

Derechos sociales legítimos:

La justificación de su protección
constitucional en las sociedades democráticas

Leticia Morales

Tesi Doctoral UPF/2012

Directors de la tesi

Prof. Dr. Jorge Luis Rodríguez

Prof. Dr. José Juan Moreso

Departament de Dret



RESUMEN

Esta tesis examina la legitimidad de la protección constitucional de los derechos sociales. Si bien los derechos sociales habitualmente son defendidos como exigencias de la justicia social, el hecho de los desacuerdos persistentes y fundamentales sobre cuestiones sustantivas torna inviable la justificación de su control judicial de constitucionalidad. En su lugar, argumento por la protección de los derechos sociales como exigencias de la democracia. Propongo la distinción de dos niveles de derechos sociales. El primer nivel debería ser entendido como encarnando parte de las precondiciones de la legitimidad democrática. Esto es, aquellas condiciones materiales que aseguren la posibilidad de la participación política efectiva de todos los ciudadanos y, por ello, podrían ser protegidos con un control judicial robusto de constitucionalidad. El segundo nivel estaría conformado por las exigencias de la justicia social, cuyo contenido y alcance debería ser decidido por la asamblea democrática y exento de aquel control.

ABSTRACT

This thesis examines the legitimacy of constitutionally protecting social rights through the mechanism of judicial review. While social rights are often defended as requirements of social justice, persistent disagreement about the substance and scope of social rights invalidates the justification of judicial review. Instead, I argue for the protection of social rights as demands of democracy. I propose to distinguish between two levels of social rights. A first level should be understood as part of the preconditions of democratic legitimacy that safeguard the effective political participation of all citizens. This level is legitimately protected through strong judicial review. A second level, by contrast, consists of social rights as demands of social justice, the content and scope of which should be decided by the democratic assembly, and remain free of judicial interference.

AGRADECIMIENTOS

En mi adolescencia, junto con los estudios del colegio secundario, me dediqué a la natación competitiva. Un deporte solitario y sumamente exigente que me recompensó con logros deportivos y amistades. De la mano de mi entrenador Alfredo Fascinato aprendí que con disciplina y esfuerzo se puede alcanzar una meta ambiciosa: durante cuatro años entrené duramente con el objetivo de mejorar la marca en el campeonato sudamericano en cien metros espalda, con la cual obtuve un lugar en la selección argentina en el Campeonato Mundial de Natación. Algunos años después se me presentó un nuevo desafío, esta vez fuera del agua pero igualmente solitario. Hacer una tesis doctoral en filosofía del derecho es una meta distinta a batir un récord en natación. Se trata de un proceso largo de elaboración y maduración de ideas. Durante este proceso conocí a personas extraordinarias de varias partes a quienes estoy agradecida por su compañía y estímulo intelectual.

En primer lugar quiero agradecer a mis directores de tesis Jorge Luis Rodríguez y José Juan Moreso. Jorge confió en mi capacidad de realizar este proyecto y me dio el impulso inicial para trasladarme desde Mar del Plata a Barcelona a realizar la tesis en la Universitat Pompeu Fabra. Pero también me acompañó durante estos años a la distancia dirigiendo este trabajo y corrigiéndolo con su rigor crítico característico. A Jorge le agradezco su generosidad intelectual y de todo tipo, su constante apoyo, su honestidad y valentía.

El proyecto de realizar la tesis en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona no hubiese sido posible sin la ayuda de mi otro director, José Juan Moreso. Mi llegada a Barcelona coincidió con su nombramiento como Rector de la universidad. Por ello, pese a encontrarnos en la misma ciudad, también nuestro contacto muchas veces se estableció a la distancia. Sin embargo, y pese a sus muchas ocupaciones, siempre me mostró su apoyo y disposición para la discusión.

Agradecimientos

Mi estancia en Barcelona fue financiada parcialmente con una beca de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia de España. Esta beca me permitió visitar diversos centros académicos donde presenté parte del trabajo de cuyas discusiones me he beneficiado. En Génova fui recibida con afecto por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci y el grupo de investigación del Di.Gi.Ta. en 2007 y 2008. En 2009 pasé seis meses trabajando en la University of Edinburg bajo la supervisión de Cécile Fabre, y en 2010 hice una estancia en la McGill University en Montreal. Finalmente, en septiembre de 2012 tuve la fortuna de volver a Montreal a trabajar con Daniel Weinstock en McGill University, a quien le agradezco su confianza y apoyo.

