuestión no es que no haya ni pueda haber jueces probos y jueces progresistas, activistas del cambio social, sino que la estructura judicial no se encuentra bien preparada para receptorlo o impulsarlo.

No quisiera, de todos modos, que nos quedemos exclusivamente con el problema de los derechos sociales, ya que consideraciones similares a las realizadas pueden avanzarse, también, en relación con otros derechos todavía más “novedosos,” constitucionalmente hablando, como los derechos a la participación política, o los derechos colectivos, o el derecho a un medio ambiente sano. Tampoco quisiera que pongamos toda nuestra atención sobre el poder judicial, cuando las cuestiones que me interesa remarcar lo trascienden ampliamente, alcanzando también, de modo obvio, a los demás poderes de gobierno.

El ejemplo anterior nos ayuda a ver de qué modo, muchas veces, nos negamos a ver la forma en que nuestras decisiones jurídicas previas limitan a nuestras decisiones jurídicas más actuales. En el párrafo que sigue, y ya concluyendo con estas breves líneas, quisiera extender dicha reflexión para referirme a la habitual tendencia a diseñar o avanzar reformas legales con despreocupación de toda reforma económica; o a introducir normas jurídicas desentendiéndonos de la existencia o no de ciertas cualidades de carácter en la ciudadanía, indispensables para tornar posibles o estables aquellas reformas.

Para ilustrar lo dicho con un solo ejemplo, piénsese en la reciente introducción -en una mayoría de Constituciones latinoamericanas- de nuevas herramientas para la participación política (i.e., herramientas como el referéndum, los plebiscitos, la revocatoria de los mandatos). Tales medidas, plausibles sin duda desde una óptica republicano-socialista, resultaron adoptadas con indiferencia respecto del contexto jurídico-social en el que ellas se insertaban. El problema, entonces, no fue sólo que los poderes jurídicos ya instalados tendieron a socavar los alcances de las nuevas reformas (i.e., poniendo obstáculos para la regulación de aquellos nuevos derechos participativos). El problema principal fue que tales mecanismos participativos se ofrecieron a una ciudadanía a la que se había educado hasta entonces en la apatía. En efecto, podríamos decir, todo nuestro esquema institucional, las reglas jurídicas y económicas vigentes, por ejemplo, tienden a alimentar cotidianamente nuestros impulsos más egoístas, forzándonos a preocuparnos por la propia subsistencia, bajo la amenaza de dejarnos caer en el abismo de la indigencia o la plena desprotección (Cohen 2002). Nuestra estructura

institucional ha venido a cultivar la apatía política, ha fomentado el distanciamiento entre ciudadanos y representantes, ha alimentado la idea de que la política es una tarea reservada a profesionales. En lugar de servir a la virtud cívica, aquellas reglas han trabajado para socavarla. Frente a dicho contexto, la apertura de estas nuevas formas participativas aparece como una decisión necesaria pero muy insuficiente. Por supuesto, tiene mucho sentido que tales oportunidades estén abiertas, marcando a las autoridades políticas y a nuestros jueces un sentido nuevo, diferente al que ellos han tendido a seguir. Lo que se reprocha, sin embargo, es el simplismo de aquellas herramientas, avanzadas con total negligencia sobre el marco en el que se introducían, y que amenazaba con quitarles todo sentido a las mismas.

#### Aclaraciones finales

Dicho lo anterior, quisiera terminar este breve comentario con dos precisiones. En primer lugar, puede ser importante descartar una conclusión que, por alguna extraña razón, suele inferirse de consideraciones como las anteriores. Para muchos, lo dicho hasta aquí fortalece un argumento conservador en contra del reformismo social. Quienes llegan a tal conclusión interpretan las dificultades arriba descritas como una razón en contra del cambio y la ingeniería social. Se diría entonces: “evítese el cambio, ya que las estructuras institucionales ya instaladas van a conspirar contra el mismo, hasta tornarlo inocuo.” Se podría decir también, y por ejemplo, que cualquier reforma progresiva en el derecho va a encontrar su muerte en los arreglos económicos ya vigentes; o que el extender más y más la lista de los derechos sociales sólo va a quitarle respetabilidad a la Constitución, que va a transformarse entonces en letra muerta. Sin embargo, debiera resultar claro, dicha conclusión conservadora sólo puede derivarse de una premisa mayor también conservadora. En su lugar, podríamos perfectamente comenzar nuestro razonamiento de otra manera, partiendo de una premisa que nos inste a avanzar en una dirección contraria a la señalada. Si actuáramos de este modo, por ejemplo, en lugar de decir que las reformas jurídicas deberían bloquearse dados los límites que les fija la economía, podríamos afirmar que lo que debe hacerse es, por el contrario, expandir dichas reformas hasta abarcar, también, a la economía. Del mismo modo, en lugar de descartar la introducción de nuevos mecanismos

participativos, dada la ausencia de una ciudadanía cívicamente comprometida, podríamos afirmar la importancia de cultivar la virtud cívica, desafiando las reglas de la neutralidad liberal o el modelo del ciudadano pasivo promovido por el conservadurismo católico.

Finalmente, quisiera aclarar también que lo dicho no viene a afirmar que las únicas reformas sensatas son las más generales, o que la única estrategia de cambio posible es la del “todo o nada.” Más bien, entiendo que hay infinidad de cambios significativos que, razonablemente, pueden impulsarse desde ámbitos más acotados. Para decirlo por medio de otro ejemplo, piénsese en la importancia de introducir reglas que penalicen el acoso sexual, o en el valor de crear cuerpos de especialistas destinados a asistir a las mujeres golpeadas. Dichas reformas localizadas no sólo son imprescindibles sino urgentes en sociedades como las nuestras. Lo que merece atacarse, en todo caso, es la idea de que pueden resolverse problemas semejantes sin prestar simultánea atención a otras cuestiones que nos llevan más allá del derecho, tales como los roles sociales que nuestra cultura afirma día a día, o las bases económicas de las desigualdades de género. En definitiva, el punto que he procurado avanzar ha sido uno vinculado con la prepotencia o arrogancia del derecho, con nuestra común miopía que nos impide medir las dimensiones de los problemas que enfrentamos, y la radicalidad de los cambios que se nos exigen para resolverlos. Para concluir, y volviendo a Atria, diría que nuestro problema no es que estemos como el león de Wittgenstein (que si hablaba no era entendido), sino que hayamos convertido al derecho en un león herbívoro, mientras creíamos haber contribuido a su ferocidad.

### *Bibliografía*

- Cohen, G. (2002) “Por qué no el socialismo?,” en R. Gargarella y F. Ovejero, eds., *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona.
- Sayeg Helú, J. (1972), *El constitucionalismo social mexicano*, México: Cultura y Ciencia Política.
- Street, J. (1959), *Artigas and the Emancipation of Uruguay*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Zarco, F. (1957), *Historia del Congreso Constitucional de 1857*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos.

## **Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad**

Claudio Michelon, Jr.\*  
Universidad de Porto Alegre

1. El desarrollo de las instituciones jurídicas en occidente durante las últimas décadas nos ha legado algunos temas cuya discusión es urgente. Esta urgencia es consecuencia del hecho de que los resultados de la discusión tienen implicaciones directas para nuestras prácticas jurídico-institucionales.

En relación a la controversia sobre los derechos sociales, esta urgencia es más aguda tratándose de sociedades que sufren una pronunciada carencia endémica de recursos. Diferentes concepciones de los derechos sociales pueden justificar distintas formas de tomar decisiones políticas sobre el empleo de recursos escasos. Hay numerosos ejemplos para confirmar esta tesis. La concepción de los derechos sociales como derechos subjetivos justiciables ha sido utilizada para fundamentar un gran número de decisiones judiciales recientes en diversos países occidentales y, particularmente, en Latinoamérica. Hace algunos años, un tribunal brasileño decidió que un niño enfermo tiene un derecho social oponible contra el sistema público de salud a un tratamiento médico desarrollado en los Estados Unidos y que tendría un costo de aproximadamente US\$ 163.000,00. El Tribunal le ordenó al Gobierno Federal que costeara el tratamiento<sup>1</sup>. El fundamento de esta decisión fue el derecho subjetivo fundamental a la salud, reconocido por la constitución brasileña en su artículo 196.

Ahora bien, en contextos de carencia endémica de recursos, garantizar a tantos cuantos tengan problemas graves de salud un derecho social oponible al gobierno al mejor tratamiento médico disponible tendría un substancial impacto sobre las cuentas públicas y, de hecho, acabaría por otorgar a los

---

\* Doctor (PhD) por la Universidad de Edimburgo y Profesor de la Facultad de Derecho de la “Universidade Federal do Rio Grande do Sul”.

<sup>1</sup> El fallo del Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, Agravo de Instrumento número 1997.000511-3 DOU 13/02/97. La decisión fue posteriormente revocada por el Superior Tribunal de Justiça brasileño, en el Agravo Regimental 183.345.

jueces una competencia jurídica para decidir sobre el destino de una parte considerable de los recursos públicos. El fallo *ut supra* mencionado puede ser considerado demasiado singular, ya que la enfermedad del niño beneficiado era rara y no es probable que la situación se repita con frecuencia. Pero puede pensarse en otras situaciones más comunes en las cuales la concepción adoptada de derechos sociales podría impactar en decisiones políticas de la comunidad. El Supremo Tribunal Federal brasileño, por ejemplo, ha decidido que todos los que presentan ciertas condiciones médicas graves, como la de ser portador del virus HIV, tienen un derecho subjetivo público a la entrega gratuita de los medicamentos que necesitan para su tratamiento<sup>2</sup>.

Esos ejemplos se repiten cada vez más frecuentemente, en la medida que la tesis de la justiciabilidad de los derechos sociales se torna la nueva ortodoxia del constitucionalismo Latinoamericano. Los artículos que el lector encontrará en este número de *Discusiones* debaten los aspectos más importantes de estos controvertidos temas del constitucionalismo contemporáneo.

2. Los derechos sociales nos han sido legados por un conjunto de eventos históricos que no cabe detallar en esta introducción (algunos de los cuales son discutidos por Atria en su texto, y desarrollados por Gargarella en el suyo). No obstante, los conflictos políticos bajo los cuales surgieron los derechos sociales no se quedan en el pasado. Concepciones diversas sobre los derechos sociales tienen implicaciones diversas sobre cómo estructurar nuestras instituciones políticas.

Ahora bien, todos estamos razonablemente familiarizados con objeciones a ciertos usos de los derechos sociales por parte de los teóricos del derecho de tendencia marcadamente conservadora. En particular estos teóricos tienden a negar la justiciabilidad de los derechos sociales. Por otra parte, hay, entre juristas progresistas, una firme tendencia a aceptar que los derechos sociales puedan ser directamente utilizados como fundamento para una decisión judicial.

---

<sup>2</sup> Agravo Regimental 271.283-8, juzgado en 12 de septiembre de 2000.

Atria pretende demostrar, en su artículo, que la implementación concreta de algunos de los ideales más importantes del jurista progresista, en especial la igualdad en la distribución de ciertos tipos de bienes, no puede darse por medio de la efectiva justiciabilidad de los derechos sociales.

3. El argumento presentado por Atria no es empírico: él no está sugiriendo que hay factores sociales, como la escasez de bienes, que impiden que los derechos sociales sean efectivamente reconocidos a todos los ciudadanos. Obviamente la escasez de bienes es una condición conceptualmente necesaria para cualquiera teoría de la justicia. Lo que Atria intenta demostrar es que hay una incompatibilidad *conceptual* entre el principio de repartición igualitaria de (al menos ciertos tipos de) bienes y la estrategia de garantizar esta igualdad mediante la atribución de un derecho subjetivo justiciable a estos bienes a todos los ciudadanos.

Esta tesis es contraria, en cierta medida, a la auto-comprensión del liberalismo contemporáneo, que frecuentemente se presenta a sí mismo como una teoría política al servicio de la igualdad. Pero el modo particular en que la igualdad es entendida por el liberalismo, según Atria, es diverso del modo en el que la igualdad es entendida por otras tendencias filosófico-políticas. La defensa liberal de la igualdad utilizaría un aparato conceptual diferente al utilizado por otros filósofos. El argumento de Atria en el ensayo que abre esta edición de *Discusiones* es un intento de demostrar que, de hecho, uno de los conceptos liberales centrales, el concepto de derecho subjetivo, no es capaz de expresar la tesis socialista de que la igualdad es un valor político fundamental, aún cuando es presentado en un ropaje más “igualitarista”, como en el caso de los “derechos sociales”.

En otras palabras, la tesis de Atria es que la igualdad reclamada por aquellos que no son liberales (por un socialista, o por el mismo Aristóteles) no es la igualdad que teóricos como Rawls y Dworkin reclaman como valor central de sus teorías políticas, dado que sería imposible expresar esa igualdad más “comprehensiva” en términos de derechos. Aún más: la idea de “derechos sociales” no es capaz de compatibilizar estas ideas.

Algunos teóricos y políticos pensaron que la idea de derechos sociales tendría la potencialidad de permitir que una estructura conceptual esencialmente liberal fuese capaz de canalizar la idea de igualdad por dentro del pensamiento (y del derecho) liberal. Ella permitiría que, por intermedio

de la distribución equitativa de derechos sociales a los miembros de una comunidad política, pudiésemos al mismo tiempo garantizar la igualdad en la distribución social de bienes y respetar la estructura individualista típica de los conceptos y de las instituciones liberales, cuyo ejemplo mas destacado es el concepto de derecho subjetivo. En otras palabras, que la igualdad fuese implementada sin necesidad de aceptar la idea de que hay vínculos comunitarios diversos de los vínculos mínimos postulados por teóricos políticos liberales.

De hecho, la idea de igualdad es una idea relacional. Su implementación depende de la posibilidad de hacer comparaciones entre los ciudadanos para que los criterios utilizados para distribuir los bienes obedezcan ciertos criterios distributivos. Los derechos subjetivos, por el contrario, son tradicionalmente entendidos como formas de exclusión, del proceso racional de decisión, de consideraciones sobre el bienestar de los demás miembros de la comunidad (son “trumps”, para utilizar una expresión típicamente liberal).

4. Para que la novedad de la tesis de Atria sea correctamente apreciada es necesario tener en mente una de sus consecuencias: los tribunales, en la medida en que razonan como tales, es decir sobre la base de derechos subjetivos, no son instituciones aptas para implementar una repartición verdaderamente igualitaria de bienes como la salud, la educación, y otros que son objeto de derechos sociales. Ciertos argumentos comparativos entre personas y situaciones diversas y ciertos conflictos trágicos entre formas alternativas de destinar recursos escasos son oscurecidos por el lenguaje de los “derechos sociales”, entendidos como derechos subjetivos.

Esto significa que los tribunales, cuando tratan de decidir casos particulares fundados en la implementación concreta de los “derechos sociales”, acaban por excluir del debate “comprehenso” la decisión sobre la distribución de una significativa parte de los bienes escasos de la comunidad. El debate sobre la distribución de estos recursos quedaría limitado a un órgano que tiene la obligación de decidir con base en formas de raciocinio no comprensivas, a saber: el poder judicial.

Aquí radica una de las más interesantes características del planteamiento de Atria. Su crítica a la concepción de derechos sociales como derechos justiciables no es simplemente una crítica fundada en el mayor grado de legitimación democrática del poder legislativo, frente al poder

judicial. Su crítica es más esencial: la forma típica de razonamiento del poder judicial no es la más adecuada para canalizar el debate acerca de la distribución de ciertos bienes escasos

5. Es precisamente aquí donde encontraremos los puntos centrales de desacuerdo entre Atria y sus comentaristas, en especial Bernal y Cruz. Ambos, Bernal y Cruz, creen que es posible llegar a una concepción de los derechos sociales como derechos justiciables.

La clave para que se pueda defender una concepción de los derechos sociales como derechos justiciables es ofrecer, como perciben tanto Bernal cuanto Cruz, una concepción de razonamiento no comprehensivo que pueda ser justificada desde el punto de vista de la filosofía política. Las soluciones que ellos proponen son, bajo ciertos aspectos, semejantes, aunque posean significativas peculiaridades.

Bernal hace un instructivo análisis de diversas formas de concebir los derechos sociales como propiamente jurídicos. Identifica al menos cinco formas diversas de concebir la juridicidad de los derechos sociales (que, en su opinión, está necesariamente ligada a su justiciabilidad). En la parte final de su artículo, defiende una concepción de ellos que debe mucho a la teoría de Alexy sobre los derechos fundamentales. La forma de razonamiento correcta para fundamentar una decisión de aplicación de los derechos sociales sería aquella orientada por la proporcionalidad. La noción de proporcionalidad (y las nociones relacionadas como la de maximización de la eficacia de los derechos sociales) permitiría al juez trascender la forma de razonamiento que es más comúnmente asociada con la actividad judicial fundada en derechos subjetivos privados.

Aquí se encuentran los argumentos de Bernal y Cruz. Cruz sostiene que Atria parte de una concepción demasiado restringida de “derecho subjetivo”, que llama “concepción relacional”. Con la adopción de una concepción más compleja del derecho subjetivo sería posible para el juez dar cuenta de la mayor complejidad social típica de problemas de justicia distributiva.

A mi juicio ésta es una de las más importantes contribuciones del debate promovido en este número de *Discusiones*. Aunque Atria, Bernal y Cruz están en radical desacuerdo sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, sus argumentos suponen, yo creo que correctamente, que la controversia sobre la justiciabilidad de los derechos sociales no es simplemente una controversia sobre cuáles son los órganos estatales que deben distribuir

ciertos bienes sociales a los ciudadanos. Es más bien una controversia sobre la naturaleza de *los argumentos racionales que se deben emplear para decidir sobre esta distribución*. Es obvio que, si no hay un modo racional de decisión que sea propio del juez (o, al menos, del juez de una Corte Constitucional), y que lo diferencie del modo racional “comprehensivo” por medio del cual deciden los parlamentos, la tesis de que las decisiones sobre derechos sociales de los tribunales deben prevalecer sobre las decisiones del Parlamento se hace menos plausible.

6. La naturaleza de la contribución de Gargarella es un poco diversa. Gargarella coincide en línea de principio con la tesis de Atria. Su artículo, sin embargo, ayuda enormemente a comprender algunos de los puntos pendientes del debate.

Gargarella sugiere que el argumento de Atria es válido no solamente en lo que respecta a los derechos sociales. Según él, los derechos sociales son “[e]l ejemplo que utiliza Atria para llevar adelante su tesis...”. Al decirlo, Gargarella llama nuestra atención al hecho de que el argumento de Atria puede ser aplicado más allá del campo de investigación de los derechos sociales. Su artículo propone que la discusión de fondo en el argumento de Atria es la progresiva usurpación de la política por el derecho, algo sobre lo que el mismo Atria llama la atención en su texto.

A mi juicio, y pienso que Gargarella coincidiría con esto, el argumento de Atria puede ser extrapolado para demostrar que cuestiones de justicia distributiva, *i.e.* cuestiones sobre cuáles son los criterios generales de tratamiento igualitario a ser utilizados en distribuciones entre los miembros de una comunidad, son cuestiones que no pueden ser jamás decididas por intermedio de argumentos puramente jurídicos. Para decir lo mismo con otras palabras: una forma de razonamiento que es orientada hacia la justicia entre privados (*i.e.* una justicia de tipo correctivo) no puede ser utilizada como forma de razonamiento para la realización de la justicia distributiva.

El principal punto que queda pendiente es, por tanto, la posibilidad de extrapolar el argumento de Atria a otros derechos fundamentales, una radicalización que podría ser explorada en más detalle tanto por aquellos que esencialmente difieren de su argumento (como Bernal y Cruz) cuanto por él mismo.

Esto sugiere una controversia aun más abstracta. La idea misma de derecho subjetivo es profundamente controvertida. Hay aquellos que, como Willey, MacIntyre y Simone Weil, piensan que ella es políticamente perniciosa. Atria llega a tocar el problema al final de su artículo. Mas el tema demandaría, creo yo, un estudio más complejo que tendría directas implicaciones para el debate sobre los derechos sociales.

7. Quien escribe la introducción a una obra colectiva, como son las revistas científicas, recibe visitantes en una casa que no construyó. Los verdaderos constructores pueden pensar que su comprensión de la importancia de las partes individuales de esta casa es excéntrica o incorrecta. Por eso, es posible que Atria, Bernal, Cruz o Gargarella no acepten mi visión sobre lo que es esencial en el debate promovido en este número de *Discusiones*. Ellos quizás piensen que alguna parte esencial de sus argumentos fue ignorada o deformada en esta introducción. Mi sola disculpa por estos errores sería el hecho de que los argumentos presentados son a un tiempo complejos y eruditos.

La complejidad de los argumentos, la sutileza de la percepción que subyace a éstos, y la claridad en su presentación, son la medida del valor de los ensayos que siguen.

## ¿Existen derechos sociales?

Fernando Atria \*

Si un león pudiera hablar, no lo entenderíamos  
L. WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas* (1953)

No hay razón para mantener en suspenso la respuesta a la pregunta que da título a este artículo. Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos. Las líneas que siguen deben ser entendidas como (el inicio de) una contribución a ese respecto.

1. La historia con la que quiero empezar es suficientemente conocida. Durante el siglo XVII, culminando en el siglo XVIII, la burguesía empezó a demandar de modo cada vez más categórico el reconocimiento de ciertos bienes que eran para ella especialmente importantes<sup>1</sup>. El modo en que esa demanda fue formulada fue a través de una exigencia de que ciertos *derechos* fueran reconocidos. Esos derechos aseguraban a la burguesía protección frente a la arbitrariedad de lo político, ante la voracidad del *Leviathan*<sup>2</sup>. El reconocimiento de estos derechos fue paulatino, pero hacia fines del siglo

---

\* Profesor Asociado de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Gracias al profesor Rodrigo Soto por su disponibilidad a examinar una y otra vez muchas de las cuestiones discutidas en este artículo. La versión original de este texto fue presentada como ponencia plenaria en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social (Azul, 2002). Versiones posteriores de la misma fueron discutidas en el Seminario organizado por la cátedra del Profesor Marcelo Alegre en la Universidad de Palermo (Buenos Aires, 2003), y en el Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social (Lund, 2003), en el taller convocado por Rolando Tamayo. Mis agradecimientos a los profesores Ricardo Guibourg, Marcelo Alegre y Rolando Tamayo por la oportunidad para discutir estas ideas en Azul, Buenos Aires y Lund, respectivamente. El autor agradece también 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).

<sup>1</sup> *cf.* Marshall, *Citizenship and Social Class*, 8-17 [22-36]. En lo sucesivo, cuando se hace referencia a una obra en su idioma original las referencias a las traducciones españolas, cuando existen y las he tenido a la vista, aparecerán entre corchetes a continuación de la referencia al original.

<sup>2</sup> *cf.* Arendt, *Orígenes del Totalitarismo*, 369.

XVIII la lucha ideológica por establecerlos como bienes a los que las personas tenían título legítimo había sido ganada: sobre la base del reconocimiento de estos derechos, llamados ‘civiles y políticos’ fue que se estructuró el concepto de estado de derecho. En efecto, las dos notas centrales del estado (‘formal’) de derecho, el *principio de distribución* conforme al cual la libertad de los individuos es anterior al Estado y por lo tanto en principio ilimitada, mientras que la facultad del Estado para invadirla es en principio limitada, y el *principio de organización*, conforme al cual el poder del estado es desmembrado en diversos órganos, se explican y justifican por la necesidad de crear estructuras institucionales que aseguren el goce de esos derechos ‘naturales’<sup>3</sup>.

Los derechos de ésta, que después fue llamada ‘primera’ generación, irrumpieron históricamente de la mano de la revolucionaria idea de que lo político era una asociación no natural, es decir, una asociación constituida por seres humanos de modo artificial<sup>4</sup>. Los derechos eran aquello que los individuos constituyentes de lo político detentaban *antes* de esa constitución, y que en definitiva justificaba la idea misma de constituir la comunidad política<sup>5</sup>. Por tanto, los derechos fueron concebidos originalmente como derechos del *individuo* en contra de la comunidad política. ‘En contra’ tiene aquí un doble sentido: por una parte, eran derechos en contra de la comunidad porque ya constituida ésta, la principal amenaza para los derechos ya no era el ataque de otros individuos (neutralizar *esa* amenaza era la finalidad del contrato constitutivo), sino el Leviathan recién constituido. Por otra parte, porque los individuos constituyentes (contratantes) eran en algún sentido

---

<sup>3</sup> Sobre las dos notas del estado de derecho, véase Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 138-139. En general, sobre el estado formal de derecho, véase Böckenförde, “Origen y cambio”.

<sup>4</sup> En efecto, como sostenía H Arendt, ‘la importancia que aún hoy [la idea de el estado de naturaleza] conserva se debe al reconocimiento de que la esfera política no nace automáticamente del hecho de la convivencia y de que se dan acontecimientos que, pese a producirse en un contexto estrictamente histórico, no son auténticamente políticos e incluso puede que no tengan que ver con la política [...]. En efecto, la hipótesis de un estado de naturaleza implica la existencia de un origen que está separado de todo lo que le sigue como por un abismo insalvable’. Arendt, *On Revolution*, 19 [19-20]. *cf.* también Arendt, *Orígenes del Totalitarismo*, 368.

<sup>5</sup> *cf.* Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 167: ‘la declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad’.

acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba.

Y esta fue efectivamente la función política de los derechos: justificar (ex-ante o ex-post) la revolución<sup>6</sup>. Los derechos eran ya ‘la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión’, como en el caso francés, o ‘la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad’, como en el caso norteamericano. El vínculo entre las declaraciones de derechos y la finalidad de la asociación política es en ambos casos explícito: ‘el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre’ (art. 2) dijeron los revolucionarios franceses, mientras la tercera verdad autoevidente para los norteamericanos era que ‘para proteger estos derechos los hombres instituyen gobiernos’. Los derechos invocados por los revolucionarios eran, en consecuencia, *naturales* en el sentido de que ellos eran normativamente previos a la existencia de la comunidad política. El respeto a esos derechos se convirtió en el fundamento de la autoridad de los nuevos sistemas políticos modernos<sup>7</sup>.

2. Pero la visión liberal, aunque dominante, no sería la única tradición moderna. Me interesa en particular prestar atención a una de las ideas centrales de las tradiciones republicana y socialista, de acuerdo a la cual el acto constitutivo de lo político crea una comunidad cuyo valor reside no en la protección que ofrece contra la agresión de otros, sino en que posibilita una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros

substituyendo en su conducta el instinto por la justicia, y dando a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo se ve forzado a obrar por otros principios y a consultar su razón antes que escuchar sus inclinaciones<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Véase Waldron, “Natural rights in the seventeenth century”, 7-13.

<sup>7</sup> Véase Böckenförde, “Origen y cambio”, 33. En este párrafo, las referencias son la a *Declaración de Independencia Norteamericana* (Filadelfia, 1776), y a la francesa *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

<sup>8</sup> Rousseau, *Contrato Social*, Cap. I.8; nótese cómo lo que el pacto social hace posible es, para Rousseau, que los seres humanos desarrollen una ‘capacidad para un sentido de la justicia’, que es precisamente lo que para Rawls es condición necesaria y suficiente de la ciudadanía moral (véase Rawls, *Theory of Justice*, §77). Podríamos también haber hecho referencia a la *Grundrisse* de Marx: ‘El hombre es en el sentido más literal de la palabra un *zoon politikon*, no sólo un animal social, sino un animal que puede desarrollarse como individuo sólo en sociedad’: Marx en McLellan (ed), *Marx’s Grundrisse* 17. *cfr.* también Waldron, “Karl Marx’s ‘On the jewish question’”, 128-129.

En la visión liberal son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El estado es utilizado como un instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales. Las obligaciones de los demás (incluido el estado) y los derechos del agente son correlativos, pero la prioridad normativa corresponde a los derechos<sup>9</sup>.

En esta visión socialista o republicana la comunidad es valiosa porque permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, porque dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la *solidaridad*. La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema ‘de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades’ (que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués<sup>10</sup>) es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjettivos), porque ella implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar

---

<sup>9</sup> F. Laporta ha sostenido la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes implica ‘forzosamente’ la prioridad justificatoria de los deberes (Laporta, “Concepto de derechos humanos”, 25). Pero la tesis de la correlatividad es agnóstica respecto del problema de la prioridad justificatoria, porque sólo afirma que los derechos son correlativos a los deberes. Es curioso que Laporta no haya notado que la tesis de la correlatividad es tan compatible con la idea de que ‘la noción de “derecho” es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de “deber”’ (*ibid*) como lo es con la idea contraria. Sobre lo que él denomina el ‘axioma de la correlatividad’ véase el lúcido análisis de Kramer, *Rights*, 24-49. Una cuestión distinta, por supuesto, es afirmar por *otras* razones (*i.e.* razones adicionales a la mera tesis de la correlatividad) la prioridad de deberes sobre derechos, como lo hacen, entre otros, Weil, *Echar Raíces*, 23; O’Neill, *Bounds*, 98-105, o el propio Kelsen, *Teoría Pura*, 138-142. En todos estos casos, la afirmación de la prioridad del deber sobre el derecho se basa precisamente en *rechazar* (al menos parcialmente) la tesis de la correlatividad (‘al menos parcialmente’ porque la tesis de la correlatividad puede ser entendida en un sentido fuerte: significando que no hay obligaciones sin derechos correlativos ni viceversa, o en un sentido débil: implicando sólo lo segundo pero no lo primero; aceptando, como Kelsen, que puede haber obligaciones sin derechos, aunque no derechos sin obligaciones; véase *infra*, n. 21). La cuestión de la prioridad no es conceptual sino substantiva: ‘el incentivo que funciona en el sistema de libre contrato del mercado abierto es el beneficio personal; el que corresponde a los derechos sociales es el deber público’, dice Marshall, *Citizenship and Social Class*, 43 [74].