Varias personas leyeron borradores de los distintos capítulos, dispusieron de su tiempo para discutirlos y me han estimulado a mejorar el trabajo con sus valiosos comentarios y sugerencias. Mi profundo agradecimiento a Juan Carlos Bayón, Carlos Bernal, Paula Casal, David Casassas, Ricardo Cueva, Juan Cruz Parceró, Isabel Fanlo, Jordi Ferrer, Roberto Gargarella, Riccardo Guastini, Julia López, Pablo Navarro, Colin MacLeod, Blain Neufeld, Cristina Redondo, Rodrigo Silva, Germán Sucar, Camil Ungureanu, José María Vilajosana y Andrew Williams. Entre ellos, ocupan un lugar destacado José Luis Martí, Claudina Orunesu y Hugo Seleme. Y una mención especial de reconocimiento a Jurgen De Wispelaere y Marisa Iglesias, quienes no sólo leyeron, comentaron y discutieron paciente y generosamente todos los borradores de los distintos capítulos, sino que con sus palabras de aliento y comprensión me rescataron del naufragio en más de una ocasión.

En la Universitat Pompeu Fabra tuve el gusto de formar parte del grupo de investigación de Filosofía del Derecho y compartir gratos momentos de trabajo con Ricardo Caracciolo, Alberto Carrió, Ernesto Garzón, Jorge Malem, Laura Manrique, David Martínez, Ezequiel Páez, José Luis Pérez, Jahel Queralt, Lorena Ramírez, Rafael Ramis, Laura Roth y Neus Torbisco. El grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona fue un segundo espacio de discusión con cuyos miembros Jordi Ferrer, Celeste Braga, Raúl Calvo, Maribel Narváez, Diego Papayannis, Giovanni Ratti y Carmen Vázquez se han construido lazos de amistad. Por último, el grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata a cargo de Jorge Rodríguez ha sido un foro regular de discusión desde el comienzo. Agradezco a mis amigos Pablo Perot, Tobías Schleider y Juliana Tumini por sus oportunas observaciones y continuo apoyo.

Leticia Morales

Finalmente, el recorrido de este largo proceso no hubiese sido posible sin el cariño y el apoyo incondicional de mi familia a pesar de la distancia: mi mamá Chichí, mi papá Yeye, mi hermana Virginia y mi sobrino Matías, el sol de todos nosotros. Y Luna y Gandalf, compañeros de viaje, que me han curado en varias ocasiones con afecto gatuno.

Montreal, diciembre de 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. Los derechos sociales en la encrucijada.....	1
2. Justicia y democracia	6
3. Constitucionalismo jurídico o constitucionalismo político	8
4. La legitimidad de los derechos sociales.....	10
5. Hoja de ruta.....	13

CAPÍTULO 1 EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción.....	17
2. Los derechos subjetivos.....	19
2.1. Diferentes sentidos de la expresión “tener un derecho”.....	20
2.1.1. Las posiciones jurídicas según Hohfeld	20
2.1.2. Los sentidos de derecho subjetivo en Kelsen	22
2.1.3. La noción de obligación jurídica.....	24
2.2. La razón de ser de los derechos subjetivos.....	25
2.3. Derechos jurídicos y derechos morales	29
2.4. El concepto de derechos humanos.....	31
3. Los derechos sociales.....	33
3.1. La tesis historicista de los derechos.....	34
3.2. Los elementos de los derechos sociales.....	37
3.2.1. Los sujetos titulares.....	38
3.2.2. Los sujetos obligados	42
3.2.2. El contenido.....	43
4. Derechos a abstenciones y derechos a prestaciones positivas.....	51
4.1. El carácter negativo o positivo de los derechos.....	53
4.2. La objeción semántica.....	55
5. La irrelevancia conceptual de la escasez de recursos.....	59
5.1. La objeción de los costes bajo la lupa.....	60
5.2. Derechos sociales insaciables.....	67

6. La tesis de la correlatividad entre derechos y deberes.....	69
6.1. La versión débil de la tesis de la correlatividad.....	71
6.2. Los derechos sociales como <i>ius in rem</i>	74
7. Las garantías y los derechos sociales.....	82
7.1. La tesis normativa de la distinción.....	84
7.2. Presupuestos de la distinción.....	86
8. Formas jurídicas de regulación de los derechos sociales.....	90
8.1. Los derechos subjetivos.....	90
8.2. Las directrices.....	92
8.3. Las meras gracias.....	94
9. Conclusión.....	96

CAPÍTULO 2 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción.....	99
2. La protección constitucional.....	101
2.1. El atrincheramiento de derechos fundamentales.....	102
2.2. La rigidez constitucional.....	104
2.3. El control de constitucionalidad.....	106
2.3.1. Criterios de distinción.....	106
2.3.2. Modalidades de justicia constitucional.....	108
3. El control de constitucionalidad robusto de los derechos sociales.....	110
3.1. El sistema constitucional argentino luego de la Reforma de 1994.....	113
3.2. El sistema constitucional colombiano a partir de la Reforma de 1991.....	117
3.3. El sistema constitucional sudafricano desde la Constitución de 1996.....	120
4. El control constitucional débil de los derechos sociales.....	124
5. La tutela legislativa y sus diversos grados.....	126
5.1. La tutela legislativa robusta de los países escandinavos.....	127
5.2. La tutela legislativa intermedia del sistema canadiense.....	128
5.3. La tutela legislativa débil del sistema norteamericano.....	133
6. La dimensión internacional de los derechos sociales.....	137
6.1. El desarrollo del contenido de los derechos sociales en las declaraciones internacionales.....	138
6.2. Recepción de las normas internacionales sobre derechos sociales en el derecho interno de los Estados.....	141
6.3. Los mecanismos internacionales de supervisión.....	145
7. La recepción jurídica de las exigencias sociales.....	150
8. Modelos de protección de los derechos sociales.....	156
9. Conclusión.....	158

CAPÍTULO 3 LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción.....	159
2. El problema de los desacuerdos en las teorías de la justicia	160
3. El contenido de los derechos sociales y las exigencias de la justicia.....	166
4. Necesidades básicas y derechos sociales	171
4.1. Una intuición poderosa	172
4.2. El dilema.....	175
5. El mínimo social en la teoría de la justicia rawlsiana.....	178
5.1. Los principios de justicia.....	178
5.2. El mínimo social.....	180
5.3. Una noción compuesta	183
6. Recursos adecuados y una vida mínimamente decente	185
6.1. El interés fundamental en llevar una vida decente.....	186
6.2. Inconvenientes en la especificación.....	188
7. Exigencias de justicia y protección constitucional.....	192
8. La falta de competencia judicial	196
8.1. La cuestión del conocimiento experto de los jueces.....	197
8.2. El problema del policentrismo.....	201
8.3. La ley de presupuesto como cuestión política no justiciable	208
9. La falta de legitimidad mayoritaria del poder judicial.....	212
10. Conclusión.....	219

CAPÍTULO 4 EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS Y DISEÑO INSTITUCIONAL

1. Introducción.....	221
2. Democracia y exigencias de protección de los derechos.....	223
3. La concepción sustancialista de Ronald Dworkin	228
3.1. La igual consideración como virtud soberana	228
3.2. Los problemas de la concepción sustancialista.....	233
4. El procedimentalismo moderado de Thomas Christiano.....	238
4.1. Los límites a la autoridad democrática	238
4.2. Consideraciones en contra de la propuesta moderada.....	244
5. La concepción procedimental según Jeremy Waldron.....	249
5.1. El derecho de participación como constitutivo de la democracia.....	249
5.2. El dilema: ¿regreso infinito o autodestrucción?.....	258
5.3. La confianza en la cultura política.....	261
5.4. Sumario.....	267
6. La noción de participación política.....	268
7. Legitimidad democrática y precondiciones procedimentales.....	276
7.1. La tesis de las precondiciones democráticas.....	276

7.2. La objeción de petición de principio sobre los fundamentos	281
7.3. La objeción del escaso alcance en la protección de derechos.....	285
7.4. La paradoja de las precondiciones.....	287
8. La lógica de las precondiciones en las sociedades democráticas.....	290
9. Conclusión.....	295

CAPÍTULO 5 DOS NIVELES DE DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN

1. Introducción.....	297
2. Los dos niveles de derechos sociales.....	299
2.1. El primer nivel	301
2.2. El segundo nivel.....	307
2.3. La distinción entre niveles.....	308
3. Precondiciones materiales y derechos sociales.....	311
3.1. El criterio interno.....	312
3.2. Exigencias normativas y relaciones empíricas.....	315
3.3. Objeciones.....	325
4. Protección del primer nivel: la legitimidad del control de constitucionalidad...	332
4.1. La protección robusta del primer nivel.....	332
4.2. La previsión de la justicia constitucional	336
4.2.1. El modelo europeo de justicia constitucional.....	337
4.2.2. El modelo americano de justicia constitucional	339
5. Los casos problemáticos.....	345
6. Protección del segundo nivel: los límites de la justicia constitucional.....	347
7. Conclusión.....	356
CONCLUSIONES.....	357
BIBLIOGRAFÍA.....	361

INTRODUCCIÓN

1. Los derechos sociales en la encrucijada

«Sin coche no enfermes de noche».¹ Así se manifestaron en un barrio de las afueras de Madrid según se informó en las noticias cuando su gobierno anunció en marzo de 2012 «junto con una avalancha de recortes y nuevas tasas para *ajustar* 1.000 millones de euros del presupuesto, el cierre de cuatro centros de urgencia de atención primaria las noches de los días laborables», entre los que se encuentra el ambulatorio del barrio.²

Las recientes medidas de recortes del gasto público que han sido adoptadas en España, como en otros países de Europa, han desatado la movilización de los habitantes que se resisten a que cuestiones fundamentales de su vida cotidiana sean eliminadas.³ En los últimos meses han surgido movimientos y agrupaciones de respuesta ciudadana contra los recortes en materia de sanidad, educación y vivienda como *Indignados*, *Democracia Real Ya* y *Occupy* entre otros, que ponen en cuestión que tales decisiones puedan ser legítimamente adoptadas en sesiones de política ordinaria por el gobierno de turno.