<sup>10</sup> Marx, *Critique of the Gotha program*, 215.

pretensiones en conflicto y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de auto-negación que subyace al encuentro de la solidaridad<sup>11</sup>.

3. El avance del socialismo durante el siglo XIX y su énfasis en la idea de comunidad e igualdad tuvo su impacto en la idea de ‘derechos’ y en las antiguas declaraciones. En efecto, desde el punto de vista socialista, el énfasis liberal en los derechos civiles y políticos era unilateral y formalista.

Era *unilateral*, porque miraba al individuo aislado de la comunidad y dejaba fuera de consideración al individuo situado. La lista de derechos con que los liberales dotaban al individuo era una que quedaba definida naturalmente, sin que la existencia de la (artificial) comunidad política fuera relevante. Por supuesto, como hemos visto, los revolucionarios burgueses creían que los derechos eran relevantes para la asociación política porque la protección de los mismos fijaba su única finalidad legítima, pero el hecho de vivir en comunidad no era fuente de ‘derecho’ alguno. Esto no era casual, porque si los derechos fueran concebidos como derechos del ciudadano situado ya no sería posible hablar de la verdad autoevidente de que ‘para proteger esos derechos los hombres instituyen gobiernos’<sup>12</sup>.

Era *formalista*, porque enfatizaba la importancia de las condiciones formales para el ejercicio de la libertad y la búsqueda de la felicidad sin pronunciarse acerca de la importancia de las condiciones sustantivas. Pero las interferencias de otros son simplemente una de las causas de los límites a la libertad. Notoriamente, la carencia de recursos es otra causa.

Es importante notar que estas dos características del pensamiento liberal están conectadas entre sí: es precisamente el unilateralismo lo que permite rechazar el cargo de formalismo (al menos cuando es formulado así: como un cargo). Los derechos que hoy llamamos de ‘primera’ generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de esos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente

---

<sup>11</sup> Christodoulidis, “The Inertia of Institutional Imagination”, 381. Por eso Simone Weil creía que era necesaria una ‘declaración de deberes de la humanidad’. Véase Weil, “Estudio para una declaración”.

<sup>12</sup> *Declaración de Independencia Norteamericana* (1776).

atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad, de modo que es posible, por ejemplo, cargar a todos de acuerdo a sus capacidades (*e.g.* a través de un sistema impositivo progresivo) con la obligación de satisfacer las necesidades cubiertas por los derechos sociales. En la medida en que los derechos cumplen la función de justificar la existencia del estado (es decir, en la medida en que ellos necesitan ser caracterizados con prescindencia de cualquier forma de asociación entre seres humanos), ellos sólo pueden ser los derechos naturales, derechos de esos que hoy llamamos de ‘primera’ generación<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Sólo esta nota para llamar la atención sobre la supuesta distinción entre derechos de ‘primera’ y ‘segunda’ generación sobre la base de la distinción derechos negativos/positivos, y ello sólo para decir que esta distinción es teóricamente irrelevante. Ello en virtud de que una obligación es positiva o negativa según su descripción, y habitualmente encontramos que para cada derecho hay descripciones alternativas disponibles, porque las acciones de cumplimiento de un deber, así como las acciones en general, pueden recibir múltiples descripciones verdaderas (véase Atria, “Legalismo, política y derechos”, en M Alegre, A do Amaral *et al*: *Los Derechos Fundamentales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 119-121). Dada esta constatación, es usual concluir que no hay distinción conceptual entre los derechos de ambas generaciones, una conclusión que se utiliza polémicamente contra pensadores neoliberales que afirman no sólo la diferencia, sino la importancia sólo de los derechos de primera generación (como lo hace, por ejemplo, Kelley, *A Life of One's Own*, 23-29). Dudo de la utilidad de una estrategia argumentativa que consiste en encontrar *algún* derecho de primera generación y declararlo ‘positivo’ para después poder decir, sobre la base de ese contraejemplo, que eso refuta ‘en sus propios términos’ la tesis de la distinción entre derechos negativos y derechos positivos (como lo hace, *e.g.* Elster, “Right to work”). Usualmente el contraejemplo escogido es el derecho al debido proceso (*e.g.* Nickel, “Right to employment”). Esto último contiene en todo caso un error cuya clarificación es provechosa para la distinción que estoy defendiendo. Comenzamos recordando que la distinción relevante no es la distinción entre derechos positivos y derechos negativos, sino la distinción, introducida en esta sección, entre derechos que pueden ser concebidos como naturales porque su justificación normativa no hace referencia a la comunidad y derechos que no pueden ser así concebidos. Respecto del contraejemplo del debido proceso, todo lo que es necesario es distinguir entre el contenido de un derecho en abstracto y el contenido que a la luz de las circunstancias el derecho adquiere. El derecho en abstracto es el de libertad negativa: nadie puede interferir con mis acciones lícitas. Cuando por convención creamos el Leviathan, lo que hacemos es crear un agente más poderoso que cada uno de nosotros, con lo que seremos capaces de salir de la condición natural de la humanidad. Este agente puede interferir con nuestra libertad de maneras en que antes los individuos separadamente no podían, y por lo tanto los modos en que él puede afectar mi libertad negativa están sujetos a ciertas garantías: ahí el debido proceso. No es correcto decir que yo tengo derecho al debido proceso. Lo que tengo es derecho a que el estado no interfiera con mi vida (propiedad, libertad etc) sino en circunstancias especiales (cuando la interferencia es necesaria para salvaguardar los derechos de otros) y en todo caso de un modo adecuado. ‘Debido proceso’ es el nombre que damos al modo de la interferencia (o su antecedente) cuando es adecuado. En general, es posible decir: la vida en asociación hace posible nuevas formas de violación

Ahora podemos ver cómo todo calza: los derechos hicieron su irrupción histórica como justificando la revolución, como proponiendo las bases justificatorias de una nueva forma de asociación entre seres humanos. Por eso la visión liberal era unilateral, y por eso no era formalista (al menos no en sentido peyorativo): no era que otras necesidades fueran menos importantes, sino que ellas no estaban cubiertas por derechos que pudieran ser concebidos como naturales.

4. Pero desde luego, a medida que la revolución empieza a desaparecer del horizonte y que la normalidad empieza a negar (como la normalidad se define por hacer<sup>14</sup>) el recuerdo del momento fundacional, la distinción entre la forma de un derecho (que justifica la preferencia por los bienes que podían ser concebidos como protegidos por derechos naturales) y su sustancia (que precisamente impugna esa diferencia) empieza a perder su contenido emancipador y comienza a ser percibida como opresiva. En efecto, para quienes no tenían acceso a un cierto nivel de bienestar material los derechos aparecían sólo en su aspecto pasivo: como imponiendo deberes de respeto a la libertad de otros. Pero no aparecían en su aspecto activo, porque no hay espacio para la libertad cuando uno está sujeto a la necesidad de la reproducción de la vida<sup>15</sup>. Esta idea aparece claramente en *La Internacional*:

La ley nos burla y el Estado oprime y sangra al productor.

Nos da derechos irrisorios, no hay deberes del señor.

Basta ya de tutela odiosa, que la igualdad ley ha de ser,  
no más deberes sin derechos, ningún derecho sin deber<sup>16</sup>.

---

de los viejos derechos, por lo que en concreto cómo han de respetarse esos derechos depende del contexto. El derecho al debido proceso es simplemente una contextualización del derecho a la libertad negativa, y por eso no es una objeción a la tesis principal (esto ha sido escrito en respuesta a una objeción del profesor Marcelo Alegre).

<sup>14</sup> Por eso Jefferson quería mantener artificialmente el recuerdo del momento fundacional, disponiendo que la constitución debía ser revisada cada diez y nueve años: Jefferson, *Writings*, 1401-2.

<sup>15</sup> Este es un tema central en la obra de Hannah Arendt, que enfatiza la idea de que la libertad sólo es posible en público porque el espacio privado es el espacio de la reproducción de la vida, de la necesidad. Véase Arendt, *Human Condition*, 36-7, 68-73, etc [43-45, 102-103, etc].

<sup>16</sup> La frase es de Marx, y aparece en el Capítulo 4º del panfleto *The International Workingmen's Association. Its Establishment, Organisation, Political and Social Activity, and Growth* (1869): "El Congreso cree que es el deber de un hombre reclamar los derechos del hombre y del ciudadano, no solo para sí mismo, sino para cada hombre que cumple su deber. No más derechos sin deberes, no más deberes sin derechos".

A la unilateralidad y formalismo de la doctrina liberal de los derechos los socialistas (al menos algunos de ellos) respondieron formulando sus propias demandas en el mismo lenguaje<sup>17</sup>. Parte importante de lo que quiero sostener en este artículo se relaciona con el modo en que debemos interpretar este paso, por lo que quiero detenerme aquí un momento. Más adelante sostendré que la idea comunitaria a la que el socialismo apela no es traducible a la lengua de los derechos. Quiero entonces explicar por qué, a mi juicio, ese fue el lenguaje elegido para formular ese ideal<sup>18</sup>. Para eso, sin embargo, deberemos hacer un pequeño desvío conceptual.

5. ¿Qué diferencia hay entre decir ‘dar (o hacer o no hacer)  $x$  a  $w$  es bueno (justo etc)’ y decir ‘ $w$  tiene derecho a  $x$ ’? Espero que sea evidente que ésta es una pregunta fundamental para que tenga sentido empezar a hablar de derechos<sup>19</sup>. No se trata, desde luego, de que las dos cuestiones sean distintas en el sentido de que la respuesta a una no tenga impacto alguno en la respuesta a la otra. No, la cuestión no es de independencia o autonomía sino de diferenciación. Si tiene sentido decir que  $w$  tiene derecho a  $x$ , no puede ser que con eso *sólo* estemos diciendo que es bueno que se dé, haga o no haga  $x$  a  $w$ . Cuando decimos que el comprador tiene derecho a que el vendedor le entregue la cosa ciertamente estamos diciendo mucho más que al decir que es lícito para el vendedor entregar la cosa.

Quizás podamos aprender algo de la noción de derecho mirando al modo de operación de un derecho subjetivo en el sentido jurídico. Para el derecho, lo crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo es la posición en la que se encuentra una persona con *potestad* para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida<sup>20</sup>. No se trata de que el vendedor

---

<sup>17</sup> Probablemente aquí lo más adecuado sería empezar a hablar de ‘socialdemócratas’, porque en cuestiones como estas la tradición socialista empieza a fraccionarse (véase la discusión entre lo que Campbell, *The Left and Rights*, 2-12 llama ‘reformistas’ y ‘revolucionarios’). Con esta advertencia, sin embargo, seguiré utilizando la etiqueta ‘socialismo’.

<sup>18</sup> Esto no es ofrecido como una tesis historiográfica (hasta donde yo sé la historia de los derechos sociales está todavía esperando ser escrita), sino una interpretación de esa tradición hecha desde nuestro tiempo, en particular una que pretende explicar por qué la idea de derechos sociales, en la particular forma juridificada en que hoy es comúnmente defendida, es tan dominante entre los pensadores de izquierda (o, como se les llama ahora, ‘progresistas’).

<sup>19</sup> Villey, por ejemplo, ha mostrado que la idea moderna de derecho subjetivo supone la distinción entre ‘la cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente’ (Villey sigue aquí la definición de Grotius: *cfr.* Villey, “Orígenes de la noción”, 26), y ‘lo justo, el objeto de la justicia’ (*ibid* 34).

<sup>20</sup> *cfr.* Kelsen, *Teoría Pura*, 147-8. Uso ‘potestad’ en el sentido de Hohfeld, *Conceptos Jurídicos*, 67-80.

no tenga obligación de entregar la cosa, porque todos sabemos que esa obligación nace con el contrato y no con la demanda del comprador. Pero sabemos que parte de lo que queremos decir al decir que el comprador tiene un derecho subjetivo es que el comprador tiene una potestad en el sentido hohfeldiano, es decir, tiene un poder normativo para modificar la situación del otro: la manifestación de voluntad del comprador es condición necesaria (aunque desde luego no suficiente) para que el derecho exija coactivamente al vendedor el cumplimiento de su obligación. No puede decirse lo mismo respecto de otras obligaciones que uno puede tener de acuerdo a un sistema jurídico: la exigibilidad de mi deber de pagar impuestos, o evitar matar a otro, no están mediadas por la declaración de voluntad de ninguna persona determinada<sup>21</sup>.

La razón por la cual la obligación es mediada por una declaración de voluntad de un individuo (el titular del derecho) es que la única (o la principal y dominante) razón por la cual el derecho crea esa obligación es atender a un interés del acreedor<sup>22</sup>. Por eso no diríamos que, en países con procedimientos penales acusatorios y principio de oportunidad, el fiscal tiene un *derecho subjetivo* a que los ciudadanos no comentan delitos. Aun cuando la sanción penal es mediada por la acción del fiscal (en el sentido de que si el fiscal no inicia el procedimiento no habrá sanción), la razón por la cual se produce esa mediación no es reducible al interés del sujeto que ocupa el cargo de fiscal.

Si el razonamiento hasta ahora es correcto, estamos en posición de concluir que para que en sentido jurídico podamos hablar de un derecho subjetivo es necesario que una persona,

(i) tenga una obligación

(ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra;

y

(iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra.

---

<sup>21</sup> *cf.* Kelsen, *Teoría Pura*, 141. Este es el argumento kelseniano para negar afirmar la prioridad de la noción de deber sobre la de derecho: hay deberes que no son correlativos a derechos, porque hay deberes que en cuanto a su exigibilidad no están mediados por la declaración de voluntad de otra persona (*cf.* *supra*, nota 9).

<sup>22</sup> Con lo cual pareciera que estoy defendiendo una teoría 'ecléctica' en cuanto al fundamento del derecho subjetivo, ecléctica entre voluntad e interés. Pero no quiero pronunciarme explícitamente sobre esto, que ha de quedar pendiente para otra ocasión.

¿Qué nos dice esto respecto del concepto de derecho tal como aparece, *e.g.* en la expresión ‘derechos humanos’? Es evidente que aquí lo que es crucial desde el punto de vista jurídico (*i.e.* la posibilidad de demandar coactivamente el cumplimiento de la obligación correlativa) deviene irrelevante<sup>23</sup>. Sin embargo, es razonable pensar que el concepto jurídico y el moral de derecho subjetivo son fundamentalmente análogos, por lo que una característica fundamental del concepto jurídico debería corresponder a alguna característica fundamental del concepto moral<sup>24</sup>. En otras palabras: es razonable pensar que las características institucionales que adopta el derecho subjetivo en sentido jurídico son un reflejo de algo importante acerca de los derechos morales que el derecho pretende proteger, y es eso a lo que tenemos que atender ahora.

6. Quiero defender la tesis (nada novedosa, por lo demás) que tener derecho (moral) a  $x$  significa que, en principio<sup>25</sup>, es posible pronunciarse sobre la justicia de dar, hacer o no hacer  $x$  a  $w$  sin necesidad de evaluar el impacto que dar, hacer o no hacer  $x$  a  $w$  tendrá en otros aspectos moralmente valiosos. 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, conclusión a la que podemos llegar sin necesidad de considerar el impacto que la acción de cumplir su promesa tendrá en otras cuestiones moralmente valiosas. 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,

---

<sup>23</sup> Véase Dabin, *Derecho Subjetivo*, 121-128.

<sup>24</sup> Formulo este argumento con cierta cautela, para no ser malentendido. La cuestión recuerda el problema, largamente debatido en la tradición analítica del positivismo jurídico, de si el ‘concepto’ de obligación jurídica era el mismo que el ‘concepto’ de obligación moral. No estoy afirmando que derechos (morales y jurídicos) sean la misma cosa, que ambos se encuentran en los códigos inmutables del derecho natural, ni nada parecido. Sólo estoy suponiendo que hay entre ambos ‘notables semejanzas que bastan para mostrar que su vocabulario común no es accidental’ (Hart, *Concept of Law*, 172 [214], con referencia al concepto de obligación). Por eso, una explicación del concepto que muestra que lo que es jurídicamente crucial *corresponde* a alguna característica que es moralmente crucial es, *ceteris paribus*, una mejor explicación que otra que no muestra eso. Nada más debe leerse en el argumento del texto principal.

<sup>25</sup> ‘En principio’, porque el argumento no supone que es una verdad conceptual que los derechos no sean derrotables. Sobre el problema de la derrotabilidad en general, véase Atria, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, en 45 *Revista de Ciencias Sociales* (2000): 437-467, e *idem*, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002), caps. 1 y 5.

de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que a 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<sup>26</sup>.

Lo anterior nos permite desde luego conectar la noción de derecho subjetivo en sentido jurídico con la noción moral correspondiente. Hemos visto que jurídicamente lo crucial para poder hablar de derecho subjetivo es que la exigibilidad de la obligación del deudor esté mediada por la voluntad del acreedor. 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. Jurídicamente esta nota se manifiesta a través de la exigibilidad mediada. El derecho entiende que el que mejor conoce sus intereses es el propio interesado (salvo en casos especiales, para los cuales el derecho cuenta con otros medios como las reglas sobre incapacidad y representación, para los casos en que una persona no sabe proteger sus intereses, o sobre auto-contratación, cuando está a cargo de intereses propios y ajenos, o sobre (*e.g.*) insinuación, cuando están en juego los intereses de otros).

Nótese que las observaciones anteriores sobre el concepto de derecho subjetivo son bastante parcas desde el punto de vista de las cuestiones substantivas que esta noción plantea. En particular, esas consideraciones son silenciosas respecto de problemas como los siguientes: (i) el peso de los derechos frente a las consideraciones morales que ellos hacen irrelevante; (ii) la correcta manera de describir el razonamiento moral conforme a

---

<sup>26</sup> Véase Waldron, "A right to do wrong?". Hay por eso algo de paradójico en la noción de derecho moral, porque tener derecho a *x* significa entonces que es justo dar, hacer o no hacer *x* aun cuando tomando en cuenta otras consideraciones sería mejor no dar, hacer o no hacer *x* (esta es la objeción estándar de utilitaristas de actos contra utilitaristas de reglas, expresada de modo categórico en Smart, "Extreme and restricted"). Por eso nótese que los contextos en los cuales el concepto moral de derecho es aplicable de modo más adecuado son contextos altamente institucionalizados, como el contexto ya mencionado de la promesa. La cuestión ha sido discutida de modo inmejorable por Rawls, "Two concepts".

derechos, si se trata de lo que Raz ha denominado razones excluyentes<sup>27</sup> o simplemente de razones especialmente fuertes de primer orden; y (iii) las condiciones de derrotabilidad de los derechos<sup>28</sup>. En principio, uno pensaría que la respuesta a este y otros problemas no puede ser zanjada con argumentos sobre la correcta comprensión del *concepto* de derechos y requiere una teoría substantiva, moral o política.

Pero lo anterior sí nos muestra qué se sigue del hecho de que una teoría moral entienda a los derechos como el concepto central: sabemos que esa teoría substantiva afirma que las consideraciones morales no cubiertas por derechos sólo son moralmente relevantes para determinar la justicia de una acción o situación cuando los derechos involucrados ya han sido satisfechos. Al declarar a los derechos como el concepto moral fundamental, los intereses que esos derechos protegen son doblemente priorizados: en tanto conceptos fundamentales (*i.e.* esos son los intereses más importantes) y en tanto derechos (porque en principio no compiten con intereses no protegidos por derechos). Así, por ejemplo, en la teoría de la justicia de J Rawls la libertad es doblemente priorizada: por un lado, la libertad es un *derecho*, por lo que para saber cuál es la extensión de la libertad sólo es necesario mirar a la situación del acreedor (o titular) de ese derecho y los deudores (cada uno tiene derecho a ‘la libertad básica más extendida compatible con una libertad similar para los otros’<sup>29</sup>) y está adicionalmente ordenada lexicográficamente con el segundo principio. Por eso la tesis de Dworkin, que los derechos son ‘cartas de triunfo’<sup>30</sup> no es puramente estipulativa: ella refleja una de las características básicas de la idea misma de ‘derechos’.

Que de la sola consideración del concepto de derechos subjetivos no se sigan muchas consecuencias substantivas no significa, por tanto, que una teoría substantiva que afirme que los derechos son *fundamentales* en el sentido de que son el fundamento de la legitimidad de la asociación política sea igualmente agnóstica. Esto es importante porque el hecho de que al menos

---

<sup>27</sup> En Raz, *Practical Reason and Norms*, 37-48 [39-54].

<sup>28</sup> Véase *supra* n. 25.

<sup>29</sup> Rawls, *Theory of Justice*, §11.

<sup>30</sup> Dworkin, “Rights as Trumps”.

ciertos derechos son fundamentales es algo que puede, en el estado actual de la discusión, darse por establecido. Si no fuera por otra razón, porque así lo afirman todas nuestras constituciones. Por eso lo que resulta interesante es estudiar el problema de cuáles son las consecuencias *sustantivas* de utilizar el aparato conceptual de los derechos, y eso es lo que quiero hacer en lo que sigue.

7. Aclarados como lo hemos hecho los conceptos, ahora podemos entender la especial importancia que los derechos suelen reclamar. Ella radica en que los derechos en principio sólo conocen como límites otros derechos: ‘el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos’, dice la declaración francesa (art. 4). Por consiguiente, las demandas socialistas sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el conflicto entre esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho (permitido) y no de derecho contra utilidad general o aspiración comunitaria (no permitido).

En efecto, si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, la respuesta liberal habría indefectiblemente de ser que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir con los derechos. Al presentarlas como derechos, el liberalismo se veía enfrentado a un dilema, porque debía optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de ‘primera’ generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad ‘formal’, aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que ellas<sup>31</sup>.

Un ejemplo de un ataque al liberalismo que sigue el modelo anterior, formulado precisamente desde una perspectiva socialista, es el de G A Cohen

---

<sup>31</sup>Aquí sólo un ejemplo de un argumento que hoy por hoy se ha hecho estándar: ‘si los derechos fundamentales apuntan a lo que es fundamentalmente importante para el bienestar humano, no podemos excluir de su área los recursos materiales. En particular se ha dicho a menudo que, sin un mínimo de bienestar material, los derechos civiles y políticos tienen escaso valor y relevancia para los seres humanos’ (Jones, *Rights*, 147).

contra R Nozick:

Desde luego, Nozick nos quiere hacer creer, que la propiedad de uno mismo [*self-ownership*] que él favorece es más que meramente formal. En el capítulo III de *Anarchy, State and Utopia* él sostiene que cada persona debe ser libre de vivir su propia vida, un *desideratum* que es supuestamente asegurado por los derechos que constituyen la propiedad sobre uno mismo [*self-ownership*] nozickeana. Pero Nozick también cree que el proletario más abyecto – llamémoslo *Z* – que debe elegir entre vender su fuerza de trabajo a un capitalista o morir, goza de los derechos relevantes<sup>32</sup>.

Para decir lo primer Nozick necesita entender la propiedad sobre uno mismo en el sentido de *control* sobre la propia vida (noción que, según él está vinculada a la idea de llevar una vida ‘con sentido’<sup>33</sup>). Pero *Z* no tiene control, sobre su vida en este sentido. Para decir que *Z* es dueño de sí mismo Nozick necesita recurrir a una noción más débil de dominio sobre uno mismo, un concepto meramente formal de propiedad sobre uno mismo. Éste es el dilema del liberalismo que la idea de derechos sociales pretendía explotar: o los liberales afirman la prioridad de los derechos de primera generación, declarando a *Z* libre en el sentido relevante, y demostrando que no les preocupa la libertad *real* de todos (sino que sólo quieren decir por libertad ‘la libertad de los dueños de la propiedad privada de hacer lo que quieran con su propiedad’<sup>34</sup>) o adoptan un concepto substantivo de libertad, uno que niegue la prioridad de la forma sobre la substancia.

El contraste entre las ideas originalmente defendidas por Nozick en *Anarchy, State and Utopia* y la crítica de Cohen es interesante para nuestros efectos, porque la de Nozick es precisamente una filosofía política basada en derechos. Eso la hace una filosofía política formalista<sup>35</sup>; la crítica de Cohen se basa en la arbitrariedad de usar la noción de derechos (y su complemento, aunque él no usa esa expresión, la noción de relación de derecho privado) como concepto central de la filosofía política.

Estoy consciente de que el párrafo anterior debe haber resultado oscuro a muchos lectores, por lo que intentaré aclararlo. Cohen discute la siguiente tesis, que (justamente) imputa a Nozick (sigo la numeración de Cohen):

---

<sup>32</sup> Cohen, *Self-ownership*, 100.

<sup>33</sup> Nozick, *Anarchy*, 50 [60].

<sup>34</sup> Cohen, *Self-ownership*, 90. Recuérdese los versos de *La Internacional* citados supra, §4.

<sup>35</sup> En el sentido no peyorativo de Weinrib, *Idea of Private Law*, 22-55.

(8) Si *Z* es forzado a hacer *A* o *B*, y *A* es lo único que sería razonable que haga, y *Z* hace *A* por esa razón, entonces *Z* es forzado a hacer *A*<sup>36</sup>.

La discusión de fondo es: el trabajador que se ve ante la alternativa de trabajar (recibiendo el salario de mercado) o vivir en la miseria, y que por eso elige trabajar, ¿es *forzado* a trabajar? Según (8), pareciera que lo es, porque la opción entre trabajar y padecer miseria no es razonable. Pero, por supuesto, si se concediera que el trabajador es *forzado* a trabajar no podría decirse que bajo el capitalismo los trabajadores son libres, y no podría decirse que la sociedad capitalista es una sociedad libre.

Como Nozick quiere poder decir estas últimas dos cosas, él tiene que mostrar por qué, a pesar de que acepta (8), el proletario que se ve enfrentado a la opción de vender su poder de trabajo o enfrentar la miseria es, en el sentido relevante, libre. Para esto, Nozick sostiene que las restricciones que otros ponen a las opciones que una persona tiene abiertas no disminuyen la libertad de éste, ni la voluntariedad de sus acciones, en la medida en que el otro tenga derecho a ponerlas:

La cuestión de si las acciones de una persona son voluntarias depende de qué es lo que limita sus alternativas. Si las limitan los hechos de la naturaleza, las acciones son voluntarias (puedo caminar voluntariamente a un lugar al cual preferiría volar por mí mismo). Las acciones de otras personas limitan las oportunidades abiertas para uno. Para decidir si esto hace a las acciones resultantes de uno voluntarias es necesario determinar si los otros tenían derecho a actuar como lo hicieron<sup>37</sup>.

La explicación de por qué ‘un pensador extremadamente agudo’<sup>38</sup> como Nozick sostendría una tesis tan implausible es que la teoría de Nozick es una teoría de la justicia que podríamos llamar de derecho privado. El derecho privado, como ha mostrado elegantemente E Weinrib<sup>39</sup>, se basa en la idea de que lo que una persona debe a otra es determinado no por consideraciones externas (*i.e.* externas a la relación entre ambas partes) de justicia sino por la especial configuración de la relación entre las partes. Por eso Nozick cree que no puede saberse si la limitación de las opciones que *Z* sufre es una merma de su libertad sin saber si quien las crea (esas limitaciones) ha actuado con derecho a hacerlo o no. Desde el punto de vista de una consideración

---

<sup>36</sup> Cohen, *Self-ownership*, 35.

<sup>37</sup> Nozick, *Anarchy*, 262.

<sup>38</sup> Cohen, *Self-ownership*, 36.

<sup>39</sup> Weinrib, *Idea of Private Law*, 8-16.

externa (a la relación), que es la óptica asumida por Cohen, es evidente que para responder la pregunta sobre si *Z*, en el caso, es libre o no debemos saber (a) cuán significativa es la opción que le resta a *Z* y (b) en qué consiste la libertad (cuestión que viene dada por una teoría de la libertad que es en principio externa a la relación entre *A* y *B*). Estas dos cuestiones son declaradas irrelevantes en la medida en que la teoría de la justicia es construida sobre el supuesto básico, como lo hace Nozick, de que la justicia de la situación en la que se encuentra una persona, o la justicia de una acción, depende de las características de la relación que une a las partes involucradas.

Nótese el formato de la cuestión: los derechos, en Nozick, son naturales en el sentido de que no son artificialmente creados por el Estado ni por la asociación política (las partes tienen derechos en el estado de naturaleza<sup>40</sup>), y lo que es justo se determina mirando solamente a la manera en que los derechos que las partes tienen afectan una determinada acción o situación. Esto lleva naturalmente a una teoría de la justicia distributiva que es fundamentalmente justicia conmutativa (una teoría basada en los títulos, más que una teoría basada en patrones, como dice el propio Nozick<sup>41</sup>).

8. Ahora podemos, entonces, entender la aparición de la ‘segunda’ generación de derechos frente a la primera: quien acepta la primera lo hace como un vacío gesto formal, a menos que acepte también la segunda. Y por eso hay algún sentido en que es correcto decir, con N Bobbio, que haber logrado la incorporación de los derechos de segunda generación en un pie de igualdad con los de la primera puede ser considerado

una de las conquistas más clamorosas [...] de los movimientos socialistas que han sido identificados al menos hasta ahora con la izquierda<sup>42</sup>.

La idea aquí no es que a los liberales les importan sólo las libertades civiles y políticas y que a los socialistas les importan sólo los derechos sociales<sup>43</sup>. Liberales y socialistas defienden los bienes detrás de ambas

---

<sup>40</sup> Sobre el estado de naturaleza, véase Nozick, *Anarchy*, 3-25 [17-38]

<sup>41</sup> Weinrib, *Idea of Private Law*, 150-160.