Por su parte y desde hace unos años, el creciente número de requerimientos con contenido social en un contexto de crisis económica y política en los países de Latinoamérica y Sudáfrica ha despertado reacciones

¹ Lema de las pancartas de los vecinos y vecinas del barrio La Fortuna, en Leganés, España. *El País*, 3 de julio de 2012.

² *El País*, 3 de julio de 2012.

³ «Los indignados de Londres acampan frente al banco de Inglaterra», *El País*, 12 de mayo de 2012, en donde se señala que las protestas también se manifiestan en las calles de Lisboa, Londres, Frankfurt, Atenas y Roma.

contra los derechos sociales amparados en sus constituciones. La posibilidad de que al elevarse el número de reclamos sociales como consecuencia de la actual situación financiera por la que atraviesan varios países de Europa se desaten similares reacciones contra los derechos sociales constitucionales debería alertar al lector y lectora europeos que no se trata meramente de un problema foráneo propio de sociedades afectadas por la desigualdad, la pobreza y la corrupción política.

Lo que está en el trasfondo de esta apremiante situación y es objeto de profundas controversias en los tiempos presentes es si este tipo de medidas gubernamentales vulneran o no derechos humanos fundamentales. Estos derechos fueron establecidos internacionalmente en el período de posguerra, cuando en 1948 la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). En su Preámbulo se exteriorizó el objetivo de superar a través del lenguaje de los derechos humanos los «actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad», y la proclama de «un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias». Así los derechos humanos fueron adoptados como un marco de referencia para la actuación futura de las naciones del mundo.

El artículo primero de la Declaración Universal estableció que: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]». Luego se dio cuerpo a esta afirmación a través del establecimiento de una serie de derechos: además de los derechos civiles y políticos se incorporó también un amplio conjunto de derechos sociales.⁴ Así, el artículo 22 establece que todas las personas, en tanto miembros de la sociedad, tienen derecho a la seguridad social y a obtener «la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad», de acuerdo con la organización y los recursos estatales.⁵

⁴ Por razones de estilo y simplicidad se emplea la denominación “derechos sociales” para hacer referencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵ Artículo 22 DUDH.

La Declaración Universal enuncia que:

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.»⁶

Y también afirma que: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental [...]».⁷ Asimismo, establece el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, la protección contra el desempleo, la jornada de trabajo limitada y vacaciones periódicas pagas.⁸

En 1966 la Asamblea General adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Este último, compuesto por más de una treintena de artículos sobre las obligaciones de los Estados en el reconocimiento de los derechos sociales, está precedido por un Preámbulo en el que se hace eco del compromiso adoptado en la Declaración Universal. Se proclama que: «el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria», no puede realizarse a menos que se creen las «condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos». Asimismo, en las constituciones de la mayoría de los Estados se fueron incluyendo durante las últimas cinco décadas los derechos con contenido socioeconómico, los cuales aparecen ahora junto a los primigenios civiles y políticos.

Ahora bien, tanto en los documentos internacionales como en las constituciones estatales los enunciados sobre los derechos sociales, así como aquellos sobre los derechos civiles y políticos, expresan pautas indeterminadas sobre materias extensas y controvertidas. No parece fácil poder discernir por

⁶ Artículo 25.1 de la DUDH.

⁷ Artículo 26.1 de la DUDH.

⁸ Cf. artículos 23-24 de la DUDH.

vía de su constatación jurídica si mediante una serie de medidas de recorte del gasto público se vulnera concretamente algún derecho social fundamental.

En efecto, el reconocimiento de los derechos sociales ha motivado, desde su consagración jurídica, tenaces discusiones, por una parte, respecto de su estatus y naturaleza. Lo que se controvierte es que los derechos sociales posean una estructura común con los civiles y políticos señalados como verdaderos derechos dado que se afirma que existen diferencias conceptuales irreductibles entre ambas categorías de derechos. Se contrapone una supuesta perfección de los derechos civiles y políticos frente a una alegada naturaleza imperfecta de los sociales. Y se sostiene también que el empleo del término “derechos” para calificar objetivos sociales causa perplejidad a la vez que temor por el riesgo de una expansión desmedida de reclamos con contenido social reputados erróneamente como derechos fundamentales de las personas.

Es habitual argumentar también que los derechos sociales tienen una estructura lógica diferente a los civiles y políticos debido a que involucran costes. La objeción de los costes se suele presentar como una crítica estrechamente vinculada al concepto de los derechos sociales, al punto que en contextos de crisis económica se pretende justificar que el gobierno puede recortar o suprimir partidas presupuestarias destinadas a su satisfacción sin mayores consecuencias políticas y jurídicas.

Se afirma además que los derechos sociales impondrían deberes positivos, difíciles o imposibles de determinar, sin indicación precisa del sujeto obligado, e insaciables. Estas características, se argumenta, no son las de los auténticos derechos, cuyos rasgos son la imposición de deberes negativos, determinados o determinables, con la designación de un sujeto obligado específico y sin costes.

Por la otra parte, se ha generado también un intenso debate sobre la legitimidad de las exigencias que ellos contienen, esto es, si las exigencias que los derechos sociales encarnan pueden justificarse como legítimas en una sociedad democrática. Se afirma que este tipo de exigencias no deberían estar reconocidas en los ordenamientos constitucionales como cuestión de derechos garantizados con el control de constitucionalidad. Deben, si acaso, ser perseguidas por los medios propios del poder político. Asimismo, una institución como la del control de constitucionalidad no sería la adecuada

para proteger las exigencias sociales. Los jueces no estarían en posición, ni tendrían el conocimiento necesario para proteger los asuntos de tipo presupuestario que los derechos sociales involucran y, además, su intervención adolecería de un grave déficit de legitimidad mayoritaria.

Podría decirse que los derechos sociales, a pesar de estar establecidos en varios documentos jurídicos internacionales y constituciones estatales, parafraseando a WOODS, continúan siendo tratados como los hijastros conceptualmente subdesarrollados de la familia de los derechos fundamentales.⁹ Se sostiene que los denominados derechos sociales son, en realidad, meras pretensiones morales, directrices políticas u objetivos a los que el Estado debe enderezar sus políticas económicas y sociales, o derechos programáticos, pero no auténticos derechos subjetivos. Así entendidos, el término “derechos” para referirse a exigencias sociales sería retóricamente válido, pero tendría escasas implicaciones prácticas a la hora de adoptar las políticas estatales. En especial, apenas tendría peso en el trazado de las bases para la distribución de los recursos públicos.

Con frecuencia al invalidar los derechos sociales se confunden de manera inadvertida los planos conceptual y normativo. Esto es, se pretende negarles el estatus conceptual de derechos con base en argumentos políticos, morales e ideológicos. Dicha inadvertencia conduce a problemas en el planteo correcto de las objeciones. Pero también, los argumentos que se ofrecen resultan insatisfactorios. Las precisiones conceptuales son relevantes para el análisis de la fundamentación de estos derechos por lo cual deben ser esclarecidas con precedencia. El pasar ello por alto, lejos de plantear una cuestión meramente teórica, se traduce a menudo también en un problema de tipo práctico: establecer si las personas tienen un derecho social según las previsiones de un cierto sistema jurídico resulta primordial para evaluar las decisiones legislativas, o las decisiones jurisdiccionales que dictan los jueces de conformidad o en disconformidad con aquellas.

⁹ Véase WOODS 2003: 767, quien refiere a la inferioridad normativa de análisis de los derechos sociales.

2. Justicia y democracia

En la base de las discusiones sobre la justificación de los derechos sociales subyace una de las cuestiones más complejas y discutidas en filosofía política: la cuestión de la *autoridad política*.¹⁰ Esta procura responder a la pregunta acerca de quién debería tomar las decisiones colectivas en una comunidad. Tradicionalmente, la autoridad política se ha justificado estableciendo cómo deberían ser alcanzadas las decisiones políticas colectivas. Es decir, poniendo la prioridad en la cuestión de la *legitimidad política* del procedimiento mediante el cual las decisiones que toma la autoridad han de ser reputadas legítimas. Por el otro lado, la autoridad para imponer decisiones sobre los miembros de una comunidad se ha justificado estableciendo cuáles resultados aquella debería adoptar. Es decir, poniendo la prioridad en la cuestión de lo que exige la *justicia social*: cuáles deberían ser los principios de distribución de recursos que habrían de guiar la asignación de cargas y beneficios de la actividad económica de un Estado.

De manera habitual, la defensa de los derechos sociales ha sido esgrimida por los teóricos de la justicia social como exigencias acerca de «lo que nos debemos unos a otros».¹¹ Por ejemplo, para RITTICH, los derechos sociales «sirven como representantes de valores tales como cohesión social, solidaridad e inclusión y operan como métrica de nuestro compromiso hacia la igualdad social relativa».¹² La asamblea democrática tiene autoridad si adopta decisiones políticas justas y las decisiones políticas son consideradas justas si reconocen los derechos sociales. A partir de las concepciones de la justicia, entonces, se suele asumir que para que un estado de cosas sea justo ciertos contenidos sociales deben ser impuestos a la sociedad y retirados de la discusión política ordinaria. Según BILCHITZ, el problema de dejar a la mayoría la decisión sobre los derechos sociales es que «hay varias razones para pensar que la toma de decisión mayoritaria puede que en muchos casos,

¹⁰ Véanse HOBBS 1996[1651]; LOCKE 1988 [1690].