<sup>42</sup> Bobbio, *Derecha e Izquierda*, 151; para Peces-Barba, los derechos sociales son ‘una aportación socialista original al acervo de los derechos humanos’ (en Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 413); por su parte, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 175, denomina a los derechos sociales ‘derechos y pretensiones *socialistas* (o más suavemente: sociales)’ (énfasis agregado). *cfr.* también Waldron, “Nonsense upon stilts?” 158.

<sup>43</sup> O ambos, como solía sostenerlo la propaganda soviética. Véase *e.g.* .

generaciones de derechos<sup>44</sup>, pero la diferencia estriba en la razón por las que ellos son importantes en cada tradición. En la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés (porque ellos no dependen de sino anteceden a la comunidad) o, para expresarlo de una manera más elegante, en lo que Rawls llama el ‘mutuo desinterés’<sup>45</sup>. El liberalismo, en su variante ‘progresista’, acogió la idea de derechos sociales, pero para fundarlos debe recurrir a una concepción más amplia que lo común de auto-interés, un *enlightened self-interest*. Por eso, los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado.

Steven Holmes ha mostrado, de hecho, que los autores liberales clásicos efectivamente reconocían la existencia de ciertos ‘derechos de bienestar’ [*welfare rights*]. Pero precisamente como ellos manejaban una noción ‘natural’ de derechos, *i.e.* derechos existentes en el estado de naturaleza (derechos en cuya justificación normativa el hecho de vivir en comunidad no aparece), esos derechos de bienestar sólo podían tener como límite máximo ese estado: es irracional acceder a un pacto constitutivo si en virtud del pacto el sujeto quedará peor de cómo estaba en el estado de naturaleza<sup>46</sup>. Si uno no tuviera un derecho de bienestar, un derecho a un nivel de vida apenas superior a la vida ‘solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve’ de que habla Hobbes<sup>47</sup>, entonces los demás ciudadanos no podrían exigirle respeto a la autoridad. Por eso los derechos de bienestar que Holmes encuentra en la tradición liberal no son derechos sociales en el sentido socialdemócrata, sino derechos a un mínimo<sup>48</sup>. Lo que los ofende no es la

---

<sup>44</sup> Como dice el mismo Bobbio: ‘¿Qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?’ Bobbio, *Derecha e Izquierda*, 141. Véase adicionalmente *infra*, n. 48.

<sup>45</sup> Rawls, *Theory of Justice*, 13-14 [31]. Véase Atria y Michelon, “Is Rawls egalitarian? A critique of the difference principle” (inédito, disponible por correo).

<sup>46</sup> Hobbes, *Leviathan*, 21 [178].

<sup>47</sup> *ibid.* Cap. 13 [103]

<sup>48</sup> Holmes invoca a autores liberales clásicos como Smith, Montesquieu, Locke y Hobbes, entre otros. Para Hobbes las leyes del estado debían proveer a la mantención de quienes ‘por accidente evitable, resultan incapaces para mantenerse a sí mismos’ (Hobbes, *Leviathan*, Cap. 30 [284]; *cfr.* Holmes, “Liberal Guilt”, 88); Smith destacaba la necesidad de que el gobierno se hiciera cargo de ‘la ayuda a los pobres’ (Smith, *Wealth of Nations*, V.i.d.5 [641]; *cfr.* Holmes, “Liberal Guilt”, 90); para Montesquieu, se trata de dar ‘a los obreros en necesidad momentánea [...] un socorro rápido, tanto para prevenir el sufrimiento del pueblo, o para evitar una rebelión’ (Montesquieu, *Espíritu de las Leyes*, Cap. 23 §29; *cfr.* Holmes, “Liberal Guilt”, 95); Locke, por último, reconoce a cada uno un título sobre la riqueza de los demás, ‘para mantenerlos alejados de la necesidad extrema, en tanto carezcan de medios para subsistir de otra manera’ (Locke, *Two Treatises*, i §42 [85]; *cfr.* Holmes, “Liberal Guilt”, 86).

desigualdad, sino la pobreza<sup>49</sup>.

En la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de un forma superior de comunidad, una en que (*e.g.*) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades. Esta es precisamente la idea discernible en el análisis ofrecido por T H Marshall<sup>50</sup>. Los derechos sociales constituyen una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales de los que nos habla Marshall son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria. Ahora la sola pertenencia a la comunidad política es suficiente para fundar esos derechos. La diferencia entre la ciudadanía liberal (*i.e.* derechos civiles y políticos, en términos de Marshall) y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad que se caracteriza porque sus miembros ‘no tienen interés en los intereses de otros’<sup>51</sup>, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro, un interés que se extiende, como lo expresara el *slogan* del *National Health Service* británico, ‘from cradle to grave’ (desde la cuna hasta la tumba).

La distinción entre (la eliminación de la) pobreza y desigualdad nos da la clave para distinguir entre una concepción que llamaré ‘liberal’ y una ‘socialista’ de los derechos sociales. Como sostiene Marshall, La reducción de las desigualdades de clase es también la finalidad de los derechos sociales, pero ha adquirido un nuevo sentido. Ya no es solamente un intento de disminuir los desagrados obvios de la miseria. Ahora se presenta como acción tendiente a modificar todo el patrón de desigualdad social. Ya no se satisface con levantar el nivel del suelo en el subterráneo del

---

<sup>49</sup> Por supuesto, estas maneras diversas de entender los derechos sociales tienen consecuencias institucionales también diversas. Un estado de bienestar liberal se caracteriza por la focalización, lo más precisa posible, de los programas sociales a quienes están por debajo de la línea de la pobreza, y su finalidad se limita a levantarlos hasta esa línea; un estado de bienestar socialista (socialdemócrata), por el contrario, recurre de modo más típico a programas universales y no focalizados (en los estudios comparados de estados de bienestar es común encontrar referencia a una tercera categoría: el estado corporativo de bienestar, pero aquí no necesitamos considerarla). Un buen ejemplo del estado liberal de bienestar es Estados Unidos, mientras países como los escandinavos son los casos ejemplares de estados socialdemócratas de bienestar (Alemania es el ejemplo tradicional del estado corporativo de bienestar). La formulación canónica de estos diferentes ‘mundos’ del capitalismo de bienestar está en Esping-Andersen, *Three Worlds of Welfare Capitalism*; véase también Goodin, Headley, Muffels y Dirven, *Real Worlds of Welfare Capitalism*.

<sup>50</sup> Marshall, *Citizenship and Social Class*, 8-17 [22-36].

<sup>51</sup> Rawls, *Theory of Justice*, 13 [31].

edificio, dejando los pisos superiores como estaban. Ha comenzado a remodelar el edificio completo, y puede incluso convertir un rascacielos en un *bungalow*<sup>52</sup>.

De lo que se trata ahora, entonces, es de examinar cómo estas dos concepciones pueden expresarse a través del razonamiento jurídico.

9. Antes de eso, sin embargo, es necesario enfatizar que en sus principios la noción de ‘derechos (naturales)’ no era parasitaria de la noción de derecho (subjetivo). No era, en otras palabras, reducible *ni* a la tesis de que todos los seres humanos en tanto tales gozan de esos derechos en el sentido jurídico del término *ni* a la tesis de que ellos deberían tener, conforme al derecho del Estado respectivo, esos derechos subjetivos.

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*’<sup>53</sup>. 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*.

Pero esta última idea nada en contra del *Zeitgeist*. Hoy es común encontrarse con la idea de que o los derechos humanos no significan nada, o significan que los seres humanos por el hecho de ser tales de hecho gozan, o (en su versión más plausible) *deberían* gozar de los derechos humanos como derechos subjetivos reconocidos por el sistema jurídico<sup>54</sup>. En otras palabras, hoy parece haber un consenso cada vez más extendido sobre la idea de que los derechos humanos son parasitarios respecto de los derechos subjetivos jurídicos, *en tanto se definen por su relación con éstos*. Esta idea, evidente como puede hoy parecernos, es relativamente nueva. De hecho, por

---

<sup>52</sup> Marshall, *Citizenship and Social Class*, 28 [52].

<sup>53</sup> Véase Atria, “Legalismo, política y derechos”, *supra* n. 13.

<sup>54</sup> Para una formulación bastante explícita de esta idea, véase *infra*, texto que acompaña n. 87.

ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no fue ni pretendió ser una ley, sino una *declaración* sin efectos jurídicos propios<sup>55</sup>. En efecto, ¿cómo podría alguien tener derecho subjetivo a la *seguridad*? Lo mismo puede decirse de la declaración norteamericana, e incluso de la declaración universal de 1948. La declaración universal tenía por finalidad promover ‘una concepción común’ de ellos que permitiera evitar ‘actos ultrajantes para la conciencia de la humanidad’, de modo que, viviendo en ‘un mundo librados del temor y la miseria’, los hombres no se vieran ‘compelidos al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión’<sup>56</sup>. Por eso lo que los pueblos del mundo hicieron fue *declarar* esos derechos, declaración que debe entenderse como un esfuerzo por hacer del mundo un lugar en que las atrocidades que habían ocurrido recientemente fueran menos probables; el mundo es distinto desde que entendemos que él (*todo* el mundo) es habitado por seres que tienen esos derechos. La declaración es un acto performativo, cuyo sentido es cambiar el mundo al declararlo cambiado.

Hoy, sin embargo, todo esto es rápidamente descartado como retórica política, lenguaje ‘metafórico’ o ‘figurativo’<sup>57</sup>, ‘meras’ declaraciones de principio, obligaciones ‘programáticas’ que a nada obligan, *a menos que* los derechos declarados impliquen al menos la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y también en Europa del este<sup>58</sup>) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes.

10. El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años. El problema no es (o no es *sólo*) que hoy sean tribunales los que decidan cuestiones que antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas.

---

<sup>55</sup> La importancia de este hecho es una cuestión que me fuera destacada por Michel Troper.

<sup>56</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Naciones Unidas, 1948), preámbulo.

<sup>57</sup> *cfr.* Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 415-416.

<sup>58</sup> Celebrando este desarrollo véase Schwartz, *Struggle for Constitutional Justice*.

Esto de hecho ha ocurrido y es importante, pero adicionalmente se ha producido un cambio de valoración del derecho y su relación con la política. Hoy el derecho es visto como el *medium* de la acción política. Por supuesto, el derecho siempre estuvo relacionado con la política, al menos en el sentido de que el derecho era el resultado de la política. Pero en algún sentido importante la política gozaba de cierta prioridad frente al derecho.

Para entender esta prioridad, es útil considerar el momento en que ella fue explícitamente formulada en términos de teoría del derecho<sup>59</sup>. Me refiero al surgimiento del positivismo jurídico en la Inglaterra de fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Lo que caracterizaba a ese positivismo no era la pretensión de determinar las condiciones de conocimiento científico del derecho (como en Kelsen<sup>60</sup>), ni proveer un análisis del ‘concepto’ de derecho (como en Hart<sup>61</sup>) sino el objetivo político de afirmar la autonomía del derecho como instrumento político. En términos de N Bobbio, se trataba de un positivismo ideológico o ético<sup>62</sup>.

En efecto, el positivismo jurídico nació junto al estado nación afirmando que el derecho es artificial, y que en consecuencia lo que los juristas llamaban la ‘razón artificial’ del derecho no era sino un disfraz para dar mayor respetabilidad a sus preferencias políticas (habitualmente conservadoras). Siendo el derecho artificial, una manifestación de la *voluntad* del soberano, entonces los juristas y los jueces están sometidos a él. Los juristas y los jueces modernos ya no pueden entender la ley como la habían entendido los

---

<sup>59</sup> *cfr.* Atria, “La ironía del positivismo jurídico”, de próxima aparición en *DOXA* (2005).

<sup>60</sup> *cfr.* Atria, “¿Es posible una ‘Teoría Pura’ de la argumentación jurídica?”, de próxima aparición en Squella (ed), *¿Qué Queda de la Teoría Pura del Derecho?* (Valparaíso: Edeval).

<sup>61</sup> *cfr.* Atria, *supra* n. 59.

<sup>62</sup> Bobbio, *Positivismo Jurídico*, 233-235; Bobbio cree sin embargo que el positivismo ético (en su versión ‘moderada’) afirma el valor del *orden*. Sin embargo esto, así como la versión ‘extrema’ del positivismo ético identificada por Bobbio, parece también ‘propia más de los adversarios que de los defensores del positivismo jurídico’ (Bobbio, *Positivismo Jurídico*, 233). El positivismo ético no tiene por qué afirmar que todo derecho por ser derecho tiene valor, ni siquiera ‘moderadamente’ (véase Atria, “Bobbio y el positivismo ético”, de próxima aparición en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Valparaíso, 2005)). Es posible tener una teoría positivista ética (como es, creo, la mejor interpretación de la tradición positivista) que enfatiza el valor del autogobierno democrático y que defiende la estricta sujeción a la ley del juez (dado un modo de producción del derecho que refleja el autogobierno) como la única manera en que ese valor puede ser servido. En este sentido, véase Campbell, *Ethical Positivism*, y Campbell y Goldsworthy (eds), *Judicial Power*.

medievales, es decir como derivaciones de la ley natural que en consecuencia podían ser derivaciones correctas o incorrectas, sino como manifestaciones de voluntad del soberano que en tanto tales no podían ser correctas o incorrectas: para el juez y el jurista debían ser consideradas *dogmas*. El positivismo es la manifestación jurídica de la idea política moderna de que los gobiernos (y el derecho) son instituidos artificialmente por los hombres, que en consecuencia pueden, como dijeron los revolucionarios norteamericanos en 1776,

reformularlos o abolirlos, e instituir un nuevo gobierno y organizar sus poderes en la forma que a su juicio garantice mejor su libertad y seguridad<sup>63</sup>.

El positivismo era, en este sentido (al igual que el movimiento codificador), un movimiento para asegurar la sujeción a la ley de los ‘sinister interests’ de ‘Judge & Co’<sup>64</sup>, afirmando la prioridad de la política (el derecho como voluntad, no como razón) sobre la razón artificial del derecho<sup>65</sup>.

Hoy, sin embargo, la relación entre derecho y política se ha invertido y se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho. A esta visión, que concibe al derecho como lo que estructura, limita y ordena el conflicto político, la denominaré ‘legalismo’<sup>66</sup>. El legalismo ya no concibe al derecho como el ‘gran ocultador de la opresión’<sup>67</sup>, sino como el medio a través del cual la comunidad se constituye a sí misma. Ahora el derecho expresa ‘el pueblo que queremos ser y la comunidad que aspiramos a tener’<sup>68</sup>. Liberales y republicanos celebran el potencial emancipador del derecho, aunque uno

---

<sup>63</sup> *Declaración de Independencia Norteamericana* (1776).

<sup>64</sup> Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 199-210. Van Caenegem ha enfatizado que ‘históricamente, la codificación fue un arma utilizada en contra de la judicatura’ (van Caenegem, *Judges*, 152).

<sup>65</sup> Por supuesto, esta prioridad creaba una tensión con la noción de estado de derecho, en especial con la noción de estado material de derecho (en la medida en que la idea de estado formal de derecho miraba a la configuración positiva de la potestad legislativa como la mejor garantía, mientras el estado material considera esa garantía insuficiente e introduce criterios materiales de legitimación). Véase en general, sobre este tema, Böckenförde, “Origen y cambio”; véase también Atria, “Legislation and adjudication”, de próxima aparición en *ICON – International Journal of Constitutional Law*.

<sup>66</sup> *cf.*: Shklar, *Legalism*, 111 [125]. Véase adicionalmente Atria, “Legalismo, política y derechos”, *supra* n. 13.

<sup>67</sup> Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*.

<sup>68</sup> Dworkin, *Law’s Empire*, 413.

podría haber esperado algo distinto<sup>69</sup>. Incluso entre las posturas más explícitamente radicales, es a través de la subversión de los significados jurídicos, la detección del contraprincipio que yace, indefectiblemente, escondido bajo el principio, que será posible volver a luchar por los viejos ideales de la izquierda<sup>70</sup>. En la práctica política, especialmente en varios de los países latinoamericanos (Argentina y Chile entre ellos<sup>71</sup>) la idea de utilizar foros judiciales para luchar por el progreso social y político se ha hecho más y más corriente, y esos foros consecuentemente más y más importantes<sup>72</sup>.

El supuesto básico de esta aceptación generalizada del derecho como el medio de expresión del conflicto político es que el derecho es *neutral*, es decir, que el discurso jurídico permite la expresión sin distorsiones de las pretensiones políticas. La idea ha sido explícitamente defendida por Zagrebelsky: el derecho es ‘dúctil’<sup>73</sup>. Lo curioso de esto es que navega en contra de una importante idea, sostenida por autores tan diversos como Pashukanis, Hayek y Marx: que el derecho *no* es neutral, que en algún sentido importante la *forma* del derecho está vinculada a los mismos arreglos políticos y económicos que la izquierda detesta<sup>74</sup>. Marx expresaba esta idea en un famoso pasaje de *Sobre la cuestión judía*:

los llamados derechos humanos, los *droits de l’homme*, a diferencia de los *droits du citoyen*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, los derechos del hombre egoísta, del hombre que vive al margen del hombre y la comunidad [...]. El derecho humano de la libertad no descansa sobre la unión del hombre con el hombre, sino que se basa, por el contrario, en la separación entre los hombres<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> Habermas destaca aprobatoriamente el hecho de que ‘no deja de ser interesante que el republicanismo, como quizás hubiese cabido esperar de su inspiración demócrata-radical, no se convierta en abogado del *judicial self-restraint*’ (Habermas, *Facticidad y Validez*, 351).

<sup>70</sup> Unger, *Critical Legal Studies*; *cf.*: también Unger, *What Should Legal Analysis Become*, y en general (aunque crítico de la crítica crítica) Altman, *Critical Legal Studies*.

<sup>71</sup> Por Argentina, véase la crónica de Böhmer, “La corte de los ‘80””; por Chile, véase Atria, “Revisión Judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en *79 Estudios Públicos* (2000): 347-402.

<sup>72</sup> En Chile y en latinoamérica, influyentes programas de ‘acciones de interés público’ y un uso reiterado de acciones de amparo o (como son denominadas en Chile) protección de derechos constitucionales por parte de ONGs han convertido a las cortes en árbitros de conflictos que hace un tiempo no podría haber sido entendido sino como conflictos políticos por excelencia. Al respecto, véase González, “Evolución y perspectivas”. Véase adicionalmente Correa Sutil, “Cenicienta se queda en la fiesta”, y Atria, “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en *91 Estudios Públicos* (2003): 45-90.

<sup>73</sup> Zagrebelski, *Derecho Dúctil*.

<sup>74</sup> Véase Pashukanis, *Law and Marxism*; Hayek, *Rules and Order*. La explicación del sentido en que Hayek y Pashukanis coinciden en identificar a la *forma* del derecho (no sólo a su contenido) con el capitalismo de mercado está en Bankowski, *Living Lawfully*, 80-89; *cf.*: también Waldron, “Karl Marx’s ‘On the Jewish question’”, 126.

<sup>75</sup> Marx, *Critique of the Gotha program*, 478.

11. Dentro del derecho y de las constituciones, el *locus* natural que sirve de sucedáneo para el conflicto político es el conjunto de derechos reconocidos por las constituciones modernas y/o los tratados internacionales. De hecho, si Zagrebelsky está en lo correcto y el derecho es completamente *dúctil*, las demandas de liberales y socialistas debieran poder reaparecer en el discurso jurídico sin sufrir tergiversaciones, como interpretaciones en competencia de enunciados jurídicos vagos como los que aparecen, por ejemplo, en lo que se denomina la ‘parte dogmática’ de las constituciones.

No cabe duda de que en una buena medida eso es así. Como ha señalado Jeremy Waldron<sup>76</sup> el conflicto jurídico tiende a reflejar el conflicto político. Esto es mucho más evidente cuando se trata de cuestiones jurídicas cuyas consecuencias políticas son especialmente directas, como suele ser el caso tratándose de cuestiones relacionadas con la interpretación y protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, la idea crítica de que el derecho es política es correcta en cuanto implica que el conflicto político se manifiesta en el conflicto jurídico, que éste no es autónomo de aquél.

Sin embargo, para que el derecho sea neutral, es decir, para que a través de él se pueda manifestar el conflicto político sin distorsiones de traducción, no es suficiente que el discurso jurídico carezca de autonomía respecto del discurso político. Se requiere adicionalmente que el derecho sea *completamente dúctil*, en el sentido de que cualquier reclamo político pueda ser manifestado a través de él sin necesidad de distorsionarlo, es decir, sin necesidad de presentarlo de un modo distinto a como en efecto es<sup>77</sup>.

Y es ésta la condición que el derecho no puede cumplir. Una manera de explicar por qué el derecho no puede cumplir esta condición es considerando la discusión sobre la relevancia jurídica de los derechos sociales, porque tratándose de derechos sociales el sentido *jurídico* del sustantivo no es neutral respecto de las dos maneras ya distinguidas<sup>78</sup> de entender el significado *político* del adjetivo.

---

<sup>76</sup> En Waldron, *Law and Disagreement*, 221-231 y *passim*.

<sup>77</sup> Al menos tratándose de posiciones políticas que en términos de Rawls, *Political Liberalism*, 48-58 [67-71] sean *razonables*.

<sup>78</sup> *Supra*, §8.

12. Si el argumento hasta ahora es plausible, una de las formas en las que la confrontación política entre liberalismo y socialismo reaparece dentro del discurso jurídico es como una confrontación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales y la importancia relativa de cada grupo. Parece que en el derecho nuestra época simplemente ha encontrado un nuevo lenguaje en el cual resolver los conflictos de siempre. Ahora quiero mostrar que esta apariencia es engañosa, porque el derecho no permite expresar sin distorsión esos conflictos: el derecho es dúctil, pero no completamente dúctil. Ni siquiera *suficientemente* dúctil.

En abstracto, el argumento es relativamente simple: hemos visto 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. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ *significa* en el juego de lenguaje del derecho. El comprador demandante no necesita probar, para obtener en el juicio, que la sociedad como un todo estará mejor si su demanda es acogida, y el vendedor demandado no puede oponer una ‘excepción de bienestar general’ para excusarse del cumplimiento<sup>79</sup>.

Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. En tanto aquellos sean ‘sólo’ fines agregativos éstos siempre saldrán triunfadores. Como hemos

---

<sup>79</sup> Nada obsta, desde luego, que se reforme el Código Civil y que se cree una excepción de bienestar general.

El argumento sólo implica que, en la medida en que eso fuera el caso, lo que el vendedor tendría dejaría de ser reconocido como un derecho subjetivo (la cuestión es un poco más compleja, sin embargo). Que el vendedor tenga una excepción de utilidad general es estrictamente compatible con que el comprador tenga un derecho a la entrega de la cosa, porque tal excepción podría cumplir la función de la cláusula ‘en principio’ discutida más arriba (*supra* n. 25). Pero si el comprador necesitara probar que su demanda va en el bien general, o si el vendedor pudiera excusarse de cumplir probando solamente que en las circunstancias, es conveniente socialmente que él no cumpla (y no sólo para evitar, parafraseando a Nozick, *Anarchy*, 30n [42n], ‘horrores jurídicos catastróficos’), entonces no podríamos decir que en realidad tiene un derecho).

visto, esa es una de las razones por la que los derechos sociales fueron precisamente presentados como ‘derechos’. Pero por supuesto, una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en la que descansan es negada y la demanda es entendida como una de *individuos* en contra de la comunidad.

El argumento a seguir tiene como corolario que hay un sentido importante en el cual la expresión ‘derechos sociales’ es una contradicción, es tan contradictoria como ‘soltero-casado’. A pesar de esto, mucho esfuerzo e inteligencia se ha gastado en ofrecer una noción de derechos sociales que sea razonable. Sin embargo, persiste siempre una tensión entre lo que depende del contenido del material jurídico positivo (*i.e.* positivado, *puesto*) y lo que depende del modo de operación de las prácticas institucionalizadas que llamamos ‘jurídicas’; una tensión, en otras palabras, entre mirar a la *sustancia contingente* del derecho puesto o a su *forma necesaria de operación* (necesaria, *i.e.* en tanto jurídica) para explicar la especial (devaluada) posición que ocupan los derechos sociales frente a los derechos de primera generación en los sistemas jurídicos occidentales.

Quiero ahora mostrar algunas instancias del fenómeno indicado. Para eso, comenzaremos mostrando cómo la tensión entre la sustancia del derecho y su forma de operación aparece al analizar los modos de operación de los derechos sociales y los bienes que protegen; luego el examen será dirigido a dos propuestas aparentemente contradictorias sobre cómo deberíamos proteger esos bienes, para terminar con un caso en que el discurso jurídico hace estrictamente imposible un significado político<sup>80</sup>.

13. Comenzamos considerando un aspecto de la discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales en la Constitución Española. Como se sabe, la mayoría de los bienes que habitualmente se denominan derechos sociales son agrupados por esta constitución en su capítulo 3º, al que luego se le niega protección judicial. Ante esta situación, autores como L. Prieto se preguntan por qué los denominados ‘principios rectores de la política económica y social’

---

<sup>80</sup> Sostendré que lo que he denominado la ‘concepción socialista’ de los derechos sociales no puede sobrevivir a la juridificación del concepto, la que entonces impone sobre el mismo un significado liberal. Esa concepción es entonces la que ahora discutiremos. Por eso, en lo que sigue utilizaré la expresión ‘derechos sociales’ para referirme sólo a la concepción socialista ya identificada.

del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional ‘jurídicamente devaluados’<sup>81</sup>, en particular si esa devaluación ‘responde en verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión política’<sup>82</sup> (nótese como Prieto ha formulado con toda precisión la tensión identificada más arriba). Como Prieto encuentra en otras partes de la Constitución Española derechos que muestran las posibles notas características de los derechos sociales, pero que están dotados de exigibilidad judicial, inicialmente concluye que si los principios rectores se hallan jurídicamente devaluados

no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan algunas de las características propias de esa categoría de derechos, sino que obedece más bien a la *voluntad* constituyente<sup>83</sup>.

No obstante esta conclusión, Prieto luego nos informa de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido valor normativo a los principios rectores, aunque uno limitado, porque ‘la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones relevantes para el caso’<sup>84</sup>. Cuando la pregunta que Prieto intenta responder es por qué el reconocimiento del ‘valor normativo’ de los principios rectores es limitado de este modo, la explicación que nos ofrece no descansa ya en una ‘decisión política’ de la ‘voluntad constituyente’ contenida en el capítulo III, porque ‘aun cuando’ esa decisión cambiara, permitiendo la protección judicial de esos derechos, es probable que los tribunales no pudiesen llegar mucho más lejos de donde ha llegado la doctrina del tribunal Constitucional [...]. Por *la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional*, de los posibles efectos de sus sentencias y de la fuerza ejecutiva de las mismas, cabe suponer que mientras no se arbitre una articulación detallada de los distintos principios, el otorgamiento de amparo judicial mostraría una virtualidad bastante limitada ante el vacío jurídico de normas secundarias o de organización<sup>85</sup>.

Aquí vemos cómo Prieto se mueve entre los dos extremos del dilema que estamos examinando: si la razón por la cual los derechos sociales están jurídicamente devaluados es ‘una declaración expresa de la voluntad

---

<sup>81</sup> Prieto, *Estudios*, 190.

<sup>82</sup> *ibid*, 187.

<sup>83</sup> *ibid*, 190 (destacado agregado).

<sup>84</sup> *ibid*, 196.

<sup>85</sup> *ibid*, 197-98 (destacado agregado).

constituyente' pareciera que basta cambiar el contenido de esa voluntad para reevaluarlos. Pero si la devaluación se debe a la *naturaleza* de los mecanismos jurídicos de exigibilidad, entonces hemos chocado con los límites de la ductibilidad del derecho. En el primer caso, podemos mantener el derecho como *medium* y dirigir nuestros esfuerzos a cambiar el contenido del derecho, a reemplazar la decisión constituyente por una decisión de contenido contrario; en el segundo caso, intentar cambiar la decisión constituyente sería inútil del modo más irónico, porque 'aun cuando' esa decisión fuera modificada nos encontraremos con que la protección de los derechos sociales no puede ser equiparable a la que gozan los derechos civiles y políticos. Y éste es un 'no puede' que atestigua las limitaciones del lenguaje jurídico como lenguaje institucionalizado: las instituciones son dúctiles, pero no completamente.

Para mostrar que el derecho *no puede* proteger los derechos sociales como puede proteger los derechos civiles y políticos no es suficiente, sin embargo, un argumento abstracto sobre la naturaleza institucional del derecho y el contenido político de sus conceptos: es necesario ver cómo fallan los intentos de torcer la forma del derecho para adecuarlo al contenido buscado. 14. Para apreciar esto puede ser interesante comentar algunas ideas sobre derechos sociales, aparentemente opuestas, que tres autores argentinos han defendido recientemente. Me refiero, por un lado, a *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* de V. Abramovich y C. Courtis, y 'La pobreza, la ley y la constitución' de C. Rosenkrantz. Es interesante destacar que, a pesar de lo alejados que se encuentran entre sí los argumentos de cada uno de ellos (Abramovich y Courtis alegando que los derechos sociales deben ser tratados como los derechos civiles y políticos en cuanto a su exigibilidad y protección jurisdiccional, y Rosenkrantz, por su parte, alegando que debemos considerar seriamente la posibilidad de eliminar los derechos sociales de nuestros catálogos constitucionales) ambos comparten la idea de que los derechos sólo son plenamente reconocidos cuando son jurisdiccionalmente protegibles<sup>86</sup>. En realidad sus argumentos, a pesar de lo disímiles que parecen, son perfectamente complementarios: muestran cuáles son las consecuencias que se siguen del modo en que el derecho entiende los derechos. Al ser ambas

---

<sup>86</sup> Véanse los textos que acompañan a las notas 87 (por Abramovich y Courtis) y 97-98 (por Rosenkrantz).

posiciones insuficientes, como intentaré mostrar, ellas conjuntamente muestran los límites de la ductibilidad del derecho.