¹¹ La frase corresponde a SCANLON 1998.

¹² RITTICH 2007: 109.

con probabilidad, falle *sustantivamente* en tratar la vida de todos los individuos en una sociedad como seres igualmente importantes». ¹³

Sin embargo, qué es lo que por justicia debería ser retirado del debate y decisión política colectiva se presenta con una extensión imprecisa y variable según los valores subyacentes de la concepción singular que los postula. Por ejemplo, qué es lo que se requiere desde un punto de vista sustantivo para tratar a todos como iguales no parece determinable sino por su referencia a una particular teoría de la justicia. Y dado que las teorías de la justicia están sujetas a desacuerdos sobre los valores que encarnan imponer una concepción sobre las demás parece no tomar en serio el rasgo de la diversidad de puntos de vista propio de las sociedades democráticas actuales.

La defensa de los derechos sociales como aquello que se debería asegurar en una sociedad justa es intuitivamente más atractiva. Sin embargo, puede resultar en una estrategia infructuosa a la hora de fundamentar los derechos sociales en las “circunstancias de la política”. ¹⁴ Estas se refieren a la necesidad de adoptar decisiones políticas colectivas sobre consideraciones sustantivas acerca de las cuales existen profundos y persistentes desacuerdos entre los individuos de la comunidad. ¹⁵

Tomarse en serio el hecho de los desacuerdos en las sociedades democráticas parece requerir que las decisiones acerca de aquello que es justo se adopten por mayoría a través de la política ordinaria. Así, la mayoría en una asamblea democrática tendría autoridad para decidir si se han de asegurar condiciones de igualdad en la obtención de los bienes necesarios para que las personas desarrollen sus proyectos personales. Lo fundamental desde esta perspectiva sería la cuestión de *la legitimidad del procedimiento democrático*. Las decisiones políticas sobre lo que nos debemos unos a otros en sociedad deben ser alcanzadas siguiendo un procedimiento legítimo de toma de decisiones y un procedimiento de toma de decisiones es legítimo cuando posibilita la participación política de todos a la hora de decidir las cuestiones sustantivas. La propuesta desde la legitimidad procedimental daría

¹³ BILCHITZ 2008: 102 (énfasis en el original).

¹⁴ Cf. WALDRON 2005a: 123-124; y WEALE 2007: 12-18.

¹⁵ Véase RAWLS 1993: 36-37 sobre el hecho del pluralismo razonable.

cuenta del argumento de los desacuerdos en la medida en que propone que entre todos decidamos cuál concepción ha de guiar la distribución de recursos entre la diversidad de posiciones presentes en la sociedad.

3. Constitucionalismo jurídico o constitucionalismo político

Es habitual que a partir de la primacía de la justicia, se justifique también la protección constitucional de los derechos sociales. Sin embargo, el problema de los desacuerdos se intensifica cuando se sostiene que las exigencias de justicia deberían ser atrincheradas en una constitución y protegidas por un control robusto de constitucionalidad.

El debate teórico sobre los mecanismos de protección de los derechos sociales se ha desarrollado notablemente en las últimas dos décadas. En la actualidad, estudios sobre la protección judicial de los derechos sociales en distintos países muestran un crecimiento del rol judicial en la imposición de tales derechos.¹⁶ Si bien esa intervención creciente suele ser repudiada por algunos en la medida en que se faculta a los jueces a controlar las decisiones legislativas en materia de derechos sociales, la mayor parte del debate contemporáneo se ha centrado en la discusión acerca del alcance de la intervención judicial.

Los partidarios del *constitucionalismo jurídico* sostienen que en las sociedades democráticas los derechos sociales deberían incluirse en una constitución rígida y protegerse con un control robusto de constitucionalidad.¹⁷ Este diseño institucional estaría justificado en la creencia de que ciertos intereses fundamentales de los individuos sobre la autonomía y el bienestar son tan importantes que merecen su protección a través del control de constitucionalidad. De esa manera se los resguarda de ser sacrificados por la posible obtención de una mayor eficiencia, prosperidad o cualquier otra agregación de intereses menos importantes bajo el nombre del bien común. De allí que para el constitucionalismo jurídico se justificaría que los jueces constitucionales tengan la potestad de decidir en materia de derechos sociales con carácter final.