En su alegato por la exigibilidad de los derechos sociales, Abramovich y Courtis parten de una posición que puede parecer extraña, porque parecen preferir el agua sucia de la bañera antes que al bebé:

aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social [...] ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento<sup>87</sup>.

Aquí Abramovich y Courtis parecen querer decir que para que un derecho social se encuentre plenamente reconocido no es suficiente (ni necesario) que el Estado satisfaga la necesidad a la que se refiere, porque ese reconocimiento no se alcanzará ‘hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad’<sup>88</sup>. Pero políticamente, desde luego, parece preferible preferir la sustancia a la forma.

A pesar de lo políticamente insensata que pueda parecer, creo que esta posición de Abramovich y Courtis es jurídicamente impecable, porque jurídicamente la forma triunfa sobre la sustancia: 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<sup>89</sup>, 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. Como los derechos sociales son reconocidos como derechos (*i.e.* aparecen como tales en los catálogos de prácticamente todas las constituciones occidentales), la conclusión forzosa es que ellos son tan accionables como los derechos civiles

---

<sup>87</sup> Abramovich y Courtis, *Derechos Sociales*, 37.

<sup>88</sup> *ibid* 37.

<sup>89</sup> Véase *supra*, §5.

y políticos. Estrictamente, todos ellos son *igualmente* accionables, porque su accionabilidad les viene dada por el hecho de que sean reconocidos (o configurados) por el sistema jurídico como *derechos*. Por así decirlo, lo que los hace accionables es que sean *derechos*, con prescindencia de si son o no sociales.

Pero lo que un argumento inteligente da el derecho lo quita. Abramovich y Courtis entienden que los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear<sup>90</sup>. En esos casos, por supuesto, la exigibilidad de los derechos sociales es severamente limitada: No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que *por naturaleza* corresponden a los poderes políticos siendo limitados los casos en que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos<sup>91</sup>.

Nótese la referencia, de nuevo, a lo que *por naturaleza* es el caso: lo que queda excluido de la protección por la ‘naturaleza’ del derecho es *precisamente* la idea central de los derechos sociales en su comprensión socialista: que ellos configuran una forma diferente de comunidad, una en que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros. Sólo una noción de este tipo completa la caracterización del contenido pasivo de esos ‘derechos’.

Habiendo excluido esta dimensión de los derechos sociales, los autores creen poder rescatar algo todavía: la idea de que *algunos aspectos* de esos derechos son exigibles. Pero sorprendentemente (o, quizás: predeciblemente), cuando ellos proceden a determinar de modo preciso cuáles son estos aspectos, lo que aparece no son ni derechos sociales, ni las necesidades que los derechos sociales tienden a satisfacer: la *principal* dimensión de exigibilidad de los derechos sociales, la que ‘queda siempre abierta’, nos dicen los autores, es

---

<sup>90</sup> Porque, como hemos visto, la caracterización de su aspecto activo no caracteriza completamente su aspecto pasivo (véase *supra*, §3). Aquí no basta saber que *w* tiene derecho a *x* para poder concluir quién tiene qué obligación. Quizás a la vista del caso particular el juez puede llegar a la conclusión de que sería bueno o justo o correcto que se proveyera al demandante del servicio que reclama, pero de eso no se sigue respuesta a la pregunta de quién ha de ser el proveedor.

<sup>91</sup> Abramovich y Courtis, *Derechos Sociales*, 44 (énfasis agregado).

la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho<sup>92</sup>.

Pero al hablar de esto no estamos hablando de la exigibilidad de los derechos sociales, sino del viejo derecho a la igualdad formal, el derecho a la igualdad que aparece en la declaración francesa de 1789 y la americana de 1776: la igualdad de ricos y pobres para atender una mediocre escuela pública, o postular a una minúscula vivienda pública, o concurrir a un desmedrado consultorio de salud estatal. ‘Mediocre’, ‘minúscula’ o ‘desmedrado’ no porque la provisión de servicios públicos sea desigualitaria (en nuestros países *todas* las escuelas, viviendas y consultorios públicos son mediocres, minúsculas o desmedradas en comparación con sus equivalentes privados). Lo que Abramovich y Courtis dejan ‘siempre abierto’ no implica estándar alguno de evaluación entre los sistemas públicos y privados<sup>93</sup>.

Pero aun cuando es posible ir más allá de lo que ‘queda siempre abierto’, y cuando la violación a un derecho social puede ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea ‘reformulada [...] en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica’<sup>94</sup>. De este modo el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a *todos* (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen ante el

---

<sup>92</sup> *ibid*, 43.

<sup>93</sup> De hecho, tampoco implica un estándar significativo entre un servicio público determinado, porque como Marshall señalaba, la provisión progresiva de un cierto beneficio puede implicar desigualdades formales. Véase Marshall, *Citizenship and Social Class*, 35 [62]. Nótese aquí el dilema: o el ‘aseguramiento igualitario del servicio’ impide la mejora progresiva por parcialidades (porque una mejora de algunas escuelas, que no beneficia a los usuarios de otras, sería contraria al derecho al ‘aseguramiento igualitario del servicio’ de éstos), por lo que deberíamos concluir que sólo la reforma completa del servicio es compatible con los derechos sociales (lo que significa que los espacios políticos de reforma son prácticamente inexistentes), o no lo impide (y entonces deberíamos concluir que un derecho al ‘aseguramiento igualitario’, que no impide ni distinciones *entre* la calidad de los servicios públicos y privados ni distinciones *dentro* de un servicio público tiene en realidad una utilidad bastante limitada).

<sup>94</sup> Abramovich y Courtis, *Derechos Sociales* (el destacado es agregado).

juez como no distribuidas, es decir, como objetivos de política o aspiraciones comunitarias, y por eso los derechos las triunfan). Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no *puede ser* un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.

Abramovich y Courtis creen que ellos pueden aprovecharse de la ductilidad del derecho y apropiarse del término ‘derecho subjetivo’ sin por eso hacerse cargo del ‘contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esa noción’<sup>95</sup>. Pero si el argumento hasta ahora es correcto, los conceptos muerden de vuelta de modo perverso: no se trata de que Abramovich y Courtis hayan adaptado la noción individualista de derecho subjetivo a sus finalidades sociales, sino que sus finalidades sociales han sido secuestradas por el concepto que han elegido. Para cambiar el sentido político de un concepto jurídico no basta querer cambiarlo<sup>96</sup>.

15. C. Rosenkrantz, por su parte, llega a la conclusión precisamente opuesta: como el derecho no puede redimir la promesa de los derechos sociales, éstos en tanto derechos *jurídicos* están condenados a mantenerse como una promesa incumplida, devaluando de paso las *otras* promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos: ‘la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución’<sup>97</sup>. Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos, entonces tenemos razones para cuidar la credibilidad de la constitución, y para eso debemos remover los derechos sociales de nuestras constituciones.

Rosenkrantz, agudamente, percibe que el problema está en la manera (contingente a su juicio) en que los derechos se entienden en la cultura jurídica argentina:

Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción,

---

<sup>95</sup> *ibid.*, 58.

<sup>96</sup> Los autores se percatan de algo parecido que ocurrió cuando se intentó utilizar el derecho privado para proteger derechos no patrimoniales ‘como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los llamados derechos personalísimos’. El derecho sólo pudo otorgarles protección judicial modificándolos, traduciendo ‘su afectación a términos de rendimiento económico’ (*ibid.*, 51n51). Sin embargo, no se dan cuenta de los efectos devastadores que para la idea original de derechos sociales (o derechos no patrimoniales, como en este caso) esta necesidad de ‘traducción’ implica.

<sup>97</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 247.

la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciará el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social<sup>98</sup>.

Supongo que nos mantenemos fieles a Rosenkrantz si corregimos esta afirmación ligera aunque significativamente. Lo determinante no es la cultura *jurídica* del país del caso, porque para el derecho no hay derechos subjetivos sin acción (en otras palabras: en la ‘cultura jurídica’ occidental, la idea jurídica de derecho subjetivo está *siempre y necesariamente*, no contingentemente, vinculada a la *acción* para exigir el cumplimiento coactivo<sup>99</sup>). El problema al que apunta Rosenkrantz es la existencia contingente de una cultura política en la cual los enunciados *políticos* sobre derechos son entendidos como si fueran parasitarios de enunciados jurídicos sobre derechos.

Este énfasis en la distinción de lo jurídico y lo político puede parecer un purismo pasado de moda, pero en realidad la cuestión es importante, como lo demuestra precisamente el caso de los derechos sociales. Los derechos sociales *no pueden* ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos, como hemos visto que Abramovich y Curtis efectivamente hacen.

Rosenkrantz por supuesto no alega que por eso no debemos preocuparnos de obtener bienes como salud, educación, vivienda y trabajo para todos: sólo alega que esos bienes no pueden estar protegidos constitucionalmente por derechos sociales, a menos que estemos dispuestos a poner en peligro todo el sistema de derechos fundamentales.

El significado *político* de aceptar la tesis de Rosenkrantz, sin embargo, es profundamente conservador. Una constitución como la que defiende Rosenkrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución chilena de Pinochet llegó tan lejos como el argumento de Rosenkrantz sugeriría<sup>100</sup>. Y esta posición extremadamente conservadora no se sigue de argumentaciones

---

<sup>98</sup> *ibid.*, 247-8.

<sup>99</sup> Véase *supra*, §5.

<sup>100</sup> Al hacerle presente esta objeción al profesor Rosenkrantz, él se defendió diciendo que no temía ser acusado de derechista porque él no era derechista. Pero esto hace su posición más insostenible: el derechismo de su posición no se basa en un argumento derechista, sino en consideraciones sobre el derecho y los derechos. ¿Qué mejor demostración podría uno pedir de que el lenguaje del derecho no es neutral políticamente? Si uno va a defender una tesis derechista, ¿no sería razonable hacerlo porque uno es derechista?

conservadoras de Rosenkrantz, sino de una premisa que hoy parece evidente: que la constitución es ‘la última palabra en la determinación de la acción política’<sup>101</sup>, y que adicionalmente la constitución debe ser entendida como un texto jurídico cualitativamente igual a las leyes y otras normas<sup>102</sup>. Paradojalmente, el argumento de Rosenkrantz lleva a la misma conclusión que el esfuerzo de Abramovich y Courtis: si el discurso político es parasitario del discurso jurídico, si el derecho es el medio a través del cual la política se manifiesta, si el lenguaje del derecho es el lenguaje de la política, entonces la promesa de los derechos sociales debe ser ignorada.

El texto de Rosenkrantz es especialmente importante porque muestra de modo evidente el efecto *político* del discurso jurídico: Como está visto, la colonización de la política por el derecho hace ininteligible la pretensión socialista de un nuevo modo de comunidad, originalmente expresado en el lenguaje político (no jurídico) de los derechos. Al mismo tiempo, impone una concepción liberal de los derechos. Pero la colonización de la política por el derecho se presenta a sí misma como neutral, en el sentido de que es agnóstica entre liberalismo y socialismo (y otros, desde luego). Precisamente para mantener ese agnosticismo, Rosenkrantz presenta lo que a su juicio es su argumento más fuerte en contra de la constitucionalización de los derechos sociales, una objeción que él denomina ‘epistémica’ y que se basa en el hecho de que hay desacuerdo sobre los derechos sociales.

Dado ese desacuerdo, insistir en la constitucionalización de los derechos sociales excluye a quienes no están de acuerdo con nuestra visión de ellos: ¿Cómo hará [usted] para sentirse integrado con el resto de nosotros en una comunidad política cuando sus opiniones en temas tan importantes que todavía no han sido políticamente saldados no pueden producir ningún resultado político en razón de que nuestra visión sobre los mismos temas ha sido privilegiada mediante su inclusión en la constitución?<sup>103</sup>

Pero para quienes creen en los ideales comunitarios que justifican los derechos sociales, la situación es precisamente ésta: sus opiniones políticas

---

<sup>101</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 248.

<sup>102</sup> No he discutido aquí la cuestión del significado de esta re-conceptualización de la constitución. Algo he dicho, sin embargo, en Atria, “Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo”, en J Pallavicini y R Herrera (eds): *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (Santiago: Contraloría General de la República, 2002), y en “La constitución y la contingencia de lo político”, de próxima aparición en *DOXA* (2004).

<sup>103</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 250.

sobre la comunidad decente no pueden producir resultado político alguno, porque el lenguaje que deben usar para expresarlas los obliga a traicionarlas. La situación es aún más grave que la situación que preocupa a Rosenkrantz, porque en nuestro caso el excluido no puede ni siquiera levantar su voz en contra de la exclusión<sup>104</sup>. Su pretensión original no se escucha, pero tampoco se escucha su reclamo de que su pretensión original no se escucha. El derecho es ciego, y ciego incluso a su propia ceguera. El derecho, hablando a través de Rosenkrantz, tiene ojos para ver la situación de exclusión en la que quedaría el partidario de Nozick en una sociedad que constitucionaliza los derechos sociales, pero no tiene ojos para ver la exclusión del socialista cuyo alegato sólo puede ser formulado en el lenguaje de los derechos subjetivos si es distorsionado, transformado en un alegato distinto, liberal.

16. Quiero terminar esta parte comentando un ejemplo más de lo que hemos estado discutiendo. Gregorio Peces-Barba ha sostenido que el ‘socialismo del futuro’ debe prescindir de una de las demandas características del socialismo socialdemócrata, la idea del derecho al trabajo. La razón por la cual sostiene

---

<sup>104</sup> No me referiré aquí (más que en esta nota) al extraño naturalismo de Rosenkrantz respecto a la identidad de la comunidad política: Rosenkrantz parece creer que la comunidad política tiene límites naturales, y que en consecuencia la constitución debe ser una carta de compromiso entre todos aquellos que están de antemano incluidos (*ibid* 250). Pero desde luego no es así: la comunidad se constituye a sí misma, y por eso las constituciones se denominan, precisamente, ‘constituciones’ (véase Rubinfeld, *Freedom and Time*, 131-144). Cuáles diferencias son suficientes para estructurar, en términos de Schmitt, *Concepto de lo Político*, 56, la división propiamente política de ‘amigo/enemigo’ es en sí misma una cuestión política. En la segunda mitad del siglo XIX en Estados Unidos la creencia o no en la igualdad de blancos y negros fue suficiente para llevar el conflicto a su nivel máximo de intensidad (*i.e.* se convirtió en una cuestión política). En Chile durante los años 70 fue la diferencia marxista/antimarxista. El ejemplo muestra que no podemos dar una respuesta que cubra todos los casos (como las dan los que ingenuamente sostienen que la distinción amigo/enemigo es ajena a la política democrática), porque es la cuestión política por excelencia. Imputándole creencias que a mi me parecen razonables, imagino que Rosenkrantz sostendría que los americanos (del norte) tenían razón al insistir en el fin de la esclavitud como un criterio básico de definición de la comunidad, uno que justificaba someter (o expulsar) a los que no lo compartieran, y que los chilenos (de Pinochet) no tenían razón al definir la comunidad sobre la base del antimarxismo (tener razón=yo habría luchado con ellos). La constitución no representa el acuerdo de un grupo preexistente. Lo que hace es constituir a la comunidad política, como el grupo que adhiere a la decisión política fundamental. Por lo tanto Rosenkrantz no puede apelar al hecho del desacuerdo para justificar su abstención constitucional. Debe complementar su argumento epistémico con otro sustantivo que muestre que el desacuerdo sobre los derechos sociales no es suficiente para estructurar la distinción amigo/enemigo. No estoy diciendo que ese argumento no exista, sino objetando la tesis subyacente de Rosenkrantz: que no necesitamos formular ese argumento para decidir sobre la incorporación de los derechos sociales a la constitución.

esto no es sino un argumento formal sobre la imposibilidad de positivizar jurídicamente ese derecho, que en consecuencia ‘no puede ser realmente derecho’<sup>105</sup>. Peces-Barba cree que reconocer el derecho al trabajo como derecho requiere dar a cada persona una acción que le permita forzar a alguna empresa la contratación y eso es, claro, absurdo. Pero eso sólo demuestra que es absurdo entender el derecho al trabajo como un derecho subjetivo accionable a una plaza de trabajo, y podemos fácilmente explicar por qué: porque del hecho de que sea justo (bueno, correcto, etc.) que alguien tenga trabajo no sigue sin mediación una respuesta a la pregunta de quién es el que está obligado a proveerlo. Como Peces-Barba cree (o parece creer) que los derechos sólo pueden significar lo que significan para el derecho, él pierde de vista la característica más importante del uso político de la idea de derechos. Peces-Barba, por ejemplo, cree que el uso de la expresión ‘derechos’ para criticar regímenes como la España franquista, la Rusia de Stalin o el Chile de Pinochet es un ‘uso figurado [...], una extensión metafórica con la pretensión de reforzar el valor del objetivo moral’<sup>106</sup>. Al decir esto Peces-Barba ignora el hecho evidente de que este sentido ‘metafórico’ o ‘figurativo’ de los derechos ha sido, históricamente, su uso político *primario*: en las revoluciones francesa y americana, en el Chile de Pinochet, en la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos durante los años ‘50 y ‘60, etc. Si hay algo que es ‘metafórico’ o ‘figurativo’, es la asimilación de los derechos en sentido *político* a los derechos en sentido *jurídico*.

Partiendo de estos supuestos y conceptos, es obvio que el derecho al trabajo no tiene sentido. Pero Peces-Barba podría haber sido más caritativo con esa idea, al menos para evitar atacar un hombre de paja. A continuación sólo quiero hacer un par de observaciones sobre cómo podríamos entender el derecho al trabajo sin que nos llevara al absurdo que Peces-Barba cree es inevitable<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> El ofrece otras razones para rechazar el derecho al trabajo, algunas de las cuales son difíciles de entender. Aquí hay una, por ejemplo: ‘seguir sosteniendo [ante el hecho de la imposibilidad del pleno empleo] que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización íntegra, de su independencia moral’ (Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, 421). Pero esto, como argumento para olvidarse del derecho al trabajo, no resiste análisis. El que dice, por ejemplo, que eliminar la pobreza, la tortura o la esclavitud es imprescindible para salvaguardar la dignidad humana, no está *condenando* a los que sufren esos flagelos a la indignidad.

<sup>106</sup> *ibid* 415.

<sup>107</sup> Aquí no quiero defender la tesis del derecho al trabajo, sino sólo mostrar que ella puede tener un significado que no es el que le asigna Peces-Barba.

El argumento que quiero simplemente mencionar lo ha expuesto J. Shklar en su *American Citizenship*. De acuerdo a Shklar, el trabajo no es un bien en sí mismo, sino es instrumental para la ciudadanía completa. El que trabaja contribuye al bienestar de la comunidad, por una parte, y recibe por ello un ingreso que le permite vivir con (cierta) independencia. Por eso el que es desempleado ‘ha sido expulsado de la sociedad civil, reducido a ciudadano de segunda clase’<sup>108</sup>. Por consiguiente, tratándose del trabajo, debemos considerarlo

No como simplemente un interés entre otros, sino debería gozar de la primacía que un derecho puede reclamar en cualquier conflicto de prioridades políticas<sup>109</sup>.

Por eso, tiene sentido hablar del derecho al trabajo aun cuando no pueda ser protegido por tribunales. El compromiso con el derecho al 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 (o, aunque hoy por hoy sea anatema, la fiscal) 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’<sup>110</sup>.

17. Que el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos no es sólo un hecho casual: tiene que ver con el concepto mismo de derecho (subjetivo). Aun cuando la idea de derecho subjetivo propia del derecho privado ha mutado, se dice, en algo distinto cuando se utiliza para referirse no al derecho del comprador a que le entreguen la cosa vendida, sino al derecho ‘humano’ a la integridad física o a la participación política, lo que importa es lo que no ha mutado. Ya hemos visto que no basta querer separar, como Abramovich y Courtis intentaron hacerlo, la idea de derecho subjetivo de ‘el contexto político-jurídico que culminó en la articulación técnica de esa noción’<sup>111</sup>, porque el concepto mismo

---

<sup>108</sup> Shklar, *American Citizenship*, 93.

<sup>109</sup> *ibid*, 99.

<sup>110</sup> *ibid*, 101.

<sup>111</sup> Abramovich y Courtis, *Derechos Sociales*, 58.

de derecho subjetivo, implica que el interés individual que el derecho protege triunfa (al menos típicamente) las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ella si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad.

18. Por las razones anteriores es que todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad<sup>112</sup> no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas.

El primero ya fue mencionado: el caso de la solidaridad. Hacer algo respecto de otro *porque* el otro tiene derecho a exigirlo excluye el hacerlo por solidaridad. Esto no quiere decir que yo no pueda hacer por solidaridad algo a lo que de todos modos el otro tiene derecho. Pero sí quiere decir que ambas descripciones (‘actuó *para* satisfacer un derecho del acreedor’/‘*por* solidaridad’) son incompatibles.

Lo mismo ocurre en el matrimonio. El derecho constituye y regula el contrato de matrimonio, estableciendo derechos y obligaciones para los cónyuges. Pero los cónyuges no pueden invocar esos derechos *entre sí* sin producir una subversión completa de la relación entre ellos; el derecho asfixia, de este modo, el amor entre los cónyuges. No se trata de que el derecho aumente o disminuya la injusticia sufrida por alguna de las partes; eso dependerá de las partes no estipuladas del ejemplo<sup>113</sup>. En otras palabras,

La substancia del reclamo puede ser indispensable para un matrimonio feliz y amoroso en el mundo moderno. Es el hecho de esgrimirla *como un derecho* – es decir, como algo que alguien exige de modo perentorio, agresivo y adversarial contra el otro – lo que nos llevaría [a decir que algo anda mal en ese matrimonio]<sup>114</sup>.

El argumento no implica, por tanto, ni que no deba haber regulación legal del matrimonio ni que la regulación legal del matrimonio no deba crear derechos para los cónyuges. Pero sí implica que si por alguna razón nosotros

---

<sup>112</sup> Uso la noción de ‘reciprocidad’ en el sentido de Cohen, “Vuelta a los principios socialistas”, 160-163.

<sup>113</sup> e.g. si la mujer invoca su derecho a desarrollar su propia carrera profesional asfixiada por la división sexual del trabajo establecida al interior de su matrimonio, podemos celebrar que el derecho irrumpa en esa relación subvirtiéndola, pero eso no cambia el hecho de que la irrupción del derecho la ha subvertido.

<sup>114</sup> Waldron, “When justice replaces affection”, 372-3.

llegáramos, en tanto cónyuges, a concebir el matrimonio, con Kant, como un contrato<sup>115</sup>, y creyéramos que la manera adecuada de concebir las posiciones de los cónyuges *por los propios cónyuges* fuera en términos de derechos y obligaciones, entonces habríamos perdido la capacidad de relacionarnos unos con otros a través de esa modalidad especial que conocemos como matrimonio. El argumento, por sí mismo, es naturalmente agnóstico sobre si esto es una cosa que debe ser celebrada o resistida.

La amistad, por último, tampoco puede ser descrita en términos de derechos y obligaciones sin pérdida de significado. Al igual que en los casos anteriores, no se trata de que no tenga sentido describir la posición de un amigo en términos de derechos y deberes (derecho a no ser traicionado por el otro, etc); de lo que se trata es que si nos convenciéramos de que la amistad debe ser *primariamente* entendida en términos de derechos y obligaciones ésta habría cambiado radicalmente.

En los tres casos, lo importante es distinguir el caso de una relación que *puede* ser concebida utilizando el lenguaje del derecho de una relación que puede ser concebida *primariamente* en términos jurídicos y permanecer fiel a sí misma. ‘Primariamente’ aquí indica el modo de auto comprensión de las partes en primera persona. Ello no obsta a que un observador (por ejemplo, un sociólogo) describa en tercera persona las relaciones de amistad en términos de derechos y deberes. Lo mismo ocurre, como hemos visto, en el caso del matrimonio: el argumento presentado más arriba no se opone a que un profesor de derecho civil describa el matrimonio en términos de los derechos subjetivos de los cónyuges, sólo indica que si *éstos* entienden su relación en esos términos ya no existe entre ellos lo que nosotros llamamos ‘matrimonio’ en sentido no legal sino substantivo, i.e. como una relación amorosa entre dos personas.

19. La pregunta central para nuestros propósitos es: ¿es la ciudadanía una forma de relación no juridificable? La forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales, en tanto ‘conquista clamorosa de la izquierda’ es como la solidaridad, el amor de los cónyuges o la amistad; no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada. Los derechos sociales apelan a una idea de comunidad cuyo

requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se

---

<sup>115</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, §24.

preocupen de la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos de los otros<sup>116</sup>.

Esta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros *primariamente* como portadores de derechos, porque expresiones como

‘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<sup>117</sup>.

Los individuos que se conciben a sí mismos *primariamente* como portadores de derechos son los individuos que concurren al mercado: individuos para los cuales los otros son amenazas, amenazas contra las cuales deben estar defendidos<sup>118</sup>. Los derechos son esas armas de defensa. Por eso los abogados (acostumbrados como están a mirar las relaciones interpersonales en términos de lo que Oliver W. Holmes llamaba ‘el hombre malo’<sup>119</sup>) insisten en la exigibilidad como marca característica de un derechos subjetivo: para qué sirve un arma de defensa que no es útil para *exigir* respeto? En efecto, Los derechos siempre son afirmados en un tono de contienda; y cuando este tono es adoptado debe estar apoyado por la fuerza, de otro modo sería motivo de burla<sup>120</sup>.

En un contexto en el cual la reflexión y discusión políticas se concibe a los ciudadanos *primariamente* como portadores de derechos, quienes creen que es posible otra forma de comunidad están como el león del que hablaba Ludwig Wittgenstein: ‘si pudiera hablar, no lo entenderíamos’<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> Cohen, “¿Por qué no el socialismo?” 72.

<sup>117</sup> Weil, “La persona y lo sagrado”, 28. Véase adicionalmente Atria, “La hora del derecho”, *supra* n. 72.

<sup>118</sup> Cohen, “Vuelta a los principios socialistas”, 161.

<sup>119</sup> Holmes, “Path of the law”, 459 [19].

<sup>120</sup> Weil, “La persona y lo sagrado”, 26.

<sup>121</sup> Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Ixi, p. 221e.

## Referencias

- Abramovich, V y Courtis, C.: *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (Madrid: Trotta, 2002).
- Altman, A: *The Critical Legal Studies Movement* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990).
- Arendt, H: *The Human Condition* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1958); también *La Condición Humana* (Barcelona: Paidós, 1998), traducido por R G Novales.
- , *On Revolution* (Harmondsworth: Penguin, 1977; edn orig 1963); también *Sobre la Revolución* (Madrid: Alianza, 1988), traducido por P Bravo.
- , *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid: Taurus, 1998; edn orig 1951), traducido por G Solana.
- Bankowski, Z: *Living Lawfully* (Dordrecht: Kluwer, 2001).
- Bentham, J: *Rationale of Judicial Evidence* (Edinburgh: William Tait, 1843; edn orig 1827).
- Bobbio, N: *Derecha e Izquierda* (Madrid: Taurus, 1996), traducido por A Picone.
- , *El Positivismo Jurídico* (Madrid: Debate, 1998; edn orig 1961), traducido por R de Asís y A Greppi.
- Böckenförde, W: “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1969), en Böckenförde, W: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), traducido por R Agapito.
- Böhmer, M: “La corte de los ‘80 y la corte de los ‘90: un diálogo sobre el rule of law en Argentina”, en A J D’Alessio, J J Alvarez *et al*: *Estado de Derecho y Democracia* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001).
- Campbell, T: *The Left and Rights* (London: Routledge and Kegan Paul, 1983).
- , *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 1996).
- Campbell, T y Goldsworthy, J. (eds): *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 2000).
- Christodoulidis, E: “The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger”, en *59 Modern Law Review* (1996): 377-397.
- , *Law and Reflexive Politics* (Dordrecht: Kluwer, 1998).
- Cohen, G A: *Self-Ownership, Freedom and Equality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).
- , “¿Por qué no el socialismo?” en Gargarella, R. y Ovejero, F. (eds): *Razones para el Socialismo* (Barcelona: Paidós, 2002).
- , “Vuelta a los principios socialistas”, en Gargarella, R. y Ovejero, F. (eds): *Razones para el Socialismo* (Barcelona: Paidós, 2002).

- Correa Sutil, J: “Cenicienta se queda en la fiesta: el poder judicial en la década de los 90”, en I Drake y P Jaksic (eds): *El Modelo Chileno* (Santiago: LOM, 1999).
- Dabin, J: *El Derecho Subjetivo* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), traducido por F J Osset.
- Dworkin, R: “Rights as Trumps” (1981), en J Waldron (ed): *Theories of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1984).
- , *Law’s Empire* (London: Fontana, 1986); también *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988), traducido por C Ferrari.
- Elster, J: “Is there a right to work?” en A Gutmann (ed): *Democracy and the Welfare State* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988).
- Esping-Andersen, G: *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Oxford: Polity Press, 1990).
- González, F: “Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público”, en F González y F Viveros (eds): *Defensa Jurídica del Interés Público* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1999).
- Goodin, R, B Headley et al: *The Real Worlds of Welfare Capitalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).
- Habermas, J: *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 1998; edn orig 1992), traducido por M Jiménez.
- Hart, H L A: *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994; edn orig 1961); también *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), traducido por G Carrió.
- Hayek, F: *Rules and Order* (London: Routledge and Kegan Paul, 1973).
- Hobbes, T: *Leviathan* (Oxford: Oxford University Press, 1965; edn orig 1651); también *Leviatán* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987), traducido por M Sánchez.
- Hohfeld, W N: *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México: Fontamara, 2001; edn orig 1923).
- Holmes, O W: “The path of the law”, en 10 *Harvard Law Review* (1897): 457; también ‘La Senda del Derecho’ (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988), traducido por E A Russo.
- Holmes, S: “Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state”, en J D Moon (ed): *Responsibility, Rights and Welfare* (Boulder, CO: Westview Press, 1988).
- Jefferson, T: *Writings* (New York: The Library of America, 1984).
- Jones, P: *Rights* (London: MacMillan, 1994).
- Kant, I: *La Metafísica de las Costumbres* (Madrid: Tecnos, 1994; edn orig 1790), traducido por A Cortina y J Conill.
- Kelley, D: *A Life of One’s Own* (Washington DC: Cato Institute, 1998).

- Kelsen, H: *Teoría Pura del Derecho* (México: Porrúa, 1991; edn orig 1960), traducido por R J Vernengo.
- Kramer, M: *Rights without Trimmings* (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- Laporta, F: “El concepto de derechos humanos”, en 4 *DOXA* (1987): 23-46.
- Locke, J: *Two Treatises on Government* (New York: Mentor, 1965; edn orig 1689); también *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil* (Madrid: Espasa Calpe, 1991), traducido por F Giménez.
- Marshall, T: *Citizenship and Social Class* (London: Pluto, 1992; edn orig 1950); también *Ciudadanía y Clase Social* (Madrid: Alianza, 1998), traducido por P Linares.
- Marx, K: *Critique of the Gotha program* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996; edn orig 1875), traducido por T Carver.
- McLellan, D (ed): *Marx's Grundrisse* (London: MacMillan, 1971).
- Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires: Heliasta, 1984; edn orig 1748), traducido por N Estevanez.
- Nickel, J: “Is there a human right to employment?” en 10 *Philosophical Forum* (1978-9): 149-70.
- Nozick, R: *Anarchy, State and Utopia* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1974); también *Anarquía, Estado y Utopía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1990), traducido por R Tamayo.
- O’Neill, O: *Bounds of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).
- Pashukanis, E: *Law and Marxism: a general theory* (London: Pluto Press, 1978)1929), traducido por B Einhorn.
- Peces-Barba, G: *Derecho y Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- Prieto, L: *Estudios sobre Derechos Fundamentales* (Madrid: Debate, 1990).
- Rawls, J: *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971); también *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985), traducido por M D González.
- , *Political Liberalism* (New York, NY: Columbia University Press, 1993); también *Liberalismo Político* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995), traducido por S R Madero.
- , “Two Concepts of Rules” (1955), en S Freeman (ed): *John Rawls. Collected Papers* (Oxford: Clarendon Press, 1999); también ‘Dos Conceptos de Regla’, en P Foot (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), traducido por M Arbolí.
- Raz, J: *Practical Reason and Norms* (Princeton: Princeton University Press, 1992; edn orig 1975); también *Razón Práctica y Normas* (Madrid: Centro de

- Estudios Constitucionales, 1992), traducido por J Ruiz Manero.
- Rosenkrantz, C: “La pobreza, la ley y la constitución”, en A Bullard, J Couso *et al*: *El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003).
- Rousseau, J J: *Contrato Social* (Madrid: Espasa-Calpe, 1975)1762), traducido por F de los Ríos.
- Rubinfeld, J: *Freedom and Time* (New Haven, CT: Yale University Press, 2001).
- Schmitt, C: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; edn orig 1928), traducido por F Ayala.
- , *El Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1998; edn orig 1932), traducido por R Agapito.
- Schwartz, H: *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (Chicago, IL: Chicago University Press, 2000).
- Shklar, J: *Legalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986; edn orig 1964).
- , *American Citizenship. The quest for inclusion* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1991).
- Smart, J C C: “Extreme and Restricted Utilitarianism” (1956), en P Foot (ed): *Theories of Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 1967); también ‘Utilitarismo extremo y restringido’, en Foot, P (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), traducido por M Arbolí.
- Smith, A: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, 1981; edn orig 1776).
- Unger, R M: *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983).
- , *What Should Legal Analysis Become* (London: Verso, 1994).
- Van Caenegem, R C: *Judges, Legislators and Professors* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).
- Villey, M: “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”, en M Villey: *Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), traducido por A Guzmán.
- Waldron, J: “Karl Marx’s ‘On the jewish question’”, en J Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987).
- , “Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries”, en J Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987).
- , “Nonsense upon stilts? — A reply”, en J Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987).
- , “A right to do wrong?” en J Waldron: *Liberal Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

- , “When justice replaces affection: the case for rights” (1988), en J Waldron: *Liberal Papers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).
- , *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Weil, S: *Echar Raíces* (Madrid: Trotta, 1996; edn orig 1949), traducido por J R Capella.
- , “Estudio para una declaración de las obligaciones respecto al ser humano” (1957), en S Weil: *Escritos de Londres y Últimas Cartas* (Madrid: Trotta, 2000), traducido por M Larrauri.
- , “La persona y lo sagrado” (1950), en S Weil: *Escritos de Londres y Últimas Cartas* (Madrid: Trotta, 2000), traducido por M Larrauri.
- Weinrib, E: *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995).
- Wittgenstein, L: *Philosophical Investigations* (Oxford: Blackwell, 1958), traducido por G E M Anscombe.
- Zagrebelski, G: *El Derecho Dúctil* (Madrid: Trotta, 1995; edn orig 1992).

## **Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria**

Roberto Gargarella

### Introducción

El trabajo “Existen derechos sociales?,” de Fernando Atria, no hace más que reafirmar las cualidades del filósofo del derecho chileno. El escrito nos ayuda a pensar sobre un tema importante para la teoría del derecho y relevante para la práctica política, y a hacerlo en una dirección interesante. Atria nos muestra, en este caso, de qué modo los reclamos centrales que podría presentar el pensamiento republicano o socialista sobre cómo repensar la organización de la comunidad resultan desnaturalizados cuando quieren ser traducidos al lenguaje del derecho (p. 33). El ejemplo que utiliza Atria para llevar adelante su tesis es el de los derechos sociales. Él nos muestra de qué modo los derechos sociales se enraízan en la tradición republicano-socialista (republicana en el sentido que podría darle J.J.Rousseau; y socialista en su vinculación con el pensamiento de C.Marx), una tradición que valora la vida en comunidad en tanto ella “posibilita una forma de vida más propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros” (p. 17).<sup>1</sup> Según dice Atria, el discurso de los derechos sociales pudo prosperar al precio de desprenderse de aquel marco en el que nacía inserto. Socialistas y republicanos comenzaron a utilizar, entonces, el mismo lenguaje de los derechos que distinguía al discurso liberal dominante, pero que estos reservaban exclusivamente para hablar de la los derechos civiles. Dicha estrategia se habría debido al reconocimiento de que ésta era la única manera en que los liberales podían sensibilizarse frente a los reclamos de aquellos. De otro modo, “si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, los liberales podrían fácilmente haber respondido que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones

---

<sup>1</sup> Los liberales, en cambio, ven a la comunidad como “[un ámbito] cuyo valor reside...en la protección que ofrece contra la agresión de terceros.”

comunitarias no podían competir por los derechos” (p. 27).<sup>2</sup> La verdad instaurada y asumida por el liberalismo afirmaba que los derechos sólo podían -y merecían- competir con otros derechos. Cualquier enfrentamiento entre un derecho y un objetivo compartido, se nos dice, debe tener como único resultado posible el desplazamiento de los reclamos colectivos.

Ahora bien, sostiene Atria, en el mismo momento en que se acepta el convite y se pasa a discutir con el liberalismo en el terreno que éste ha escogido, los socialistas sientan las bases de su propia derrota. Y es que cuando las “ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en que [los derechos sociales] descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad” (p. 40). Finalmente, lo que ocurre es que “[e]sta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos,” en la que las relaciones entre unos y otros parecen evocar el espíritu de una “contienda” inhibiendo “cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos” (p. 54).

En lo que sigue voy a realizar una muy breve reflexión sobre el trabajo de Atria, destinada sobre todo a apoyar el mismo, fortaleciendo sus bases de sustento y extendiendo los alcances de las observaciones del autor.

### Sobre la fuerza de los derechos

Sólo para acotar los márgenes dentro de los cuales voy a moverme, quisiera dejar constancia de una cuestión sobre la que Atria no insiste y que puede amenazar o socavar parte de lo que yo mismo diga en el resto de este análisis. Y es que los derechos han mostrado tener una peculiaridad propia de otras creaciones humanas, que es la siguiente. Ellos han nacido en momentos históricos muy especiales (digamos, las revoluciones burguesas del siglo xviii), y en base a una mezcla de razones, algunas moralmente más atractivas que otras (poner una barrera a todo tipo de despotismos, tanto como custodiar una distribución desigual de la propiedad). Sin embargo, luego de dicho nacimiento, tan específicamente

---

<sup>2</sup> En este sentido, Atria cita a la Declaración francesa de los derechos del hombre cuando dice que “el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.”

localizado, los derechos han sido capaces de tomar vida propia, independizándose de muchas de las limitadas aspiraciones de sus creadores. El núcleo que les daba sentido explotó en las manos de sus impulsores, a partir de lo cual los derechos pudieron arrasar los delicados y cuidadosamente escogidos propósitos con que habían sido diseñados. Para ejemplificar lo dicho, los mismos derechos que habían sido creados primariamente, pongamos, con el objeto de custodiar la propiedad, se libraron de aquellas pretensiones originales y pasaron a ser empleados, por caso, como herramientas en un embate, más o menos exitoso, en pos de la limitación o redistribución de la propiedad. Asimismo, derechos destinados a custodiar los intereses de los más poderosos pudieron transformarse o re-conducirse para socavar aquellas pretensiones. Hoy, por ejemplo, los derechos humanos constituyen un poderosísimo instrumento en manos de los más desaventajados, que a través de los mismos pueden llegar a poner contra la pared o detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase, o a prepotentes millonarios. Dicha parcial reconversión se consiguió, fundamentalmente, gracias a la apelación universalista distintiva de aquellos derechos, y también en razón del carácter interpretativamente incierto de todos esos derechos. La tarea de interpretar qué es lo que significan, *realmente*, los derechos incorporados en la Constitución es una que excede a sus propios autores, y a la que todos -de modos muy distintos según diré- estamos en principio invitados. En definitiva, los derechos pueden tener más potencia de la que en principio podríamos tender a asignarle.

Por otra parte, la reconstrucción que ofrece Atria sobre el derrotero de los derechos sociales, o sobre la relación entre socialismo y sistema jurídico, es más simplista que sintética (aunque yo no cuente con el espacio ni con la capacidad para presentar una reconstrucción alternativa más acabada). En tal sentido, y aunque éste sea un detalle menor, disentaría con la afirmación que hace el autor, citando a Norberto Bobbio, según la cual la incorporación de los derechos sociales en un pie de igualdad con los derechos civiles debe ser considerada, en principio, “como una de las conquistas más clamorosas...de los movimientos socialistas” (p. 30). Según entiendo, la recepción constitucional de los derechos sociales no evidencia una victoria clamorosa del socialismo sino que expresa las dimensiones de su lamentable derrota. Ello así, cuando reconocemos lo que Atria nos

ayuda a reconocer, y que tiene que ver con los déficits propios de dicha incorporación constitucional. Ello así, sobre todo, cuando advertimos -como Atria nos ayuda a advertir- las muy robustas ambiciones que caracterizaron desde siempre al republicanismo-socialista, en su acercamiento al sistema institucional. Creo que tiene sentido insistir sobre estas últimas consideraciones, para (no sé si fortalecer pero sí) tratar de expandir el análisis del profesor chileno. De ello me ocuparé en la sección que sigue.

### Una concepción integrada de la vida institucional

Las corrientes republicanas y socialistas a las que Atria se refiere tendieron a acercarse a los problemas institucionales de un modo muy distinto al que hoy lo hacemos. Ellas 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. Es decir, republicanos y socialistas no tendían a incurrir en las simplificaciones en que hoy tendemos a incurrir cuando pensamos sobre todas estas áreas como disgregadas, como escindidas entre sí, como autónomas unas de otras. Republicanos y socialistas tendían a unirse en la afirmación de un ideal común, al que aquí denominaría el ideal del autogobierno (Sandel 1998), y a partir de aquel punto de partida pasaban a examinar las bases sociales e institucionales del mismo.

El Rousseau que cita Atria al comienzo de su trabajo nos da un ejemplo significativo de esta concepción comprensiva. Su defensa de la “voluntad general” no implicaba un ingenuo compromiso mayoritarista. La misma se encontraba inserta en una reflexión más global sobre la vida social, que tenía como ingrediente central una comunidad de individuos motivados a actuar en favor del bien común. Es decir, Rousseau reconocía que el ideal de una comunidad autogobernada no podía asentarse sobre un conjunto de individuos despreocupados o políticamente apáticos, sino que, por el contrario, requería en los mismos ciertos rasgos de carácter. Pero además, tenía la lucidez suficiente como para advertir que dichas virtudes personales no surgían de la mera prédica, sino de un contexto social peculiar, marcado ante todo por el igualitarismo económico. Claramente, la igualdad económica no era defendida

como un valor en sí, sino como una necesidad -una precondition- del autogobierno compartido: en una sociedad marcada por la división en clases, los ciudadanos no iban a poder reconocer y construir una voluntad común, sino que los impulsos de unos iban a ser contradictorios con los del resto. Es así como en el esquema Rousseauiano ninguna pieza resultaba independiente del resto. Su concepción de la política se apoyaba en una cierta concepción sobre economía, y ambas requerían de -y venían a alimentar a- una ciudadanía motivada hacia el bien común.

Esta forma de razonar “integrada” no era, por supuesto, exclusiva de Rousseau, sino propia de la cosmovisión citada. Ella reconocía antecedentes importantes en el trabajo de James Harrington, por ejemplo, en donde se expresaba en libros como el famoso *Oceana*, de 1656, en donde Harrington había tratado de explicar de qué modo se podía organizar a la sociedad de forma tal de ponerla al servicio de los ideales del autogobierno. (Harrington, 1656). Así también razonaba Thomas Paine, quien combinaba sus propuestas de diseño constitucional con sus trabajos económicos (como *Agrarian Justice*) y su programa para un salario mínimo. Así también tendieron a hacerlo muchos de los llamados “socialistas utópicos,” convencidos de que, siendo los hombres productos de su sociedad, el destino de los mismos podía mejorarse reformando las bases de las sociedades en las que ellos vivían. Preocupaciones similares pueden encontrarse en los antifederalistas norteamericanos, y particularmente en figuras como Thomas Jefferson que, nuevamente, combinaron sus trabajos de reforma política con propuestas muy acabadas de reforma económica, orientadas a crear lo que Charles Lee llamaba una “Esparta igualitaria,” una sociedad simple, agraria, y libre de los efectos perniciosos del comercio.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Concepciones similares pueden encontrarse, también, en Latinoamérica, durante los años fundacionales del constitucionalismo. Así, el líder político uruguayo José Gervasio Artigas acompañó su prédica democrática con la redacción de un significativo “Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña,” en septiembre de 1815, en el que ordenaba una repartición de la tierra con criterios muy igualitarios: “los negros libres, los zambos de igual clase, los indios y los criollos pobres, todos podrán ser agraciados con suertes de estancia, si con su trabajo y hombría de bien propenden a su felicidad y a la de la Provincia” (Street, 1959). Del mismo modo, a mediados del siglo xix, muchos de los más importantes políticos mexicanos retomaron una tradición igualitaria ya bien arraigada en su país y propusieron estrechar los vínculos entre el constitucionalismo y la reforma económica. Notablemente, el presidente de la Convención Constituyente de 1857, Ponciano Arriaga, sostuvo que la Constitución debía ser “la ley de la tierra.” Refiriéndose a la “monstruosa división de la propiedad territorial, defendió la reforma de la misma como elemento necesario para la “igualdad democrática” y la “soberanía popular” (Zarco, 1957: 388-389). Resultaba obvio, para él, que el pueblo mexicano no podía ser “libre ni

## La estrategia del desacople

Todos éstos testimonios nos llaman la atención acerca de la pobreza con la que hoy nos acercamos a los problemas sociales, en nuestra ambición por tratarlos separadamente unos de otros. Obviamente, el punto no es que, en pos de la claridad o la profundidad analíticas, no tomemos los problemas de a uno, sino que en nuestra miopía terminemos perdiendo dimensión de las dificultades a las que nos enfrentemos. Así, tendemos a pensar que la realidad puede reproducir nuestras aproximaciones de laboratorio, y pasamos a operar sobre ella desconociendo el impacto de nuestras decisiones sobre otra áreas, e ignorando las resistencias que van a generarse sobre nuestros actos. El fenómeno al que se refiere Atria - una lectura de los derechos sociales ciega a “los bienes [situados] detrás” de los mismos (p. 30)- se inscribe dentro de un desacople teórico más vasto. Me refiero a la escisión que asumimos o alentamos, en nuestras reflexiones habituales, entre -digamos- política y derecho, economía y política, economía y derecho, sicología y política. Me refiero también al modo en que, dentro de cada una de dichas áreas, desvinculamos nuestras acciones presentes de nuestras acciones pasadas, ignorando el peso de las decisiones que ya hemos tomado (o que otros han tomado por nosotros) sobre nuestras iniciativas actuales.

A resultas de tales miopías, tendemos a sobre-estimar las capacidades del derecho, tanto como las capacidades de nuestras decisiones presentes. Es esta

---

republicano, y mucho menos venturoso por más que cien constituciones y millares de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad” (Zarco, 1957: 387) De modo todavía más enfático, el convencional Ignacio Ramírez defendió la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, tanto como el establecimiento de un salario de subsistencia para todos, como modo de asegurar los fundamentos de la nueva república. A él, como a otros convencionales, les preocupaba que la nueva Constitución no dijera “nada [sobre los] derechos de los niños, de los huérfanos, de los hijos naturales que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad.” “Algunos códigos antiguos -agregaba- duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo ser débil y menesteroso, y es menester que hoy tengan el mismo objeto las constituciones, para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado, el de conservar una cartera” (Helú, 1972: 92). Orientado por similares preocupaciones, el convencional Olvera presentó entonces un Proyecto de Ley Orgánica sobre la Propiedad; mientras que su par Castillo Velasco adelantó su “Voto Particular” destinado también a proponer una redistribución de la propiedad.

arrogancia la que explica los fracasos de muchas de las reformas jurídicas que se han impulsado y que terminan convirtiendo al derecho, como decía Ferdinand Lasalle, en meros pedazos de papel.

La historia de los derechos sociales ilustra bien aquello a lo que me estoy refiriendo, por lo que quisiera hacer alguna breve referencia a la misma. Cuando a partir de mediados del siglo xx, y siguiendo a Constituciones pioneras como la de México de principios de siglo, los latinoamericanos comenzamos a dictar nuevas Constituciones “sociales,” lo hicimos asumiendo la plena autonomía de estas reformas. Para decirlo en otros términos, tendimos a ignorar las complicaciones propias de este “injerto,” desconociendo las esperables resistencias que iban a generarse desde el cuerpo “injertado” -un cuerpo que no estaba preparado para recibir a aquellos derechos y que, más bien, se mostraba preparado para reaccionar contra los mismos. Obnubilados por la “parte” del derecho que nos interesaba quedamos ciegos al “todo,” ignorando la naturaleza del “animal” sobre el que se operaba. El resultado fue entonces el que conocemos, es decir, uno en el que los derechos sociales pasaron a ser desvirtuados por jueces que consideraron a los mismos derechos “no operativos” sino “meramente programáticos.” Por supuesto, no quiero desconocer los (pocos) avances que se han dado en la materia, en toda Latinoamérica, y gracias al activismo de algunos buenos abogados y organizaciones, y la buena disposición de algunos (pocos) jueces. El hecho es, sin embargo, que los derechos sociales incumplieron sus desmedidas promesas (de vivienda digna, retribución justa, participación en las ganancias de las empresas), para quedar realmente expresados en algunas tibias, pero aún así valiosas, mejoras en la situación de los grupos más desaventajados de la sociedad. En definitiva, si los derechos sociales no tuvieron mejor suerte no fue por una conspiración internacional contra ellos sino, entre otras razones, porque la propia estructura en la que fueron insertados estaba preparada para no acogerlos. Las Constituciones sobrevivientes del siglo xix eran Constituciones liberales o conservadoras hostiles a la reforma social. Ellas, aún con sus serias incapacidades, consagraron una serie de instituciones jurídico-políticas con amplia capacidad de acción. Por citar un ejemplo importante al respecto, el hecho de que la rama del poder menos democrática en su origen y más alejada del escrutinio popular -el poder judicial- tuviera a su cargo la última palabra en materia de derechos, define la muerte anunciada de los derechos sociales. Por supuesto, conviene repetirlo, en situaciones

como ésta, la cuestión no es que no haya ni pueda haber jueces probos y jueces progresistas, activistas del cambio social, sino que la estructura judicial no se encuentra bien preparada para receptorlo o impulsarlo.

No quisiera, de todos modos, que nos quedemos exclusivamente con el problema de los derechos sociales, ya que consideraciones similares a las realizadas pueden avanzarse, también, en relación con otros derechos todavía más “novedosos,” constitucionalmente hablando, como los derechos a la participación política, o los derechos colectivos, o el derecho a un medio ambiente sano. Tampoco quisiera que pongamos toda nuestra atención sobre el poder judicial, cuando las cuestiones que me interesa remarcar lo trascienden ampliamente, alcanzando también, de modo obvio, a los demás poderes de gobierno.

El ejemplo anterior nos ayuda a ver de qué modo, muchas veces, nos negamos a ver la forma en que nuestras decisiones jurídicas previas limitan a nuestras decisiones jurídicas más actuales. En el párrafo que sigue, y ya concluyendo con estas breves líneas, quisiera extender dicha reflexión para referirme a la habitual tendencia a diseñar o avanzar reformas legales con despreocupación de toda reforma económica; o a introducir normas jurídicas desentendiéndonos de la existencia o no de ciertas cualidades de carácter en la ciudadanía, indispensables para tornar posibles o estables aquellas reformas.

Para ilustrar lo dicho con un solo ejemplo, piénsese en la reciente introducción -en una mayoría de Constituciones latinoamericanas- de nuevas herramientas para la participación política (i.e., herramientas como el referéndum, los plebiscitos, la revocatoria de los mandatos). Tales medidas, plausibles sin duda desde una óptica republicano-socialista, resultaron adoptadas con indiferencia respecto del contexto jurídico-social en el que ellas se insertaban. El problema, entonces, no fue sólo que los poderes jurídicos ya instalados tendieron a socavar los alcances de las nuevas reformas (i.e., poniendo obstáculos para la regulación de aquellos nuevos derechos participativos). El problema principal fue que tales mecanismos participativos se ofrecieron a una ciudadanía a la que se había educado hasta entonces en la apatía. En efecto, podríamos decir, todo nuestro esquema institucional, las reglas jurídicas y económicas vigentes, por ejemplo, tienden a alimentar cotidianamente nuestros impulsos más egoístas, forzándonos a preocuparnos por la propia subsistencia, bajo la amenaza de dejarnos caer en el abismo de la indigencia o la plena desprotección (Cohen 2002). Nuestra estructura

institucional ha venido a cultivar la apatía política, ha fomentado el distanciamiento entre ciudadanos y representantes, ha alimentado la idea de que la política es una tarea reservada a profesionales. En lugar de servir a la virtud cívica, aquellas reglas han trabajado para socavarla. Frente a dicho contexto, la apertura de estas nuevas formas participativas aparece como una decisión necesaria pero muy insuficiente. Por supuesto, tiene mucho sentido que tales oportunidades estén abiertas, marcando a las autoridades políticas y a nuestros jueces un sentido nuevo, diferente al que ellos han tendido a seguir. Lo que se reprocha, sin embargo, es el simplismo de aquellas herramientas, avanzadas con total negligencia sobre el marco en el que se introducían, y que amenazaba con quitarles todo sentido a las mismas.

#### Aclaraciones finales

Dicho lo anterior, quisiera terminar este breve comentario con dos precisiones. En primer lugar, puede ser importante descartar una conclusión que, por alguna extraña razón, suele inferirse de consideraciones como las anteriores. Para muchos, lo dicho hasta aquí fortalece un argumento conservador en contra del reformismo social. Quienes llegan a tal conclusión interpretan las dificultades arriba descritas como una razón en contra del cambio y la ingeniería social. Se diría entonces: “evítese el cambio, ya que las estructuras institucionales ya instaladas van a conspirar contra el mismo, hasta tornarlo inocuo.” Se podría decir también, y por ejemplo, que cualquier reforma progresiva en el derecho va a encontrar su muerte en los arreglos económicos ya vigentes; o que el extender más y más la lista de los derechos sociales sólo va a quitarle respetabilidad a la Constitución, que va a transformarse entonces en letra muerta. Sin embargo, debiera resultar claro, dicha conclusión conservadora sólo puede derivarse de una premisa mayor también conservadora. En su lugar, podríamos perfectamente comenzar nuestro razonamiento de otra manera, partiendo de una premisa que nos inste a avanzar en una dirección contraria a la señalada. Si actuáramos de este modo, por ejemplo, en lugar de decir que las reformas jurídicas deberían bloquearse dados los límites que les fija la economía, podríamos afirmar que lo que debe hacerse es, por el contrario, expandir dichas reformas hasta abarcar, también, a la economía. Del mismo modo, en lugar de descartar la introducción de nuevos mecanismos

participativos, dada la ausencia de una ciudadanía cívicamente comprometida, podríamos afirmar la importancia de cultivar la virtud cívica, desafiando las reglas de la neutralidad liberal o el modelo del ciudadano pasivo promovido por el conservadurismo católico.

Finalmente, quisiera aclarar también que lo dicho no viene a afirmar que las únicas reformas sensatas son las más generales, o que la única estrategia de cambio posible es la del “todo o nada.” Más bien, entiendo que hay infinidad de cambios significativos que, razonablemente, pueden impulsarse desde ámbitos más acotados. Para decirlo por medio de otro ejemplo, piénsese en la importancia de introducir reglas que penalicen el acoso sexual, o en el valor de crear cuerpos de especialistas destinados a asistir a las mujeres golpeadas. Dichas reformas localizadas no sólo son imprescindibles sino urgentes en sociedades como las nuestras. Lo que merece atacarse, en todo caso, es la idea de que pueden resolverse problemas semejantes sin prestar simultánea atención a otras cuestiones que nos llevan más allá del derecho, tales como los roles sociales que nuestra cultura afirma día a día, o las bases económicas de las desigualdades de género. En definitiva, el punto que he procurado avanzar ha sido uno vinculado con la prepotencia o arrogancia del derecho, con nuestra común miopía que nos impide medir las dimensiones de los problemas que enfrentamos, y la radicalidad de los cambios que se nos exigen para resolverlos. Para concluir, y volviendo a Atria, diría que nuestro problema no es que estemos como el león de Wittgenstein (que si hablaba no era entendido), sino que hayamos convertido al derecho en un león herbívoro, mientras creíamos haber contribuido a su ferocidad.

### *Bibliografía*

- Cohen, G. (2002) “Por qué no el socialismo?,” en R. Gargarella y F. Ovejero, eds., *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona.
- Sayeg Helú, J. (1972), *El constitucionalismo social mexicano*, México: Cultura y Ciencia Política.
- Street, J. (1959), *Artigas and the Emancipation of Uruguay*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Zarco, F. (1957), *Historia del Congreso Constitucional de 1857*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos.

**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 defiendo 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*<sup>1</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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 ensayo<sup>2</sup> 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*).<sup>3</sup> 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

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup> 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 “Áre 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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

---

<sup>5</sup> Robert Alexy, *op.cit.*, p. 243.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 243 y 244.

<sup>7</sup> 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*.<sup>8</sup>

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

---

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.

---

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.

---

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Por tanto,

---

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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”.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

---

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

<sup>13</sup> L.Ferrajoli, *op.cit.*, pp. 940 y ss.

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.

---

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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

---

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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”,<sup>18</sup> 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

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> Nuestras instituciones sociales fallan cuando violan directamente nuestros derechos, por lo cual solemos poner

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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

---

<sup>23</sup> *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.<sup>24</sup>

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 de 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

---

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

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”.<sup>26</sup>

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

---

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

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Como afirma Taylor: “...insistir en derechos claramente definidos puede crear distancia en una familia unida”.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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

---

<sup>27</sup> Lo que habría entonces que objetarle a Taylor es la idea de que pueda en realidad existir lo que llama una “comunidad genuina”.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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”.<sup>32</sup>

## Epílogo

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

---

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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> *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.

## **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria**

Carlos Bernal Pulido \*

### I. El planteamiento de Atria

Sostiene Fernando Atria que la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos, si se entiende “por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término”<sup>1</sup>. “Si queremos evitar esta conclusión – agrega – debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos”<sup>2</sup>. Atria fundamenta esta tesis escéptica sobre el concepto jurídico de los derechos sociales en la siguiente línea argumentativa:

1. El punto de partida es una perspectiva historicista del concepto de derecho subjetivo. Esta perspectiva enfatiza que los derechos subjetivos surgieron en la modernidad en la forma de derechos “civiles y políticos”<sup>3</sup> de índole liberal.

En su versión original, estos derechos se caracterizaban por ser: (a) individuales (su único titular era el individuo), (b) naturales (su existencia era previa a la de la comunidad), y (c) por ejercerse contra una comunidad política constituida de modo artificial, (d) para que ésta no los pusiera en peligro y (e) los protegiera de los ataques de terceros<sup>4</sup>.