¹⁶ Cf. GARGARELLA, DOMINGO, ROUX 2006: 255.

¹⁷ Entre otros, FABRE 2000c; BILCHITZ 2008; FREDMAN 2009; MANTOUVALOU 2011.

Los defensores del *constitucionalismo político* promueven un modelo de tutela legislativa de los derechos sociales e incluso algunos aceptan un control judicial debilitado incorporando al debate diversas teorías del diálogo entre el poder judicial y el poder legislativo.¹⁸ En este último caso, el órgano legislativo retendría la potestad de preservar una decisión en materia de derechos sociales. El proceso político sería el foro adecuado en el cual deberían tomarse esas decisiones, dado que tal procedimiento garantiza a cada ciudadano y ciudadana la participación política en el mismo.

Según los constitucionalistas políticos, su modelo es muy diferente del proceso judicial donde sólo unos pocos jueces están habilitados para tomar las decisiones e imponer sus perspectivas acerca de los derechos sociales sobre los demás miembros de la sociedad. En concreto, desde el constitucionalismo político se critica el papel de los jueces en un sistema con control robusto de constitucionalidad por su *falta de legitimidad mayoritaria* para interpretar los derechos sociales o para invalidar decisiones adoptadas por las mayorías sobre estos derechos supliendo la voluntad popular. Un modelo robusto de protección de los derechos sociales sería incompatible con el procedimiento de deliberación, intrínseco al procedimiento democrático, porque equivaldría a excluir la posibilidad de que la gente discuta sobre las cuestiones que son controvertidas y sobre las que imperan desacuerdos sustantivos profundos.

Para responder a la pregunta sobre si la protección constitucional robusta de los derechos sociales está justificada en una democracia se afirma que hay que elegir entre el constitucionalismo jurídico y el constitucionalismo político. Pero también que si se adopta el primero, habrá que cargar con una disminución en la legitimidad del sistema político por permitir que sean los jueces quienes aseguren los derechos sociales en última instancia. Y que si se adopta el segundo, el coste consistirá en una mengua en la justicia de las decisiones adoptadas por una mayoría que eventualmente fracasará en la protección de los derechos sociales de todos. Considero que este planteo en forma de dilema no es correcto. Estoy de acuerdo con la importancia de las consideraciones democráticas pero no creo que de ello se siga el rechazo de la protección robusta de los derechos sociales constitucionales.

¹⁸ Entre otros, WALDRON 2004b; GARGARELLA 2004b, 2006a, 2008; BELLAMY 1996, 2007, 2012; TUSHNET 2004a, 2008.

4. La legitimidad de los derechos sociales

Este trabajo se dispone alrededor de una pregunta central: si es legítimo en una democracia proteger los derechos sociales a través del control de constitucionalidad. Así la tesis gira en torno de la legitimidad democrática de los derechos sociales y, con ese objetivo, se propone analizar estos derechos bajo una luz diferente.

Estructuro la respuesta a esa pregunta a través de la necesidad de dar cuenta de tres desafíos que se presentan en cada uno de los planos siguientes: el plano conceptual, el plano institucional y el plano normativo. En primer lugar, el desafío en el *plano conceptual* consiste en ofrecer una caracterización de los derechos sociales estableciendo cuáles son sus rasgos centrales. A partir de ella, examinar si los derechos sociales pueden conceptualmente ser considerados derechos jurídicos fundamentales como los derechos civiles y políticos. De allí que uno de los cometidos principales de este trabajo es contribuir a esclarecer el concepto de los derechos sociales.¹⁹

Peter STRAWSON introduce una analogía entre el análisis conceptual y la gramática para explicar la tarea del primero. Según el autor, al presentársele a la reina Isabel de Castilla la primera gramática castellana, su reacción consistió en preguntar para qué servía eso. Brevemente expuesto, STRAWSON señala que la utilidad de la gramática yace en posibilitar una formulación explícita de las reglas de una práctica, la cual es dominada de manera implícita. De un modo similar, el análisis filosófico perseguiría la elaboración de una explicación sistemática de la estructura de nuestros aparatos conceptuales, que nuestra práctica diaria muestra que dominamos de manera inconsciente.²⁰

Este trabajo se enmarca en el modelo analítico de positivismo metodológico.²¹ De ahí que se parte de la posibilidad y la utilidad de discernir el concepto de los derechos sociales jurídicos como distintivo de la validez de las razones que justifican tales derechos en un sistema jurídico

¹⁹ Véase STRAWSON 1997: 45 y sgts., sobre el cometido principal del análisis conceptual para la filosofía.

²⁰ Cf. STRAWSON 1997: 50.