Asimismo, en esta concepción liberal de los derechos subjetivos, “las obligaciones de los demás (incluido el Estado) y los derechos del

---

\* Profesor de teoría jurídica y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

<sup>1</sup> F. Atria, ¿Existen derechos sociales?, en este mismo número, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> P. 16

<sup>4</sup> P. 17

agente son correlativos, pero la prioridad normativa corresponde a los derechos”<sup>5</sup>. En otras palabras, (f) el derecho subjetivo de un titular es correlativo al deber<sup>6</sup> del destinatario, pero, en todo caso, el derecho subjetivo tiene “prioridad normativa” sobre este deber. Esta prioridad “no es conceptual sino sustantiva”<sup>7</sup>. Lo sustantivo consiste en que, como señala Marshall, “el incentivo que funciona en el sistema de libre contrato del mercado abierto es el beneficio personal”<sup>8</sup>. Esto quiere decir, (g) que el fundamento del sistema jurídico de la visión liberal de los derechos es el beneficio personal o el “auto interés”<sup>9</sup>.

Junto a lo anterior, en esta visión liberal, los derechos se conciben de una forma unilateral (h). Esta visión toma “al individuo aislado de la comunidad” y deja fuera de consideración “al individuo situado”<sup>10</sup>. Como consecuencia, el catálogo de derechos responde a los rasgos naturales del individuo y “el hecho de vivir en comunidad no [es] fuente de derecho alguno”. Asimismo, gracias al carácter unilateral, el contenido de los derechos está determinado. En este sentido: “la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de estos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo: al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber”<sup>11</sup> (i).

Si sintetizamos todo lo anterior, debemos concluir que los derechos subjetivos liberales eran derechos: (a) individuales, (b) naturales, (c) contra una comunidad artificial, (d) de defensa contra los ataques de ésta, (e) de

---

<sup>5</sup> *Ibíd.* p. 18

<sup>6</sup> Atria utiliza de manera indistinta los conceptos de obligación y de deber. Aquí, por razones de consistencia conceptual, se hablará siempre de deber.

<sup>7</sup> F. Atria, *¿Existen derechos sociales?*, 2004, p. 18, nota de pie 9.

<sup>8</sup> T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1992, p 74. Marshall continúa: “el [incentivo] que corresponde a los derechos sociales es el deber público”

<sup>9</sup> F. Atria, *¿Existen derechos sociales?*, 2004, 18.

<sup>10</sup> *Ibíd.* Pag. 19

<sup>11</sup> *Ibíd.* p. 19. El énfasis de la cita es de Atria. Este autor agrega: “Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado”. Debemos anticipar que esta afirmación no parece plausible. ¿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? Esta pregunta muestra que la especificación del contenido de los derechos de primera generación también supone un individuo “situado”.

protección contra los ataques de terceros, (f) correlativos a deberes, pero prioritarios a ellos, (g) fundamentados en el interés propio, (h) unilaterales y (j) determinados.

2. A esta visión liberal de los derechos subjetivos, Atria contraponen la concepción socialista, que presenta los derechos subjetivos en forma de derechos sociales. Entendidos como derechos sociales, los factores característicos del concepto de derechos subjetivos adquirirían una dimensión diferente.

Los elementos (d) y (e) se transformarían, porque el objeto de la prestación de los derechos subjetivos ya no sería la defensa frente a los ataques de la comunidad o de terceros, sino la búsqueda de “una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros”<sup>12</sup>.

A su vez, esta transformación sería reflejo de un cambio de más profundo calado en el elemento (g), es decir, el fundamento del sistema jurídico en que se enmarcan los derechos. Este fundamento ya no sería el “auto interés”, sino la idea de “solidaridad”<sup>13</sup>. Esta idea, que se entendería con el lema “de cada cual de acuerdo con sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades”<sup>14</sup>, enfatizaría “la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros”<sup>15</sup>. Por lo tanto, también variaría el elemento (f): en la correlación entre el derecho y la obligación, la prioridad “normativa” o “justificatoria” correspondería al deber y no al derecho<sup>16</sup>.

De manera análoga, entendidos como derechos sociales, los derechos subjetivos perderían su carácter unilateral (h) - pues los individuos ya no se observarían aislados, sino en comunidad -, con las consecuencias que ello implica. La más relevante se refiere a la indeterminación del contenido del derecho (i). En los derechos sociales, “la especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo, ni cuál es el contenido de su obligación; ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado”<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibíd. p. 17

<sup>13</sup> Ibíd. p. 18

<sup>14</sup> Ibíd.

<sup>15</sup> Ibíd.

<sup>16</sup> Ibíd.

<sup>17</sup> Ibíd. p. 20

En síntesis, a diferencia de los derechos civiles y políticos de tradición liberal, los derechos sociales pretenderían “una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros” (d y e), con base en el principio de solidaridad (g); además, serían secundarios frente a sus deberes correlativos (f), y no serían unilaterales (h), ni determinados (i).

3. De acuerdo con Atria, para que sus reivindicaciones pudiesen calar en el discurso liberal, los socialistas se vieron forzados a formularlas en forma de derechos. De lo contrario, habrían sido consideradas como intereses de menor rango, que habrían tenido que ceder en toda colisión con los derechos liberales. En aquél entonces primaba la concepción de que los derechos subjetivos eran razones excluyentes frente a otras y, por tanto, los derechos liberales sólo podrían ser limitados por otros derechos.

Esta estrategia argumentativa del socialismo tuvo éxito, sobre todo porque consiguió hacer valer que la aceptación de la existencia de un derecho a recibir la provisión de un mínimo de condiciones materiales, era una condición indispensable para que las libertades no se entendiesen de una manera sólo formal y “sustancialmente vacía”<sup>18</sup>.

4. Sin embargo, Atria sostiene que existe una diferencia meridiana en la forma en que los liberales y los socialistas conciben los derechos sociales. En la concepción liberal, al igual que los derechos liberales, estos derechos se fundan en el interés propio y son “una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado”<sup>19</sup>. Por esta razón, no son derechos a “una forma de vida propiamente humana” dentro de una sociedad más igualitaria, sino derechos a un mínimo de bienestar que defienda al individuo de la pobreza y que lo ubique en una situación mejor que aquella que tenía en el estado de naturaleza<sup>20</sup>. En cambio, cuando se observan desde la concepción socialista, los derechos sociales ante todo persiguen la “reducción de las desigualdades de clase”. “Son una manifestación de una forma superior de comunidad, una en que cada uno

---

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 27

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 31

<sup>20</sup> *Ibid.*

contribuye de acuerdo a sus capacidades y recibe de acuerdo a sus necesidades”<sup>21</sup>.

5. En este punto de su argumentación, Atria introduce su “noción política de derechos”, de la que más adelante se servirá para explicar el que en su opinión constituye el único sentido plausible de los derechos sociales. De acuerdo con este autor, en sus orígenes los derechos no se entendían en un sentido jurídico, como derechos subjetivos, sino en un sentido político, como bienes especialmente importantes, cuya protección legitimaba la existencia del Estado. “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’”<sup>22</sup>. Este sentido político no es correlativo al sentido jurídico. La atribución a w de un derecho subjetivo a x es sólo una manera de garantizar que w pueda gozar de x en la práctica.

6. Atria advierte que esta noción política de los derechos nada hoy día contra la corriente. La tendencia en boga parece desprestigiar el entendimiento de los derechos en un sentido únicamente político y les atribuye todas las connotaciones de los derechos subjetivos en sentido jurídico, en especial la exigibilidad. Sin embargo, Atria argumenta que esta tendencia implica diversas consecuencias inconvenientes y graves. Entre ellas destaca el desplazamiento de la deliberación política sobre la manera de garantizar los derechos desde los parlamentos hacia las cortes (sobre todo en Latinoamérica)<sup>23</sup>. Este desplazamiento es síntoma de la sujeción de la política al derecho<sup>24</sup>, de la pérdida de neutralidad y autonomía por parte de este último y del traslado al ámbito jurídico de la lucha entre las ideologías. Es así como los ideales de izquierda y de derecha se erigen como estrategias interpretativas de los significados jurídicos de los derechos<sup>25</sup>.

7. En atención a estas transformaciones y a todo lo hasta aquí expuesto, Atria intenta mostrar que la expresión derechos sociales, entendida en la concepción socialista en la que este autor centra exclusivamente su análisis<sup>26</sup>, es una

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 32

<sup>22</sup> *Ibíd.* Pag. 33. El énfasis es de Atria.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 34

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 35

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 35

<sup>26</sup> *Cfr. Ibíd.* p. 37, nota de pie 74.

contradicción, y que esta contradicción se deriva de la tensión que se presenta entre la “sustancia contingente” y la “forma necesaria de operación” de estos derechos. Con fundamento en el análisis de las consideraciones de Prieto Sanchís - en el caso español - y de Abramovich, Courtis y Rosenkrantz - en el caso argentino -, Atria defiende que por la propia “naturaleza” del concepto de derecho subjetivo y de su característica principal: la exigibilidad, los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues escapan a la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos<sup>27</sup>. En efecto, “los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear”<sup>28</sup>. Estos sistemas son actividades de dirección de la economía, que van desde la planeación y la previsión del presupuesto hasta su ejecución.

A lo anterior se suma que la exigencia judicial de un derecho social implica negar la idea socialista que les sirve de fundamento, es decir, la creación de una forma superior de comunidad. Esta negación se produce, porque la demanda que un individuo hace al Estado para que éste satisfaga una necesidad protegida por un derecho social, es una pretensión del demandante de que “su interés sea atendido, aún a costa del interés de los demás”<sup>29</sup>. De este modo, el fundamento de la pretensión es el interés propio y no la solidaridad.

8. Por estas razones, Atria parece estar de acuerdo con Rosenkrantz, cuando sostiene que la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos puede hacer perder legitimidad a todo el sistema de derechos fundamentales. Si no es posible exigir judicialmente los derechos sociales y si además el Estado no puede satisfacer todas las pretensiones que implican, estos derechos están condenados a “mantenerse como una promesa incumplida”. El efecto perverso de este fenómeno es la devaluación de “las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos”<sup>30</sup>. Sin embargo, Atria se separa de

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 42

<sup>28</sup> Ibid. p. 44

<sup>29</sup> Ibid. p. 46

<sup>30</sup> Ibid. p. 46

Ronsenkrantz, pues no está de acuerdo en que la consecuencia de esta argumentación deba ser la exclusión de los derechos sociales de los textos constitucionales. Atria, por el contrario, aboga por mantener la constitucionalización de estos derechos, pero propone entenderlos únicamente en su sentido político, es decir, en el sentido “primario”<sup>31</sup> en que fueron invocados todos los derechos en la modernidad, como objetivos de importancia para el Estado, como “un aspecto central de la forma en que la comunidad entiende su responsabilidad de asegurar la igual ciudadanía de cada uno”<sup>32</sup>.

De este modo, además se evitaría la contradicción entre la exigibilidad como modo operativo de los derechos sociales y el fundamento de estos, es decir, la idea de comunidad socialista fundada en el principio de solidaridad<sup>33</sup>. Este principio excluiría la tutela judicial del interés propio y la imposición de un deber jurídico correlativo; tendría en cuenta que la solidaridad “no puede ser jurificada sin ser desnaturalizada”<sup>34</sup>

## II. Análisis de los planteamientos de Atria

Los ocho puntos en que pueden ser sintetizados los planteamientos de Atria se refieren a tres aspectos: el fundamento, el concepto y la estructura de los derechos sociales. A continuación es pertinente referirse a cada uno de estos aspectos, para intentar mostrar que la tesis de Atria sobre el entendimiento político y no jurídico de los derechos sociales no parece ser una tesis plausible.

### 1. El fundamento de los derechos sociales

Atria tiene razón cuando afirma que para entender el concepto y el alcance de los derechos sociales es indispensable tener presente cuál es su fundamento filosófico-político e ideológico. Todos los derechos fundamentales - tanto los derechos sociales, como los derechos de defensa

---

<sup>31</sup> *Ibíd.* p. 50

<sup>32</sup> *Ibíd.* p. 51

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 52

<sup>34</sup> *Ibíd.*

de tradición liberal, los derechos democráticos, el derecho a la igualdad y los derechos de organización y procedimiento - son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional<sup>35</sup>. A su vez, los derechos humanos son ante todo conceptos morales, configurados en el ámbito de la filosofía política, como posiciones que protegen las propiedades básicas del sujeto que le permiten interactuar con dignidad y libertad en una sociedad bien organizada.

Es en este sentido, por ejemplo, en que Rawls afirma que toda sociedad bien organizada debe proteger dos facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia -capacidad de ser “razonable” en el léxico de este autor-<sup>36</sup>. Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” -capacidad de ser “racional”<sup>37</sup>-. La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”<sup>38</sup>; se trata del talento del individuo para imaginar lo bueno. Estas dos facultades serían la fundamentación filosófico - política de los derechos democráticos y de las libertades. Mientras la primera facultad moral se protegería meditante las posiciones adscritas a los derechos democráticos, las libertades protegerían la segunda. Por consiguiente, la Constitución de toda sociedad bien organizada debería institucionalizar los derechos democráticos y las libertades para proteger las dos facultades morales del individuo.

Una concepción similar proponen Jürgen Habermas y Klaus Günther, cuando sostienen que toda Constitución que establezca un Estado democrático, debe institucionalizar los derechos democráticos y las libertades, a fin de proteger las propiedades básicas implícitas en la capacidad de discernimiento

---

<sup>35</sup> Cfr. R. Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”, *Derechos y libertades*, núm. 8, 2000, p. 12 y s.

<sup>36</sup> J. Rawls, *El liberalismo político*, Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, p. 49 y 338.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>38</sup> *Ibid.*

del individuo (la “Zurechnungsfähigkeit”), propiedades que definirían el perfil de la persona presupuesta por el principio de discurso<sup>39</sup>.

Es posible desarrollar una fundamentación análoga de los derechos sociales. De hecho, es en este sentido en que Atria defiende que, en la concepción socialista, los derechos sociales se fundamentan en el ideal de construir una “forma de vida propiamente humana” con base en el principio de solidaridad. Sin embargo, en este punto surgen dos problemas: uno en la fundamentación socialista de los derechos sociales y otro en la propia concepción de Atria. El problema de la concepción socialista, bien identificado por Atria, consiste en no fundamentar los derechos sociales en el imperativo de proteger posiciones subjetivas, sino en un ideal colectivo: la construcción de una sociedad más igualitaria basada en el principio de solidaridad. Por definición, los derechos subjetivos protegen posiciones subjetivas individuales. Las consecuencias colectivas que se deriven de esta circunstancia, sólo pueden considerarse como efectos indirectos, colaterales, pero de ninguna manera como el fundamento mismo de los derechos. Un elemento común a cualquier teoría sobre la fundamentación de los derechos subjetivos consiste en que su punto de partida es siempre una posición del individuo: la voluntad, el interés, una combinación entre estos dos fenómenos, las facultades morales de la persona, expuestas por Rawls, o la capacidad de discernimiento, aludida por Habermas y Günther. Desde luego, la protección de estos elementos fundamentales para los derechos subjetivos tiene mucho que ver con la concepción de la sociedad que cada visión filosófica quiera defender. La fundamentación de Rawls es coherente con su idea de sociedad liberal, así como la construcción Habermasiana lo es con su ideal de Estado Democrático, construido sobre el principio del discurso. No obstante, de ningún modo el ideal colectivo por sí mismo puede ofrecer un fundamento al derecho subjetivo. Antes bien, el derecho subjetivo debe fundamentarse en la posición o las posiciones del individuo que deben ser protegidas, para que éste pueda interactuar dentro de la comunidad y frente a ésta.

---

<sup>39</sup> Cfr. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987, p. 110; Id., *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 147 y s.; K. Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en AAVV (H. Brunkhorst y P. Niesen Edts.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 y s.

Como consecuencia, nada puede objetarse a la crítica de Atria contra la posibilidad de fundamentar el carácter de derechos subjetivos de los derechos sociales en la concepción socialista. No obstante, el problema de la perspectiva de Atria consiste en derivar de esta crítica una patente de curso para plantear la tesis según la cual, los derechos sociales no pueden considerarse de ninguna manera como derechos subjetivos y sólo pueden tener valor como ideales políticos. Para Atria, de la imposibilidad de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos en el ideal socialista de construir una “forma de vida propiamente humana”, se deriva la imposibilidad absoluta de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos<sup>40</sup>.

Este razonamiento sería plausible, si la concepción socialista fuese la única fuente de la cual pudiese emanar una fundamentación para los derechos sociales, o la única fuente verdadera. Sin embargo, esta tesis no es sostenible. La reconstrucción de Atria sobre el surgimiento de los derechos sociales como estrategias del socialismo para hacer valer sus reivindicaciones en el contexto de la sociedad liberal, no es la única manera de entender la razón de ser de estos derechos. Incluso puede decirse que no es pertinente invocar esta reconstrucción historicista para referirse a los derechos sociales, tal como se entienden en el actual constitucionalismo hispanoamericano, porque en este aspecto, las constituciones de España y América Latina no han bebido de la concepción socialista, sino de la concepción que se deriva del principio del Estado Social de Derecho. Y los derechos sociales encuentran en la concepción del Estado Social una fundamentación muy diferente de aquella que les ofrece el socialismo, tal como la ha reconstruido Atria. Esta diferencia

---

<sup>40</sup> En este aspecto, Atria parece querer permanecer muy fiel a la construcción socialista: “... el concepto mismo de derecho subjetivo implica que el interés individual que el derecho protege triunfa (al menos típicamente) frente a las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aún en contra de ella si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad.” “Por las razones anteriores es que 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”. F. Atria, “Existen los derechos sociales”, op. cit., p. 52. Sin embargo, esta fidelidad se paga con el altísimo precio de una prematura capitulación en el intento de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos.

de fundamento deriva de las propias diferencias estructurales existentes entre estos dos modelos de sociedad. Mientras el socialismo se opone por completo al Estado liberal, la doctrina del Estado Social no niega de ningún modo las libertades. Antes bien, como en su momento lo dejaron claro Heller y Lorenz von Stein, en dos de las primeras piezas maestras sobre la teoría del Estado Social<sup>41</sup>, este modelo de Estado no niega las bases del Estado liberal de derecho, sino que propone reformarlas, dejando atrás la separación del Estado con respecto a la sociedad civil, para garantizar a todo individuo los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y la dotación de su procura existencial<sup>42</sup>.

Ahora bien, dentro del esquema del Estado Social de Derecho, los derechos sociales pueden fundamentarse de dos formas: de forma independiente o como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades.

E. Tugendhat ofrece una notable fundamentación filosófico política de los derechos sociales dentro del concepto del Estado Social de Derecho. La idea central de Tugendhat señala que, para responder la pregunta acerca de qué derechos debe tener una persona, “sólo puede ser fundamental el concepto de necesidad”<sup>43</sup>. De acuerdo con este autor, los derechos fundamentales establecen reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos y entre éstos y el Estado. El contenido de estas reglas de cooperación no es inmutable, sino que se asigna en cada época, de acuerdo con los valores e intereses predominantes o de conformidad con las reivindicaciones que se imponen como resultado de las luchas sociales. De esta manera, se entiende que la convicción liberal, según la cual los derechos fundamentales se traducen únicamente en deberes estatales de abstención, no es sino un reflejo del pensamiento burgués que echa sus raíces en el contractualismo ilustrado<sup>44</sup>. El pensamiento burgués

---

<sup>41</sup> H. Heller, “¿Estado de derecho o dictadura?”, en Id., *Escritos políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, p. 283 y s. L. von Stein, *The History of the Social Movement in France, 1789 - 1850*, The Bedminster Press, Totowa - New Jersey, 1964, p. 86. (Esta obra tiene una traducción parcial al castellano bajo el título: *Movimientos sociales y Monarquía*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957).

<sup>42</sup> Cfr. Sobre el concepto de procura existencial: E. Forsthoff, “*Problemas constitucionales del Estado Social*”, en AA.VV., *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 43 y sig.; M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 26 y s.

<sup>43</sup> E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 344 y s.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 321 y s.

presupone que la sociedad está integrada por individuos dotados de un elevado grado de poder; de adultos, aptos para el trabajo, capaces de satisfacer por sí mismos sus necesidades y de emprender proyectos útiles para sus intereses. La única necesidad que tiene este conjunto de individuos, exitosos y autónomos en sentido kantiano, es la de protegerse de los ataques externos. El credo en la autosuficiencia del hombre permite fundamentar un sistema de derechos compuesto exclusivamente por obligaciones de abstención, que busca proteger al sujeto de toda intervención exterior.

Tugendhat se esfuerza por mostrar que esta idealización de la sociedad presupuesta por el liberalismo no se compadece con la circunstancia real de que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”<sup>45</sup>. El sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Es imperioso reconocer que el liberalismo presupone más individuos capaces de ser ciudadanos libres, de los que existen en la práctica.

Ante este desfase de la concepción burguesa, Tugendhat sugiere construir un sistema de derechos fundamentales que se arraigue en el concepto de necesidad. La idea de necesidades inherentes al hombre no es por entero incompatible con el liberalismo. Por esta razón, puede enmarcarse dentro del Estado Social de Derecho. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. Ejercer la libertad es también una necesidad humana. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos, soslayados por el pensamiento burgués. Esta idea pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. Ninguna sociedad que pretenda buscar la justicia puede dejar la satisfacción de las necesidades básicas, que comienzan por la alimentación<sup>46</sup>, a los resultados del azar económico.

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 338 y s.

<sup>46</sup> Cfr. Una fundamentación independiente del derecho a recibir una alimentación básica en: A. K. Sen, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

De lo anterior se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población da origen a ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad<sup>47</sup>, conforman los derechos fundamentales sociales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación<sup>48</sup>. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado - a quien su status inicial como persona autónoma impone una obligación de autoayuda -, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estos deberes positivos no pueden ser satisfechos en esta primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional que satisfará el derecho social<sup>49</sup>.

La doble irradiación de los deberes que emanan de los derechos sociales, defendida por Tugendhat, reviste la ventaja de que concilia el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de cada individuo, con su consideración como sujeto autónomo y capaz. De esta manera, a su vez, los derechos sociales se hacen compatibles con las libertades dentro del marco del Estado. La doble irradiación indica además cuál es el enfoque preferente que deben adoptar las prestaciones estatales tendientes a satisfacer los derechos sociales.

---

<sup>47</sup> Al igual que F. Atria, M. Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “*deber colectivo de ayuda mutua*”, como un “*verdadero principio de acción política*”. En: *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, LGDJ, París, 1993, p. 398. En el mismo sentido: G. Peces – Barba ha sostenido que la solidaridad es un “*valor que está a la raíz de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales y también de nuevos derechos, como los referidos al medio ambiente*”. En: *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, p. 208, 209 y 213. Igualmente, A. Weber, “L’État social et les droits sociaux en RFA”, *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, núm. 24, 1995, p. 678. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio de solidaridad no puede considerarse como un fundamento autónomo de los derechos sociales. Este principio fundamenta los deberes de mutua ayuda. Pero, para poder fundamentar los derechos sociales, este principio debe sumarse al concepto de necesidades básicas que enfatiza las posiciones subjetivas del individuo.

<sup>48</sup> E. Tugendhat, *Lecciones...*, op. cit., p. 341 y s.

<sup>49</sup> Del mismo modo, J. J. Gomes Canotilho ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales, vincula a todos los miembros de la sociedad, y se hace efectivo sobre todo por los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones correspondientes. En: “Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 39 y s.

Estas prestaciones deben intentar de manera prioritaria brindar a la persona las condiciones necesarias para que se ayude a sí misma, para que pueda velar por su propia subsistencia. Por esta razón, en lo posible, las prestaciones públicas deben ser temporales y deben estar encauzadas a conseguir que los sujetos beneficiarios desarrollen su propia autonomía<sup>50</sup>. Asimismo, la concepción de las necesidades básicas muestra que tanto en las libertades como en los derechos sociales, los derechos tienen prioridad frente a los deberes. Así como la necesidad del individuo de ejercer su libertad fundamenta el correlativo deber de abstención del Estado y de los particulares, la necesidad individual de disponer de la procura existencial y de los bienes mínimos para ejercer la libertad fundamenta el correlativo deber de prestación, también a cargo de los demás individuos y, en última instancia, del Estado.

Mediante el concepto de persona como sujeto titular de un conjunto de necesidades, Tugendhat ofrece una fundamentación independiente de los derechos sociales. Una fundamentación independiente es aquella que considera los derechos sociales como fines en sí mismos, y no meramente como presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o de los derechos políticos. Es bien sabido que justamente este tipo de fundamentación instrumental de los derechos sociales ha prevalecido en la filosofía política y en la dogmática constitucional. Alexy ha sostenido, por ejemplo, que “el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad”. Según este autor, el argumento de libertad señala, en primer lugar, que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”<sup>51</sup>; y en segundo término, que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales”<sup>52</sup>. En otros términos, Alexy resalta que la satisfacción por parte del Estado de las necesidades aparejadas a los

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>51</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 486.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pág. 487.

derechos sociales representa un medio indispensable para el ejercicio de la libertad jurídica. En razón de este nexo instrumental, concluye, debe considerarse que la libertad jurídica se amplía e incluye a los derechos sociales en su ámbito garantizado, o sea, que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad. Del mismo modo, Böckenförde<sup>53</sup> ha apuntado que los derechos fundamentales sociales encuentran su justificación “ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”: “Si la libertad jurídica -ha escrito este autor- debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”.

Del mismo modo, otros autores han reivindicado la fundamentación de los derechos sociales como medios no sólo para el ejercicio de las libertades, sino también de los derechos políticos. Únicamente a título de ejemplo, valga traer a colación el papel que los derechos sociales juegan en la concepción de Habermas, como medios para el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos individuales y políticos<sup>54</sup>. Asimismo, Gomes Canotilho ha aducido como argumento a favor de la atribución de la mayor fuerza jurídica posible a los derechos sociales, que “por debajo de un cierto nivel de bienestar material, social, de aprendizaje y de educación [que ellos garantizan], las personas no pueden tomar parte en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales”<sup>55</sup> (El énfasis es nuestro).

En contra de estas concepciones instrumentales, Tugendhat sugiere que los derechos sociales deben ser considerados como fines en sí mismos. A juicio de este autor, la idea de que la libertad representa el único fin del sujeto digno de protección en el Estado Constitucional, es una derivación del mito burgués del Estado de naturaleza, en el cual se considera al hombre como un ser dotado de libertad absoluta. La gran deficiencia de este mito

---

<sup>53</sup> E – W. Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden – Baden, 1993, p. 74.

<sup>54</sup> J. Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 189.

<sup>55</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 432.

estriba en que idealiza a un hombre que no existe, a un “Robinson Crusoe”, capaz de subsistir aislado en un mundo sin contacto con los demás, y olvida que “ningún individuo habría podido sobrevivir jamás si no hubiera nacido dentro de una comunidad”<sup>56</sup>. En el mundo real, todos los individuos pasamos por lo menos por una etapa (la niñez), en la cual no somos capaces de velar por nosotros mismos. Esta circunstancia se repite en la vejez y para muchos es una constante durante toda su existencia. Los deberes de solidaridad correlativos a los derechos sociales, que favorecen a quienes no pueden velar por sí mismos, no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad, sino proveer lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas. Según Tugendhat, lo que en realidad importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes, y cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política. Dichas necesidades fundamentan los derechos sociales (que propenden a satisfacer las necesidades materiales, vitales y físicas), los derechos de libertad (que intentan colmar las necesidades que subyacen al ejercicio de la libertad), y los derechos políticos (relativos a las necesidades de cooperación política con los demás individuos). De acuerdo con este autor, entonces, las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales no son sólo un medio para la realización de la libertad; dichas normas tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna. Los derechos fundamentales sociales revisten, en este sentido, el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes carecen<sup>57</sup>.

No obstante, a nuestro modo de ver, la tesis de la fundamentación independiente defendida por Tugendhat no resulta contradictoria, sino complementaria, con la idea de una fundamentación instrumental de los derechos sociales. Este nexo de complementariedad se produce en razón de que el ámbito de los derechos sociales tiene un contenido bastante amplio, que abarca no sólo las disposiciones tendentes a garantizar un mínimo

---

<sup>56</sup> E. Tugendhat, *Lecciones...*, op. cit., p. 344.

<sup>57</sup> Cfr. G. Peces - Barba “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 28; L. Prieto Sanchís “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 17; y A. Baldasarre, “Los derechos sociales”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 5, 1998, p. 13.

existencial para el individuo, sino también las normas que conforman la dimensión prestacional de las libertades y de los derechos políticos.

## 2. El concepto y la estructura de los derechos sociales

### a. La diferencia entre los derechos sociales y los derechos de libertad

Hasta el momento, entonces, puede concluirse que de la crítica a la fundamentación socialista de los derechos sociales no puede derivarse una negación del carácter jurídico de éstos. Antes bien, este carácter jurídico puede fundamentarse dentro del marco del Estado Social. La idea de satisfacción de las necesidades básicas constituye el pilar de una de las fundamentaciones posibles del concepto jurídico de los derechos sociales dentro de este marco. En este sentido, los derechos sociales que pretenden satisfacer las necesidades básicas del individuo, tienen prioridad frente a los correlativos deberes de solidaridad de los demás individuos y del Estado. A su vez, esta fundamentación independiente es complementaria de la fundamentación liberal de los derechos sociales, como medios para el ejercicio efectivo de las libertades. En este segundo tipo de fundamentación instrumental, también los derechos sociales tienen una prioridad sustantiva frente a los correlativos deberes de prestación.

Si se tiene en cuenta lo anterior, parecen desvanecerse entonces las diferencias aparentemente radicales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales que Atria advierte. Unos y otros derechos tienen una prioridad sustantiva frente a los deberes correlativos, se enmarcan en el Estado Social, buscan satisfacer las necesidades básicas - los derechos civiles y políticos: la necesidad individual de ejercer la libertad privada y la autonomía política y los derechos sociales la necesidad de disponer de la procura existencial y de los medios para el ejercicio efectivo de las libertades -, presuponen a un individuo situado - porque de lo contrario sería imposible predicar la existencia de deberes correlativos de abstención o de prestación a cargo del destinatario del derecho -, se atribuyen al individuo que se convierte en su titular y se ejercen frente al Estado y los demás particulares, que conforman el espectro de sus destinatarios.

Sin embargo, esto no quiere decir que no existan diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos.

No obstante, estas diferencias no radican en ninguno de los elementos mencionados, ni en su indeterminación normativa. Todas las disposiciones que establecen los derechos en una constitución son indeterminadas, en el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben<sup>58</sup>. Esta indeterminación normativa afecta tanto a las libertades, como a los derechos políticos, sociales, procesales y al derecho a la igualdad. Y es por causa de esta indeterminación que frente a todos los derechos fundamentales, como Atria parece advertir sólo en el caso de los derechos sociales, la lucha ideológica se desplaza desde el ámbito de la política hacia la interpretación constitucional, y por consiguiente, desde el Parlamento hacia los Tribunales Constitucionales. Por esta misma razón, estos tribunales asumen competencias extrañas a las concepciones clásicas del poder judicial y ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional. Abandonan su papel ideal como legisladores negativos y se convierten en verdaderos legisladores positivos<sup>59</sup>.

Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera en que se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque 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. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en 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.

---

<sup>58</sup> Cfr. Sobre este tipo de indeterminación de los derechos fundamentales: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, capítulo I.

<sup>59</sup> Cfr. En el específico caso del derecho a la igualdad: M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

b. Cuatro concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales

Esta diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha dado lugar a diversas concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Estas concepciones se mueven en un amplio espectro, desde aquellas que, como la de Atria, pregonan la imposibilidad de entender estos derechos en un sentido jurídico y proponen un entendimiento sólo político de ellos, hasta aquellas que intentan hacer viable una concepción como derechos subjetivos y una aplicación jurídica de los derechos sociales.

En una célebre conferencia<sup>60</sup>, P. Häberle hizo ver que los derechos prestacionales exigen un momento activo de configuración. Esta configuración está atribuida en primer lugar al Legislador. Las disposiciones de derechos sociales sólo pueden realizarse con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento<sup>61</sup>. A su vez, estas leyes deben ser ejecutadas por la Administración. El problema que da lugar a las diferentes concepciones sobre los derechos sociales, consiste en establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales pueden derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el Legislador y la Administración.

En un intento de síntesis, agruparemos las concepciones más significativas en aquéllas que consideran las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas (1), las que conciben estas disposiciones como una fuente de normas de fines del Estado (2), las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos (3) y las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos (4) y derechos prima facie (5)<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, p. 43 y s.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 49 y s.

<sup>62</sup> Cfr. Con mayor profundidad sobre estos tipos de teorías: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 362 y s.

## 1.) Las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas

La primera concepción niega el carácter vinculante de las disposiciones de derechos sociales y les otorga sólo la naturaleza de disposiciones programáticas. La tesis de Atria sobre el entendimiento político de los derechos sociales parece defender este punto de vista y, en este sentido, no resulta novedoso. Lo que sí resulta novedoso es que la defensa de este punto de vista se haga compatible con una profunda fidelidad a las doctrinas socialistas. Como se verá, los antecesores de Atria fueron precisamente algunos de los más férreos opositores a las doctrinas socialistas. Así, por ejemplo, según C. Schmitt, sólo en un Estado socialista puede reconocerse al individuo verdaderos derechos sociales, en lugar de derechos de libertad negativa. Por esta razón, a su juicio, las disposiciones de la Constitución de Weimar que establecían estos derechos - derecho al subsidio de desempleo, a la ayuda a familias numerosas, a la maternidad, al arte, a la ciencia, y a la clase media - no podían considerarse como fuente de deberes para el Legislador, sino sólo como programas que éste podría desarrollar a su arbitrio<sup>63</sup>. Esta tesis de Schmitt fue reproducida posteriormente por E. Forsthoff, según quien, a partir de la fórmula Estado Social no pueden derivarse derechos ni deberes jurídicos concretos<sup>64</sup>.

La concepción de las normas de derechos de prestación como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al Legislador. Correlativamente, niega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva, las disposiciones de derechos sociales sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes. Su dimensión jurídica no se proyecta frente a la ley, como ocurre en el caso de las libertades, sino que comienza a partir de la ley. Cuando son entendidos de esta manera, la única consecuencia que se deriva de los derechos sociales en el plano de la legislación, consiste en que

---

<sup>63</sup> C. Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten", en *Id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2ª edición, Berlín, 1973, p. 212 y s.

<sup>64</sup> E. Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 258 y s.

sirven de argumento para justificar la restricción legislativa de las libertades. De este modo, los derechos sociales no obligan sino que facultan al Legislador; no le exigen un determinado grado de desarrollo o de realización, sino que lo autorizan para limitar los derechos de libertad, cuando las limitaciones se enderecen a cumplir los objetivos de justicia social.

A esta concepción programática y política de los derechos sociales puede objetarse, por una parte, que considera a la libertad negativa como único objeto digno de protección por parte de los derechos. Como ya hemos mencionado, la concepción de persona subyacente al Estado Social de Derecho reconoce que, junto a la libertad, el individuo tiene ciertas necesidades básicas cuya satisfacción también debe ser garantizada mediante los derechos fundamentales.

Por otra parte, tanto en la versión de Atria como en otras, la concepción programática también se funda en el argumento de la indeterminación. Esta concepción aduce que las disposiciones de derechos sociales prescriben que algunos fines -educación, salud, vivienda digna, trabajo para todos- deben ser procurados o conseguidos por el Estado. No obstante, la realización de estos fines puede llevarse a cabo mediante una infinidad de medios posibles. La Constitución rara vez especifica cuál de estos medios debe ser adoptado por el Legislador, ni la oportunidad en que deben ser llevados a la práctica, así como tampoco señala el grado en que los fines deben ser cumplidos: no determina si se pretende un grado máximo, medio o mínimo de satisfacción de las necesidades del individuo<sup>65</sup>.

Este segundo argumento se sustenta sobre dos premisas verdaderas, de las cuales extrae, sin embargo, una conclusión extrema y por lo tanto insostenible. Es bien cierto que las disposiciones de derechos sociales sólo en pocas ocasiones especifican cuáles son los medios de protección que deben ser adoptados. Con todo, esta circunstancia no tiene capacidad suficiente para justificar una negación de carácter jurídico a estas disposiciones. En todo caso, los derechos, deberes y fines sociales establecidos por la Constitución están prescritos, y como consecuencia, se debe estar de acuerdo en que por lo menos está ordenado por la Constitución al Legislador y a la

---

<sup>65</sup> Sobre este argumento: E - W. Böckenförde, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, op. cit., p. 65 y s.

Administración adoptar uno de los medios posibles, así como el logro de un nivel mínimo de satisfacción del fin establecido. El problema, no obstante, consiste en determinar cuál de los medios es el prescrito, y correlativamente, en qué se concreta el nivel mínimo de protección que en todo caso la Constitución exige.

A este problema se refiere precisamente el tercer argumento de la tesis de las normas programáticas. Este argumento sostiene que la elección de los medios idóneos para el cumplimiento de los fines prescritos por los derechos sociales y la determinación de la oportunidad más indicada para desplegarlos, le corresponden por entero al Legislador y a la Administración. 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, apropiar recursos financieros para el efecto - que en condiciones normales de escasez de fondos públicos implica decidir acerca de la prioridad de las inversiones presupuestarias<sup>66</sup> - y crear infraestructuras técnicas y burocráticas. Estas decisiones son típicamente políticas. En el marco de una democracia, dichas decisiones sólo pueden ser el resultado de la deliberación y de la concertación entre los interesados y los representantes de la sociedad. Por esta razón, debe considerarse que en este ámbito el Legislador está completamente desvinculado de la Constitución. Sostener lo contrario presupondría conferir al Tribunal Constitucional la potestad de controlar las políticas económicas y sociales. Entonces se produciría en el sistema de poderes un efecto perverso: lo que debe ser el producto de la decisión democrática, se transfiguraría en un objeto de interpretación constitucional. Esta transfiguración se vería afectada por el inconveniente adicional de que, a partir de las fórmulas lapidarias y finalistas de los derechos sociales poco o nada cabe interpretar. Estas disposiciones no llevan al intérprete a ninguna certeza acerca de cuál es la estrategia económica o de fomento social más adecuada para la comunidad en un momento determinado. Por consiguiente, si se abre la puerta a la aplicación jurisdiccional de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional no terminaría interpretando la Constitución, sino

---

<sup>66</sup> E – W. Böckenförde, “Teoría e interpretación...”, op. cit., p. 65.

decidiendo acerca de cuáles son los medios que deben ser adoptados para la satisfacción de los objetivos sociales, de la misma forma en que lo haría el Legislador. A su vez, esta usurpación de las competencias legislativas contradiría el principio democrático y el buen funcionamiento del Estado, porque el Tribunal Constitucional está desprovisto de legitimación democrática tomar decisiones políticas y para el efecto carece de los conocimientos acerca de los intereses sociales implicados y de la idoneidad técnica de las estrategias económicas, conocimientos de los cuales sí dispone el Parlamento.

Este tercer argumento es quizás el más importante. Nada hay que objetar a que en un Estado Constitucional el Parlamento es quien debe decidir acerca de las políticas económicas y sociales, y por consiguiente, quien debe elegir los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos de prestación. Sin embargo, no parece adecuado considerar que la circunstancia de que el Legislador tenga atribuidas estas competencias, se contradiga abiertamente al reconocer carácter normativo y vinculante a los derechos sociales. El ejercicio de las atribuciones económicas y sociales del Parlamento no goza de un régimen de excepción o de inmunidad con respecto al principio de supremacía de la Constitución, ni en relación con el carácter jurídico de las disposiciones que tipifican los derechos sociales. Entre la competencia legislativa y la vinculación a los derechos sociales, que puede hacer efectiva el Tribunal Constitucional, no se presenta un problema de contradicción lógica; no se trata de un dilema de todo o nada, que se deba zanjar mediante la aceptación de una regla general (la vinculación del Legislador a la Constitución) y una excepción (la desvinculación en cuanto a las regulaciones de los derechos sociales). Más bien se trata de dos magnitudes que dirigen su fuerza en sentido contrario, que no pueden reducirse entre sí por completo y que por tanto deben ser compaginadas. La necesidad de que el Legislador disponga de un amplio margen de acción no despoja a los derechos sociales de toda su fuerza vinculante, como lo pretende la tesis de las normas programáticas, así como la vinculación que emana de estos derechos no puede expropiar absolutamente al Parlamento de su libertad de decisión. El problema, no obstante, es encontrar un modo razonable para articular esta tensión; o en otros términos, para poder definir la vinculación del Parlamento a los derechos sociales, de tal manera que no se haga efímera la libertad de configuración legislativa, que no sea suplantada por un mero decisionismo en cabeza del Tribunal Constitucional.

## 2.) Las disposiciones de derechos sociales como fuente de normas de fines del Estado

Esta segunda concepción intenta precisamente hacer compatible el ámbito legislativo de apreciación con el carácter vinculante característico de las disposiciones constitucionales de derechos sociales. Desde esta perspectiva se entiende que los derechos sociales tienen la estructura de normas de programación final<sup>67</sup>. Las normas de programación final se caracterizan porque, a diferencia de las normas condicionales – las típicas del Derecho –, prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios<sup>68</sup>. Mientras las normas condicionales revisten la estructura “si X, entonces Y”, las normas de programación final adoptan la siguiente forma canónica: “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3 etc. como causas (medios) idóneos”<sup>69</sup>.

De acuerdo con la concepción de las normas de programación final, en las constituciones por lo general sólo está tipificada la primera parte del enunciado, es decir, que el fin A debe ser conseguido. La segunda parte, es una consecuencia lógica de la primera. Si existe el deber de alcanzar o contribuir a la consecución de un determinado objetivo, entonces debe deducirse lógicamente que también tiene validez el deber de adoptar los medios pertinentes para el efecto. En las disposiciones de derechos sociales, como ha apuntado I. de Otto, de ordinario sólo se especifica el fin, sin hacer alusión a qué hay que hacer para conseguirlo<sup>70</sup>. Se sabe que algún medio debe ser adoptado, pero no se tiene certeza acerca de cuál es el indicado. Las constituciones dejan abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y de la oportunidad precisa para obtener los objetivos trazados. Esta discusión debe llevarse a cabo en el terreno de la política. En dicha discusión son

---

<sup>67</sup> I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, cuarta reimpresión, 1995, p. 43.

<sup>68</sup> K - P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 356.

<sup>69</sup> N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966, p. 36.

<sup>70</sup> I. de Otto, *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 43.

relevantes muchos factores atinentes a las circunstancias fácticas (económicas y políticas) de la sociedad, al grado en que se pretende alcanzar las metas constitucionales, al pronóstico de cuáles pueden ser las mejores estrategias y a la programación de inversiones de recursos.

Es en el seno del Parlamento en donde debe llevarse a cabo una deliberación sobre todos estos factores. Esta es una exigencia del principio democrático, que, sin embargo, no impide reconocer que los derechos prestaciones están dotados de fuerza vinculante. De acuerdo con la teoría de las normas de fines del Estado, dicha fuerza vinculante se agota en el deber del Estado de perseguir el fin prescrito. Así observada, esta concepción se separa de la tesis de las normas programáticas, para la cual, el hecho de que el Legislador no esté vinculado en cuanto a los medios, implica que tampoco lo está en cuanto a los fines. Para la tesis de las normas de fines del Estado, por el contrario, el Legislador está vinculado por la obligación de perseguir el fin constitucionalmente establecido, así tenga plena libertad para decidir acerca de los medios y de la oportunidad para llevarlos a la práctica<sup>71</sup>.

Sin embargo, el problema que se plantea, consiste en compaginar la vinculación del Legislador al fin constitucional con la no vinculación en cuanto a los medios. K – P. Sommermann<sup>72</sup> recurre para el efecto a la noción de contenido esencial. De acuerdo con este autor, en todas las disposiciones de fines del Estado – incluidos los derechos sociales – puede identificarse un “núcleo esencial” vinculante para el Legislador, que constituye el límite de su libertad de configuración. Sommermann sostiene que “si una ley va en contra del contenido esencial del fin, sin que la concreta regulación pueda ser justificada o sustentada en otros valores constitucionales, puede ser declarada inconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes”<sup>73</sup>. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de identificar uno o varios

---

<sup>71</sup> K - P. Sommermann, *Staatsziele...*, op. cit., p. 379 y s.

<sup>72</sup> Acerca del carácter de los derechos sociales como fines del Estado, Sommermann sostiene: “Los derechos sociales no son inmediatamente aplicables, desde la perspectiva constitucional, en su dimensión subjetiva, sino que encuentran su fundamento jurídico en la legislación ordinaria. Un reconocimiento semejante de la dimensión subjetiva de los derechos sociales hace suponer que se entienden garantizados como fines del Estado”. *Ibid.*, p. 372. Igualmente: E. Denninger, “State Tasks and Human Rights”, *Ratio Iuris*, vol. 12, núm. 1, 1999, p. 8.

<sup>73</sup> K – P. Sommermann, *Staatsziele...*, op. cit., p. 384, 396.

medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial. Una vez identificados, debe considerarse que la adopción de estos medios es vinculante para el Legislador. Es por ello que cuando “el contenido esencial de un fin materialmente circunscrito sólo pueda realizarse en definitiva mediante una determinada medida”<sup>74</sup>, la adopción de esta medida resulta obligatoria para el Legislador. En la hipótesis de que exista un único medio, es decir, una única actuación que haga posible realizar el “contenido esencial” del fin, esa actuación está ordenada por la Constitución.

Con todo, esta solución desplaza el problema a otro nivel de discusión. La pregunta es entonces, cómo identificar el “contenido esencial del fin”. Ante este interrogante, Sommermann sólo responde con una petición de principio. Señala que “por el núcleo del fin se entiende el mínimo vinculante también para el Legislador, mientras que por la parte accidental del fin, se entiende el ámbito que está a disposición del Legislador que efectúa la concreción”<sup>75</sup>. Esta es claramente una petición de principio, porque lo que se trata de averiguar es precisamente cuál es el “núcleo del fin”, para establecer así, a qué concretos deberes está vinculado el Legislador. Por otra parte, este autor aporta una indicación bastante evidente: que es más sencillo identificar el contenido esencial de un fin, cuando el fin es “concreto” que cuando es “abstracto”. Cuando el Constituyente ha fijado un fin muy abstracto que el Legislador debe alcanzar, se debe interpretar que ha dejado a la discrecionalidad parlamentaria en una medida muy amplia la configuración que sea pertinente. En estos casos, el contenido esencial del fin aparece de forma muy borrosa. En cambio, cuando las disposiciones de fines del Estado están formuladas de manera más concreta o determinada, tienen efectos vinculantes más intensos sobre el Legislador, su contenido esencial puede identificarse con mayor facilidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la Constitución no sólo se refiere a ciertos fines abstractos, sino que los concreta en “subfines” más específicos. En consecuencia, Sommermann concluye que “la apertura del fin es inversamente proporcional a los efectos vinculantes efectivos”, y viceversa, es decir, que la concreción del fin da lugar a que los efectos vinculantes de la norma que lo establecen sean más

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 389.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 402.

intensos<sup>76</sup>. A su vez, la abstracción o especificidad de los fines, y el grado de facilidad o de dificultad para determinar su contenido esencial, son dos variables que influyen en la intensidad con la cual el Tribunal Constitucional puede desplegar su control sobre la Legislación. A mayor concreción, mayor facilidad de determinación del contenido esencial y mayor posibilidad e intensidad de control; y en sentido contrario, a menor concreción, un núcleo esencial más volátil y menos posibilidades de ejercer un control intenso<sup>77</sup>.

En este ámbito, es igualmente relevante la pregunta de si el Legislador está obligado a ser activo en relación con los derechos sociales como normas de fines del Estado. Ya ha quedado claro que el fin que estas normas prescriben, resulta obligatorio para el Estado, pero que en la mayoría de los casos, no lo es la adopción de alguno de los específicos medios idóneos para obtenerlo. Sin embargo, subsiste el interrogante de si las normas de fines del Estado generan un determinado deber de actuación, que esté radicado en cabeza del Legislador; es decir, si dichas normas imponen un deber de legislar y, correlativamente, proscriben la parálisis legislativa. De acuerdo con Sommermann, la respuesta debe ser matizada. Casi siempre se ha defendido que no sólo el “cómo”, sino también el “si” y el “cuándo” de la realización de los fines constitucionalmente prescritos, son asuntos que pertenecen con exclusividad al ámbito de configuración legislativa. Para Sommermann, sin embargo, es claro que el “cuándo” no es algo que pueda quedar a la entera discrecionalidad del Legislador, pues las normas que prescriben fines al Estado, ejercen una coacción inmediata sobre los poderes públicos. La inactividad absoluta es inconstitucional<sup>78</sup>.

La reconstrucción de las normas de derechos sociales como normas de fines del Estado presenta varias ventajas en comparación con la tesis de las normas programáticas. En primer lugar, esta concepción hace efectivo el carácter vinculante de dichas disposiciones, por lo menos al reconocer que de ellas emana claramente el deber de perseguir el fin prescrito. Asimismo, enfatiza que, como consecuencia de esta obligación, el Legislador también tiene el deber de adoptar alguna medida encaminada a obtener la finalidad

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 398.

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

constitucional, y que la inactividad legislativa total es en principio incompatible con la Constitución.

No obstante, esta perspectiva presenta también varios inconvenientes. El mayor de todos resulta de la aplicación del concepto de “núcleo esencial del fin”. En otro lugar he sostenido que la noción de núcleo esencial es sólo un artificio argumentativo que únicamente enmascara el decisionismo<sup>79</sup>. Aquí baste sólo apuntar que la explicación de Sommermann resulta insuficiente para esclarecer de qué manera puede identificar el Tribunal Constitucional la sustancia que constituye el núcleo esencial de un fin contenido en el enunciado de un derecho social. Piénsese por ejemplo en las prestaciones relativas al derecho a la salud. Cualquier participante en la práctica constitucional habrá de ser consciente de las dificultades para precisar cuál es el contenido esencial de los fines: “protección a la salud”, “organizar y tutelar la salud pública”, “fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte”, establecidos, por ejemplo, por el Art. 43 de la Constitución Española. Es bastante complicado concretar ese contenido esencial y, más aún, determinar con precisión cuáles son las medidas legislativas indispensables o las más adecuadas para realizar ese contenido esencial. Si el objetivo consiste, por ejemplo, en que todos los enfermos puedan disponer de un servicio de salud, parece difícil poder extraer del enunciado constitucional información suficiente para precisar qué nivel debe tener ese servicio de salud y cómo debe ser prestado - por ejemplo, mediante la creación de hospitales, mediante la financiación directa de la demanda de salud, etc. -. Esto muestra que Sommermann presupone que los derechos sociales son como una especie de entes individualizados, provistos de un ámbito nuclear claro, susceptible de ser identificado de modo objetivo - del mismo modo en que se observa el núcleo de una célula por el microscopio -, y ligado además intrínsecamente con ciertas medidas políticas. Esta suposición es falsa, tanto para los derechos sociales como para los demás derechos fundamentales.

De lo anterior se concluye que, en definitiva, la concepción de los derechos sociales como normas de fines del Estado no consigue ofrecer una

---

<sup>79</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 400 y s.

respuesta plausible para el interrogante acerca de qué medios de actuación están prescritos como consecuencia lógica de la obligación de realizar el fin establecido por las disposiciones constitucionales. Observado en la forma canónica de estas disposiciones - “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3 etc. como causas (medios) idóneos” -, el problema consiste en que esta concepción no logra precisar de qué manera se identifica si los medios B1, B2 o B3 son indispensables para realizar el contenido esencial del efecto A y si, por lo tanto, su adopción resulta obligatoria. Esta circunstancia se presenta, porque tampoco se logra precisar cómo se conoce el contenido esencial del efecto A.

### 3.) Los derechos sociales como mandatos objetivos

La teoría que concibe los derechos sociales como mandatos objetivos pretende ofrecer una solución diversa al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos, que resultan obligatorios para el Legislador y para la Administración a partir de los fines prescritos por las disposiciones constitucionales.

Esta tesis ha sido defendida por Böckenförde. De acuerdo con este autor, las disposiciones de derechos sociales se concretan normativamente en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador y a la Administración<sup>80</sup>. Esta estructura jurídica les viene atribuida a causa de su indeterminación. Los enunciados de derechos sociales necesitan siempre una concreción mediante políticas legislativas. Por esta razón, los tribunales no pueden deducir de ellos interpretativamente pretensiones jurídicas concretas a favor de los particulares. La indeterminación y la necesidad de respetar las competencias del Parlamento imponen prescindir del sujeto activo en la estructura del derecho social, o sea, no atribuir a un titular un derecho subjetivo, que sea el correlato de una pretensión exigible jurisdiccionalmente. Dado que la Constitución no determina con claridad el objeto de la obligación legislativa - los medios de actuación -, no puede otorgarse a ningún sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico.

---

<sup>80</sup> E - W. Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en Id., *Escritos sobre derechos...*, *op. cit.*, p. 78 y s.

Dicho brevemente: la indeterminación del objeto, implica la exclusión del sujeto activo de la posición jurídica en que se estructura el derecho social.

Como consecuencia de lo anterior, las normas que emanan de los derechos sociales dan lugar a posiciones jurídicas que tienen sólo dos elementos: un sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) y un objeto. Sin embargo, Böckenförde admite que, a pesar de esta circunstancia, las normas de derechos sociales no son proposiciones programáticas, sino que ostentan una fuerza vinculante<sup>81</sup>. Según este autor, la vinculación que estas normas generan, se proyecta en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al fin que establecen. Al igual que la tesis de las normas de fines del Estado, Böckenförde reconoce que de los enunciados de derechos prestaciones se deriva en todo caso un deber jurídico - un mandato objetivo - de realizar el fin fijado por la disposición. Dicho fin se sustrae a la libertad legislativa de escoger las finalidades de sus políticas; es un fin prescrito. En segundo lugar, es posible fundamentar un mandato jurídico objetivo que prohíbe “la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado”. Se acepta que la obligatoriedad de la consecución del fin implica la prohibición de no adoptar ningún medio o de adoptar medios tan ineficaces que produzcan una “desatención evidente y grosera del fin”. Por último, según Böckenförde, las disposiciones de derechos sociales contienen igualmente un mandato que prohíbe la supresión definitiva de las medidas legislativas, una vez que han sido adoptadas, o “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera (del fin)”.

Es pertinente observar que el propio Böckenförde introduce un elemento extraño en su concepción, cuando alude a estos dos últimos sentidos de la vinculación. Este autor señala que estos sentidos de la vinculación que los derechos sociales generan sobre el legislador (la desatención evidente y la reducción que implique llegar a dicho nivel) también disponen de una vertiente jurídico-subjetiva. Ellos dan lugar a “pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional”. No obstante, para este autor, dichas pretensiones no consisten

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 80 y s.

en un poder jurídico de un sujeto activo, que tenga por objeto una prestación, sino que se articulan como una peculiar especie de pretensiones de defensa, propias de los derechos de libertad: “Tales pretensiones - sostiene Böckenförde - están relacionadas con las pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad: no se dirigen, al igual que éstas, en todo caso a un determinado hacer positivo, sino a la defensa frente a las violaciones de los límites y vinculaciones trazados al campo de juego político de los órganos estatales por parte de los mandatos constitucionales”<sup>82</sup>.

Esta reconstrucción del carácter normativo de los enunciados de derechos sociales como mandatos jurídicos objetivos, tiene la virtud de que ofrece por lo menos un criterio para poder identificar cuáles son los medios que resultan obligatorios para el Legislador. Ese criterio está compuesto por los siguientes elementos. En primer lugar, por la prohibición de inactividad absoluta, la cual implica la prohibición de no adoptar ningún medio idóneo para conseguir el fin previsto en la disposición constitucional. En segundo lugar, Böckenförde introduce el concepto de “desatención evidente y grosera del fin o del programa”. Este elemento hace alusión a que a las disposiciones de derechos sociales se puede adscribir, igualmente, una norma que prohíbe adoptar medios tan inicuos o irrisorios que generen “una desatención evidente y grosera del fin”. Por último, el tercer elemento consiste en la prohibición de suprimir las medidas legislativas que tienden a realizar el fin constitucionalmente prescrito, una vez que han sido adoptadas y en la prohibición de hacer operar sobre ellas “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera (del fin)”. Este elemento alude a la conocida prohibición de retroceso social.

A pesar de estas contribuciones, la concepción de Böckenförde está afectada por varios inconvenientes. Por una parte, la idea de mandato jurídico objetivo no parece estar dotada de una consistencia estructural aceptable. Esta noción es el producto de una síntesis de dos categorías jurídicas que se sitúan en polos opuestos: las normas programáticas, y las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos subjetivos y que, como también Atria acepta en su texto, se componen de un titular, un destinatario y un objeto. Los

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 81.

mandatos jurídicos objetivos toman algunos elementos de las posiciones jurídicas, como por ejemplo, el carácter jurídico que atribuyen al nexo que une a un destinatario (el Legislador y la Administración) con un objeto (la actuación en fomento del fin). A su vez, de las normas programáticas toman la inexistencia de un sujeto activo dotado de una pretensión jurisdiccionalmente exigible. De esta combinación surge un concepto ecléctico que alberga una paradoja irreducible: el mandato objetivo. La paradoja de este mandato objetivo radica en que su cumplimiento no puede ser exigido en el marco del Derecho. La relación entre el Legislador o la Administración y el objeto no puede ser considerada como una relación jurídica en el sentido estricto de la expresión, porque su incumplimiento está desprovisto de coacción, porque nadie estaría legitimado para hacerla efectiva. El deber legislativo que se desprende de los mandatos jurídicos objetivos debe catalogarse entonces como un deber meramente moral o político, pero en todo caso, no como un deber exigible, ni controlable ante los tribunales, como es propio de los deberes jurídicos. Böckenförde es bastante consciente de este hecho. Por esta razón, acepta - sin importarle incluso acaso contradecirse - que la prohibición de inactividad absoluta, la prohibición de adoptar medios enteramente ineficaces y la prohibición de suprimir por entero las medidas legislativas adoptadas, no se estructuran como mandatos objetivos, sino como relaciones triádicas de defensa en contra de la arbitrariedad. Sin embargo, el problema de esta salida escurridiza estriba en que sólo metafóricamente puede sostenerse que estas relaciones son posiciones de defensa, que tienen por objeto una abstención: la prohibición de actuaciones arbitrarias. Esta afirmación es sólo metafóricamente posible, porque hace alusión a la obligación muy general que pesa sobre el Legislador de abstenerse de incumplir el Derecho de manera arbitraria. 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, y de este modo, desatiende por entero una finalidad tipificada por los derechos sociales. Las relaciones triádicas que esquematiza Böckenförde son auténticas posiciones jurídicas de prestación.

Además de lo anterior, a la tesis de Böckenförde cabe oponer dos objeciones adicionales. En primer término, esta concepción no logra fundamentar adecuadamente por qué se suprime la figura del sujeto activo

en la estructura de las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos sociales. Como hemos visto, el único argumento que se aduce es la indeterminación del objeto de la pretensión. Este argumento se desarrolla de la siguiente forma: los derechos sociales prescriben sólo fines y no las medidas legislativas concretas para alcanzarlos. Estas medidas legislativas son el objeto de la prestación de las relaciones jurídicas que se derivan de estos derechos; entonces, dado que el objeto es indeterminado, debe eliminarse la posibilidad de atribuir al sujeto activo cualquier derecho o pretensión exigible, porque si se le atribuyese una pretensión exigible, sería el juez quien tendría que concretar el objeto, lo cual contradice el principio de que en una democracia, la concreción del objeto de las obligaciones que se desprenden de los derechos sociales corresponde sobre todo al Legislador.

Si se observa con detenimiento, este argumento parte de un supuesto bastante extremo e insostenible: que en ningún caso el juez tiene competencia para concretar interpretativamente el objeto del deber legislativo. La escasa plausibilidad de este supuesto está reconocida por el propio Böckenförde, quien enumera los referidos tres casos de vinculación - inactividad, medios inicuos y supresión de las medidas adoptadas -, en los cuales reconoce que el Juez Constitucional está legitimado para concretar los deberes legislativos que se desprenden de los derechos sociales. Por otra parte, también es bastante criticable la repercusión tan radical en el sujeto activo - su desaparición - que Böckenförde confiere a la indeterminación del objeto de la prestación legislativa. Si la indeterminación de las disposiciones jurídicas implicara la inexistencia de los derechos subjetivos, este tipo de derechos no existiría en ningún caso. La indeterminación es inherente al lenguaje y por tanto al Derecho, es un elemento connatural a las disposiciones que estatuyen los derechos subjetivos. El objeto del deber legislativo, por más indeterminado que este sea, no se confunde con el sujeto activo o titular del derecho que le es correlativo. Son dos elementos independientes. Incluso cuando una disposición de un derecho social sólo prescribe un fin muy indeterminado - el fomento de la salud, por ejemplo -, los individuos titulares del derecho tienen en todo caso un poder jurídico para exigir que el fin sea realizado, porque la persecución del fin en todo caso resulta obligatoria. Como argumento a favor de ello, puede aducirse que nadie estaría en desacuerdo en

que los titulares de los derechos fundamentales deberían estar en posición de pedir la declaración de inconstitucionalidad de un paquete de medidas legislativas, que estuvieran abiertamente encaminadas a perjudicar el fin prescrito por la Constitución - en el caso de la salud, por ejemplo, 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 -. La indeterminación de la prestación no implica la desaparición de la pretensión.

Por último, al igual que Sommermann, la concepción de Böckenförde se ve afectada por las dificultades propias del esencialismo. Así no recurra a estos términos precisos, Böckenförde cree posible descubrir un contenido esencial de los fines sociales, a partir de la observación de las disposiciones que los tipifican. Esto se ve claramente cuando este autor alude al concepto de “desatención grosera”. Como ya hemos sostenido, la idea de prohibir la desatención grosera puede entenderse como una definición del contenido esencial del fin. Este hecho representa sin duda un avance con respecto a la concepción de Sommermann, en la que el contenido esencial no se define de ningún otro modo. Sin embargo, este avance no despeja todas las incertidumbres de este concepto, porque se mantiene la imagen de los derechos sociales como entes que pueden aislarse, llevarse bajo el microscopio y diseccionarse para encontrar su núcleo, lo mínimo, lo necesario, lo que exige una tutela imprescindible, aquello que si se soslaya implica la producción de una desatención grosera. Este modo de entender la vinculación que emana de los derechos sociales pasa por alto que ellos están integrados en un sistema constitucional, en donde lo mínimo, lo máximo, lo que es un exabrupto y lo que no lo es, se define por la relación de los derechos fundamentales con otros derechos o bienes del sistema y no mediante la observación aislada de cada derecho. Este defecto de la concepción de Böckenförde se observa con claridad si se tiene en cuenta, de un lado, que por mayúscula que sea la desatención de un derecho social, no puede considerarse como una desatención grosera, si está justificada por la necesidad de proteger otro bien; y en sentido contrario, que por considerables que sean las medidas legislativas dirigidas hacia la realización de un derecho social, si estas medidas no han obtenido el fin previsto en un 100%, no puede considerarse que sean suficientes, a menos que exista una razón que se derive de otro derecho o bien constitucional, o simplemente de la necesidad de

garantizar al Legislador un margen de acción, que haga necesario que la satisfacción del derecho social respectivo no pueda llevarse hasta el punto máximo.

#### 4.) Los derechos sociales como derechos definitivos

Una cuarta teoría que intenta explicar el carácter normativo de los derechos sociales asegura que las disposiciones constitucionales que los establecen dan lugar a posiciones jurídicas definitivas<sup>83</sup>. Como antes hemos apuntado, las posiciones jurídicas son relaciones tridimensionales en las que un sujeto activo (el titular) ostenta un derecho subjetivo a que el sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) despliegue una determinada conducta que constituye el objeto de su deber. Cuando se afirma que las disposiciones de derechos sociales establecen posiciones jurídicas definitivas, se quiere expresar que dichas posiciones no son susceptibles de restricción, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra. Estos dos elementos: el carácter no restringible y la inclusión de un sujeto activo dotado de derechos y pretensiones, son justamente las novedades que la concepción de las posiciones jurídicas definitivas introduce, en comparación con la tesis de los mandatos objetivos.

Para la teoría de las posiciones jurídicas definitivas, los derechos sociales de la Constitución se concretan en algunos deberes de abstención, en el derecho en contra de la extrema inactividad legislativa, los derechos de igual participación en los derechos sociales derivados, el derecho a la satisfacción de un mínimo existencial y el derecho al no retroceso social<sup>84</sup>. En primer

---

<sup>83</sup> Cfr. G. Lübbe – Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden Baden, 1988. De acuerdo con Lübbe – Wolff, la estructura de los derechos sociales no puede reconstruirse mediante el conocido esquema de la intervención y el límite “*Eingriffs-Schranken-Modell*”, característico de algunas teorías de los derechos de defensa, en el cual se acepta que el Estado tiene legitimidad para intervenir en el ámbito de protección inicial o *prima facie* del derecho, siempre y cuando sus intervenciones observen las exigencias del principio de proporcionalidad. Esta autora defiende, en cambio, un modelo “*preformativo*” (*Präformationsmodell*) como estructura de los derechos sociales. La idea principal de este modelo reside en que los derechos sociales no tienen un ámbito de protección inicial, susceptible de intervenciones, sino un único ámbito de garantía, que no admite ninguna intervención del poder del Estado (p. 27 y s).

<sup>84</sup> Sobre estas posiciones jurídicas: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik”, *Deutsche Verwaltungsblatt*, 112, 1997, núm. 2, p. 94 y s.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 369 y s.

lugar, algunas disposiciones de derechos sociales se concretan en posición jurídica de abstención. Por ejemplo, el derecho al trabajo, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la huelga y el derecho a la educación también implican deberes estatales de abstención. Proyectados en esta dimensión, los derechos sociales funcionan como posiciones de defensa que imponen al Legislador el deber de no restringir el derecho de los particulares a trabajar, a educarse, a convocar una huelga y a adoptar medidas de negociación colectiva<sup>85</sup>. Asimismo, otros derechos sociales (a la vivienda, seguridad social, salud, etc.) también pueden ser observados desde esta perspectiva, como prohibiciones dirigidas al Legislador y a la Administración de menoscabar los fines que ellos establecen.

En segundo lugar, en la doctrina alemana se ha distinguido entre los derechos sociales originarios y derivados<sup>86</sup>. Los derechos sociales originarios son posiciones jurídicas fundamentadas directamente en la Constitución, que prescriben que un sujeto activo (el individuo), tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (el Legislador), una prestación determinada (el objeto). Los derechos sociales derivados son, paralelamente, posiciones jurídicas fundamentadas en las leyes que desarrollan las disposiciones constitucionales, según las cuales, un sujeto activo (el individuo), tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (la Administración) una cierta prestación (el objeto) fijado por la ley. Dado su rango legal, los derechos sociales derivados no son relevantes en general desde la perspectiva de la vinculación del Legislador. Sin embargo, el Legislador está vinculado de todos modos por el principio de igualdad en la creación y en el reparto del ejercicio de estos derechos derivados. El principio de igualdad y los enunciados constitucionales de derechos sociales confluyen en esta dirección para configurar un derecho subjetivo de igual participación en los derechos sociales derivados<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Vid. Sobre la dimensión negativa del derecho al trabajo: A. Baldassarre, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 32 y s. Según este autor, esta dimensión se concreta en la garantía de la libertad de acceso al trabajo, es decir en la “*libertad de limitaciones irrazonables o de barreras al ingreso en el sector de trabajo escogido*”.

<sup>86</sup> Vid. M. Borowski, “Grundrechtliche Leistungsrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 49, 2001; J. Lücke, “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, *Archiv für öffentliches Recht*, vol. 107, núm. 1, 1982, p. 31 y s.

<sup>87</sup> Vid. Sobre este aspecto: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 97; H. H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte”, *Archiv für öffentliches Recht*, vol. 101, 1976, p. 537 y s.

Los derechos sociales originarios representan las posiciones vinculantes para el Legislador que se desprenden de las disposiciones de derechos sociales. El objeto de estas posiciones es un deber de Legislar. En el engranaje del Estado democrático constitucional, el Legislador es el órgano dotado de la capacidad para crear la infraestructura administrativa y para apropiarse los recursos correspondientes que luego la Administración empleará, a fin de llevar a cabo las prestaciones dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de los individuos amparadas por los derechos sociales. De acuerdo con la teoría de las posiciones jurídicas definitivas, los derechos sociales imponen al legislador el deber de legislar para disponer los medios tendientes a satisfacerlos y este deber es correlativo por lo menos a dos derechos subjetivos que se atribuyen al individuo: el derecho a obtener del Legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa y el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales, es decir, el derecho a recibir un mínimo existencial. Correlativamente, está prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial. La vulneración de estas prohibiciones tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión<sup>88</sup>.

Por último, de acuerdo a la tesis de las posiciones jurídicas definitivas también debe adscribirse a las cláusulas de derechos sociales una prohibición de retroceso social. En virtud de esta prohibición, al Legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos sociales. Esto quiere decir que la legislación de desarrollo de estos derechos es irreversible; que cuando los derechos sociales adquieren un determinado grado de realización, no puede haber una involución que parta de decisiones legislativas. A su vez, a esta prohibición corresponde un derecho individual, exigible ante los tribunales, y que funciona de manera similar a los derechos adquiridos de la doctrina civilista. Los individuos beneficiarios de las prestaciones estatales tienen derecho a seguir disfrutando de ellas, y por tanto, pueden instaurar pretensiones de inconstitucionalidad en contra de las leyes que intenten desarticularlas.

---

<sup>88</sup> Sobre el derecho a un mínimo esencial de los derechos sociales: R. Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Nomos, Baden – Baden, 2000, p. 52 y s., 161 y s., 173 y s., 248 y s.; L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 43 y s.

De todas maneras, casi siempre se ha sostenido en la doctrina, que el derecho al no retroceso social está ceñido sólo a aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer el “contenido esencial” de los derechos sociales. De este modo, el Legislador podría dar marcha atrás en relación con todos los aspectos accidentales de estos derechos que hubiesen sido desarrollados, pero no en cuando a las prestaciones correlativas al contenido esencial. La única manera aceptable en que estas prestaciones básicas podrían ser desarticuladas, sería mediante una sustitución por otros mecanismos alternativos o compensatorios. Lo que se busca a la postre no es una perpetuidad de los medios, un statu quo de las estrategias, sino una garantía estable para el núcleo esencial de los derechos sociales<sup>89</sup>.

Hasta aquí los planteamientos de la teoría de los derechos sociales como derechos definitivos. El gran mérito de esta teoría reside en su intento por articular la dimensión normativa de los derechos sociales como derechos subjetivos que tienen como destinatario al Legislador y a la Administración. Esta teoría deja claro que, a pesar de que deba reconocerse al Legislador una libertad de configuración de los derechos sociales, esta libertad debe respetar un mínimo esencial exigido por estos derechos, que se concreta en: 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<sup>90</sup>.

Sin embargo, esta teoría se enfrenta a varias dificultades. La primera se refiere a la prohibición de total inactividad legislativa. Es bastante claro que un entendimiento normativo de los derechos sociales prohíbe la inactividad legislativa absoluta. No obstante, si se concibe esta prohibición como una norma definitiva y no sólo como una norma prima facie, se elimina por completo la competencia legislativa para decidir acerca de la oportunidad de la acción dirigida a satisfacer las necesidades conexas a los derechos sociales. Debe reconocerse que la oportunidad de las intervenciones en el mundo de la política y de la economía es un factor que determina la efectividad de las estrategias que se llevan a la práctica. Es posible que en una precisa situación sea políticamente aconsejable la inactividad legislativa, es decir,

---

<sup>89</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 321.

<sup>90</sup> J. J. Gomes Canotilho, “Metodología “Fuzzy...””, op. cit., p. 45 y s.

que la pasividad esté fundamentada. Por esta razón, parece más conveniente reconstruir la prohibición de inactividad como una prohibición prima facie, que en principio debe cumplirse, a menos que exista una razón más fuerte para lo contrario y sólo mientras esta razón subsista.

Por otra parte, la tesis de las posiciones jurídicas definitivas incurre también en el problema del esencialismo que se ha criticado antes. Este problema hace alusión a la dificultad para determinar únicamente mediante la lectura de las disposiciones constitucionales, aquello que pueda constituir el mínimo de los derechos sociales. El mínimo existencial es “indeterminado”, y no hay demasiados criterios seguros para eliminar esta indeterminación. Además, la doctrina de las posiciones definitivas no aclara si el mínimo se predica del fin (del objetivo social que se pretende alcanzar) o de los medios legislativos que se puedan adoptar para el efecto. En todo caso, la indeterminación del mínimo abarca los dos aspectos. No existen criterios seguros para establecer aquello que constituye el mínimo del fin. Del mismo modo, así se pudiera reconocer el mínimo del fin, subsiste el problema de definir cómo conocer cuáles son las estrategias legislativas mínimas (los medios mínimos) para conseguir este mínimo del fin. De un lado, el juicio acerca de estas estrategias depende de variables económicas que casi nunca ofrecen certezas o fórmulas seguras. La confianza en la intuición de los jueces, presente en la idea de los mínimos, no puede desmentir el hecho de que la elección entre estrategias de acción social para alcanzar los mínimos de los derechos, es más bien un asunto de la ciencia económica, para cuya evaluación está más legitimado el Legislador.

A lo anterior se añaden dos objeciones adicionales. En primer término, aunque se pudiera saber a ciencia cierta cuáles son las posiciones jurídicas que constituyen el mínimo de los derechos sociales, puede que en ciertos casos existan algunas razones que impidan o desaconsejen cumplir ese mínimo. La teoría de las posiciones jurídicas definitivas afirma retóricamente que cada derecho social tiene un núcleo que en todo caso debe ser realizado. Esta afirmación, no obstante, olvida que el Legislador no está vinculado a cada derecho, considerado de manera aislada, sino a la Constitución en su conjunto y que, por consiguiente, puede haber derechos, bienes y fines incompatibles, razones constitucionales que impidan que el mínimo de un derecho social sea garantizado en una precisa situación.

Además, si se sigue la teoría de las posiciones jurídicas definitivas se presentarían en el derecho constitucional incluso colisiones irresolubles entre derechos fundamentales. Estas colisiones tendrían lugar cuando el Legislador estuviera vinculado por dos exigencias contradictorias, que se derivaran de los mínimos pertenecientes a dos derechos sociales distintos (piénsese que, por ejemplo, con los mismos recursos es imposible proveer el mínimo de educación y de salud). Si estas exigencias se consideraran como el objeto de dos posiciones definitivas, se generaría una colisión imposible de resolver, pues el Legislador no puede cumplir dos exigencias definitivas, que a la vez sean contradictorias entre sí. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han acuñado la afirmación, según la cual los derechos sociales, en todo su ámbito normativo, están sometidos a la “reserva de lo posible”<sup>91</sup>. Aquí no debe entenderse sólo lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también lo posible jurídicamente, es decir, en relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

A su vez, también es preciso reconocer que el derecho al no retroceso social debe considerarse también únicamente como una posición jurídica *prima facie*, que en ocasiones puede ser restringida en razón de otros bienes constitucionales que tengan prioridad en el caso concreto. El legislador debe tener libertad para decidir acerca de las estrategias que utiliza para intentar satisfacer las diversas finalidades sociales que la Constitución le impone. La labor de propender hacia todos estos objetivos podría verse gravemente dificultada en cierto caso, si el Parlamento estuviera compelido a regular problemas sociales de hoy con soluciones de ayer<sup>92</sup>. Como consecuencia, debe entenderse que el derecho al no retroceso social es una posición *prima facie*, que admite restricciones, siempre y cuando éstas sean proporcionadas.

---

<sup>91</sup> La expresión *reserva de lo posible* fue acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en la BVerfGE 33, 303 y sig. Allí sostuvo que los derechos sociales estaban sometidos a la reserva de lo posible, “*en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad*” (p. 333). Cfr. Sobre este concepto: W. Martens, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, p. 31. También P. Häberle, “Grundrechte im...”, op. cit., p. 139. Asimismo: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 94. Neumann añade a la reserva de lo posible, la reserva de lo deseado, con lo cual quiere expresar que la eficacia de los derechos sociales también depende de las demás razones que el Legislador deba articular en la configuración del orden social.

<sup>92</sup> V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 97.

Por último, en contra de la noción de contenido esencial puede objetarse que despojaría de carácter obligatorio a los derechos adscritos a las disposiciones de derechos sociales que se encuentran por fuera de ese núcleo mínimo. La consecuencia de esta supresión del carácter normativo, sería que en la zona “accidental” del contenido de los derechos sociales, por así decirlo, estarían permitidas cualquier tipo de restricciones, incluso las desproporcionadas, irracionales, abruptas o injustificadas. Fuera de lo “esencial para la dignidad humana”, se permitiría cualquier tipo de intervención legislativa, incluso una intervención arbitraria.

#### 5.) Los derechos sociales como derechos prima facie

Estas objeciones a la tesis de las posiciones definitivas llevan a concluir que las disposiciones de derechos sociales deben concretarse más bien en posiciones con carácter prima facie. De acuerdo con esta concepción, ya propuesta por R. Alexy<sup>93</sup> y M. Borowski<sup>94</sup>, los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones prima facie, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. Estas restricciones pueden estar justificadas en razón de las limitaciones económicas, y además, en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales. El análisis de proporcionalidad de las restricciones a estos derechos indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos valen sólo prima facie, o si también valen de manera definitiva. En Alemania, este tipo de análisis de proporcionalidad recibe el nombre de prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Su estructura es muy similar a la del principio de proporcionalidad que se aplica para el control de las intervenciones legislativas en los derechos de defensa (el principio de la prohibición del exceso o Übermaßverbot).

---

<sup>93</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 494.

<sup>94</sup> M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien...*, op. cit., pág. 137 y sig.

Según esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que imponen al Legislador un determinado deber de legislar -así como en deberes de actuación que pesan sobre la Administración y sobre el Poder Judicial-. Estas posiciones tienen la siguiente estructura<sup>95</sup>:

- Sujeto activo: el individuo
- Sujeto pasivo: el Legislador, la Administración o el Juez
- Objeto: una prestación, es decir una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos.

En esta estructura, el individuo tiene *prima facie*<sup>96</sup> un 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. 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. Así, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, el individuo tiene un derecho *prima facie* a la obtención por parte del Estado de todos los medicamentos y procedimientos que le garanticen el cubrimiento de sus necesidades básicas de salud, para la conservación de una vida digna y de su integridad física y psicológica. Sin embargo, este derecho puede ser restringido y no valer con tanta amplitud de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo justifiquen. Piénsese, por ejemplo, que se demuestra que la seguridad social no puede hacerse cargo de las operaciones estéticas, pues la subvención de estos procedimientos implicaría la inversión de recursos destinados a la

---

<sup>95</sup> Sobre esta estructura: L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 15.; G. Peces-Barba Martínez, “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, op. cit., p. 29.

<sup>96</sup> Cfr. Sobre el concepto de derecho *prima facie*: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 615 y s.

atención de urgencias o a la provisión de medicamentos básicos para enfermedades que tengan que ver con la supervivencia.

De esta manera, cada derecho tiene un contenido *prima facie* que estaría integrado por todas las posiciones que garanticen los medios indispensables para garantizar la necesidad básica que protege el ámbito normativo del derecho: la salud el derecho a la salud, la educación el derecho a la educación, etc. Pero, además, cada derecho tiene también un contenido definitivo, integrado por todas las posiciones del derecho *prima facie* que puedan ser oponibles al Legislador y la Administración y que no sean restringibles, con base en los criterios que explicita la prohibición de protección deficiente. Las posiciones restringibles pueden ser excluidas por estos órganos de configuración del contenido definitivo del derecho.

Al hilo de lo anterior, la pregunta final es, entonces, cuáles son los criterios que explicita esta prohibición de protección deficiente. Sobre este aspecto debe señalarse que esta prohibición es una variación del principio de proporcionalidad en sentido amplio en la versión de interdicción del exceso<sup>97</sup>, que se compone de los mismos subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero en una versión distinta de los mismos. Estos tres subprincipios son un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos sociales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal - una omisión absoluta o relativa - vulnera uno de estos derechos.

La prohibición de protección deficiente ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal<sup>98</sup>, inaugurada por la Sentencia que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto<sup>99</sup>. En la fundamentación de dicha Sentencia, este Tribunal sostuvo, en los siguientes

---

<sup>97</sup> Cfr. Sobre la estructura de este principio: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., capítulo VI.

<sup>98</sup> Los siguientes son algunos de los trabajos más representativos de la discusión alemana sobre el *Untermaßverbot*: C - W. Canaris, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", *Juristische Schulung*, núm. 3, 1989, p. 161 y s.; J. Dietlein, "Das Untermaßverbot", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 9, 1995, p. 131 y s.; K - E. Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1993, p. 982 y s.; K - E. Hain, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 11, 1996, p. 75 y s.

<sup>99</sup> BVerfGE, 88, 203 (254).

términos, que el Legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de prestación y de protección estatal: “Las prescripciones que el Legislador expida deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y deben poder fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles”. Asimismo señaló: “dado que la prohibición de protección deficiente no puede vulnerarse, la configuración de la protección mediante el orden jurídico debe corresponder a unas exigencias mínimas”.

Esta somera mención, sin embargo, no esclarece qué diferencias estructurales existen entre esta prohibición de protección deficiente y la versión del principio de proporcionalidad como prohibición del exceso. Las más representativas se refieren (a) al concepto de intervención en el derecho social y a la propia definición de los subprincipios de (b) idoneidad, (c) necesidad y (d) proporcionalidad en sentido estricto.

(a) La primera particularidad de la prohibición de protección deficiente consiste en que, en general, las intervenciones del Estado en los derechos sociales no se concretan en actuaciones sino en omisiones. El objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una omisión legislativa o administrativa absoluta o parcial. Una omisión parcial es una actuación estatal que no protege el derecho social o que lo protege deficientemente por no favorecer la satisfacción de la necesidad básica implícita en el derecho en la mayor medida posible. Se trata de la ejecución de una prestación deficiente por parte del Estado, como, por ejemplo, una prestación precaria de los servicios de salud, que no cubre siquiera los servicios de urgencia. En este sentido, se produce una intervención en el derecho social, si la actuación estatal no logra satisfacer por completo las necesidades básicas protegidas por el derecho.

Toda omisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional, a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

(b) En lo que concierne al subprincipio de idoneidad, una omisión estatal absoluta o relativa es inconstitucional, cuando no esté justificada por favorecer la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. Esto

quiere decir, que la no satisfacción arbitraria de los derechos sociales está prohibida por la Constitución. Para que dicha no satisfacción sea legítima, es necesario que ella esté justificada por la necesidad de atender a otros fines constitucionalmente legítimos, que aconsejen la omisión estatal o la satisfacción sólo parcial del derecho. Toda omisión arbitraria es susceptible de ser declarada inconstitucional.

(c) Pero esta exigencia constituye sólo un primer escalón. En segundo lugar, toda omisión estatal absoluta o relativa debe cumplir las exigencias del subprincipio de necesidad. De acuerdo con este subprincipio, 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. Esta es una aplicación del llamado “óptimo de Pareto”. Puede pensarse, por ejemplo, que el Legislador ha adoptado la medida M1 para proteger un derecho social DS, y M1 sólo protege este derecho en un 70%, pero esta protección deficiente se justifica, porque de esta manera se alcanza el fin constitucional FC en un 40%. Según el principio de necesidad, M1 es inconstitucional, si existe una medida alternativa M2 que consigue proteger FC también en un 40%, pero proteger DS en un 75%. De esta manera, el Estado está obligado a adoptar los medios que ofrezcan un equilibrio óptimo entre los derechos sociales y los demás fines constitucionalmente legítimos que deba proteger.

(d) Por último, de acuerdo con la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente, una omisión legislativa absoluta o relativa es inconstitucional, cuando el beneficio para el fin legislativo sea inferior al grado en que no se realiza el derecho social. En otras palabras, a pesar de que exista un fin que justifique la omisión, ésta será inconstitucional si los beneficios que implica para dicho fin no compensan los sacrificios que la no satisfacción del derecho social implica. Si el fin legislativo sólo se beneficia de una manera leve con una medida de omisión parcial que implica una no satisfacción grave de un derecho social, deberá declararse la inconstitucionalidad de dicha medida.

Desde luego, debe advertirse que la aplicación de estos subprincipios no elimina los márgenes de acción del Legislador y de la Administración<sup>100</sup>. El legislativo y el ejecutivo tienen un margen de acción estructural, porque en cuanto la Constitución no lo defina, tienen la competencia para decidir cuáles son los medios políticamente más convenientes para la satisfacción de los derechos sociales, entre todos aquellos que cumplan con las exigencias de la prohibición de protección deficiente. Así, por ejemplo, los órganos de configuración del Estado pueden establecer cuál es el sistema de seguridad social - si es público, privado o mixto y con qué especificaciones - que mejor garantice el derecho a la salud, siempre y cuando: (1) este sistema ofrezca la mayor satisfacción del derecho a la salud, que sea compatible con las posibilidades económicas de los sectores público y privado del país y con la protección de los demás principios constitucionales (idoneidad), (2) no exista un medio alternativo mejor en términos del subprincipio de necesidad y (3) que las carencias que de este sistema se deriven para el derecho a la salud, se justifiquen por los beneficios que ofrece para la satisfacción de los demás principios constitucionales que justifican su protección limitada y para el equilibrio de las finanzas públicas.

Junto a lo anterior, también Legislador y Administración disponen de un margen de acción epistémico. En virtud de este margen, cuando sea necesario aplicar los subprincipios que componen la prohibición de protección deficiente, el juez deberá declarar la inconstitucionalidad de las abstenciones estatales absolutas y relativas, sólo con base en premisas fácticas ciertas. Dicho de otra manera, la falta de certeza de las premisas fácticas juega a favor del Legislador y la Administración. Si en un caso, por ejemplo, no se sabe cuál de dos medidas protege mejor un derecho social, el juez no podrá imponer una como constitucionalmente necesaria, sino que la elección estará reservada a los órganos de configuración. El respeto de este margen de acción, que se deriva del principio democrático, impide la intromisión indebida del juez constitucional en competencias legislativas y administrativas. Su observancia garantiza que el carácter jurídico de los derechos sociales no se convierta en un artificio para que el juez desconozca las reglas del juego democrático y del principio de división de poderes.

---

<sup>100</sup> Cfr. Sobre los márgenes de acción estructurales y epistémicos del Legislador: R. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.

## **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 bungalows<sup>1</sup>. 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 Holmes<sup>2</sup>, 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 bienestar<sup>3</sup> 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 Locke<sup>4</sup>. 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 ciudadana<sup>5</sup>, en

---

<sup>1</sup> Véase el artículo principal, texto que acompaña n. 49.

<sup>2</sup> *cf.* *ibid.* n. 45.

<sup>3</sup> *cf.* *ibid.* n. 49.

<sup>4</sup> *ibid.*

<sup>5</sup> 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 notar lo, 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)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> 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 derecho<sup>7</sup>. 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

---

<sup>7</sup> *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)<sup>8</sup>.

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

---

<sup>8</sup> 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 retroceso<sup>9</sup>.

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

---

<sup>9</sup> 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, etc<sup>10</sup>. 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

---

<sup>10</sup> 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 irracionalmente<sup>11</sup>.

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 irrelevante<sup>12</sup>. 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

---

<sup>11</sup> 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”.

<sup>12</sup> 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?<sup>13</sup>). 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

---

<sup>13</sup> 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 Parcero 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 Hart<sup>14</sup>), 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

---

<sup>14</sup> 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 juntas<sup>15</sup>. 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*)<sup>16</sup>.

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).

---

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

<sup>16</sup> 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 objeción<sup>17</sup>. 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

---

<sup>17</sup> 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) etc<sup>18</sup>. 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)<sup>19</sup>. 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

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 a 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 derecho<sup>20</sup>). 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”<sup>21</sup>, 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 Tiber<sup>22</sup>.

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

---

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

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 juridificado<sup>23</sup>. Al juridificar un derecho éste debe ser individualizado, asignado a un titular y

---

<sup>23</sup> ¿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 contratos<sup>24</sup>. 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

---

<sup>24</sup> *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’<sup>25</sup>, 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-

---

<sup>25</sup> 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 subjetivos<sup>26</sup>. Es importante insistir que esto no quiere decir que los individuos no deban gozar de derechos subjetivos. Como ha sostenido J. Waldron<sup>27</sup>, 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 ciudadanía<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> 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.

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

<sup>28</sup> 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 consciente 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 humanas<sup>29</sup>.

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

---

<sup>29</sup> 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 política<sup>30</sup>. 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 inocente<sup>31</sup>.

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 miembros<sup>32</sup>. 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.

---

<sup>30</sup> 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”.

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

<sup>32</sup> 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).