²¹ Véanse ALCHOURRÓN y BULYGIN 1974; RODRÍGUEZ 2002; SUCAR 2008: Capítulo 2.

concreto. Desde la concepción positivista metodológica, la relación de las razones morales para adoptar ciertos derechos con un sistema jurídico sería contingente. Puede ser que haya razones morales para que algo sea protegido jurídicamente pero que de hecho no tenga protección jurídica, así como puede ser que ciertos derechos jurídicos no estén justificados moralmente, o incluso que sea moralmente injusta su protección jurídica en un cierto sistema. Esta distinción conceptual se sustenta, a su vez, en la distinción más básica en la filosofía del derecho entre identificación del derecho y valoración o justificación del derecho.

En segundo lugar, en el *plano institucional* interesa examinar los diferentes mecanismos constitucionales de protección de los derechos sociales junto con otros mecanismos no constitucionales de tutela de estos derechos. La importancia de subrayar la diversidad de diseños institucionales de protección reside en mostrar que no todos los sistemas jurídicos acuerdan a los derechos sociales el mismo régimen. Esta última circunstancia implica que la cuestión del estatus jurídico de los derechos sociales no puede ser planteada en términos puramente abstractos y con prescindencia de la consideración de las particularidades del derecho positivo en los diversos sistemas jurídicos. Tales consideraciones, al igual que otro conjunto de precisiones institucionales, son asimismo relevantes para el análisis de su fundamentación política, moral e ideológica lo cual es, muchas veces, pasado por alto en los estudios sobre el tema.

En tercer lugar, el desafío en el *plano normativo* de la justificación de los derechos sociales se manifiesta, como he señalado antes, en la tensión entre la justicia y la democracia. Mi propuesta consiste en traer al frente la justificación democrática de estos derechos como *precondiciones materiales para la participación política* por razones de legitimidad del procedimiento. Para ello planteo la distinción de *dos niveles de derechos sociales*: un primer nivel caracterizado por ciertas exigencias sociales que se justifican como precondiciones procedimentales; y un segundo nivel que podría comprender una mayor extensión de exigencias sociales, dejando espacio para la discusión en el foro político de las cuestiones sustanciales y la adopción de decisiones a su respecto por mayoría.

Si bien el argumento de los desacuerdos se enmarca en una concepción amplia de liberalismo político, ello no significa adoptar el liberalismo político como doctrina teórica integral.²² Lo que significa, en cambio, es que esta tesis parte de la corriente filosófica liberal que se compromete con la importancia de la diversidad de perspectivas sobre cuestiones sustantivas en democracia. Nada de eso debería entenderse como dejando fuera otras posiciones filosófico-políticas.

El primer nivel de los derechos sociales, entonces, debería contener aquellas precondiciones materiales que aseguren un estándar de no exclusión y posibiliten la entrada de todos los puntos de vista en el procedimiento de toma de decisiones. Este nivel podría variar por razones contextuales y diversidad de datos empíricos relativos al alcance de la participación política en las particulares sociedades democráticas.

Finalmente, procuro mostrar una salida a la tensión trabada entre los defensores del constitucionalismo jurídico y los partidarios del constitucionalismo político y que amenaza llevar a un punto muerto la discusión acerca de la protección de los derechos sociales. Sostendré que es viable reconciliar ambas posiciones y aprovechar las fortalezas de cada una para justificar los derechos sociales constitucionales desde la legitimidad democrática. Sin embargo, este trabajo no debería interpretarse como si propusiera contemplar los derechos sociales únicamente como aspectos de nuestra participación política en sociedad. No niego que algunos derechos sociales pretenden asegurar nuestros planes de vida y proyectos personales, mientras otros son considerados derechos humanos básicos que no dependen de ningún vínculo político para su fundamentación. Podría parecer extraño si se interpreta que todo lo que propongo es reducir la justificación de estos derechos a nuestra faceta de ciudadanos y ciudadanas que participan en la organización social. Debería entenderse en cambio que, incluso para quienes asumen, en virtud de que hay que tomarse en serio los desacuerdos sobre las cuestiones de justicia social, que estas deberían ser decididas por el órgano legislativo, habría razones para asegurar constitucionalmente los derechos sociales y garantizarlos a través de un mecanismo robusto de control de constitucionalidad.

²² Véanse, entre otros, RAWLS 1993; WALDRON 2005a, 2006b.

5. Hoja de ruta

La tesis se divide en cinco capítulos. En el Capítulo 1 aspiro a aportar claridad al concepto de los derechos sociales. Para ello, elaboro una extensa respuesta a la primera cuestión fundamental sobre el estatus conceptual de los derechos sociales. Examino su estructura y respondo a diversas objeciones que se le han dirigido. Sostendré que dentro de los límites trazados alrededor del término “derechos subjetivos” cabe incluir a los derechos sociales, desarticulando reiteradas críticas según las cuales estos tienen una naturaleza de tal modo diferente de los derechos civiles y políticos que corresponde discriminarlos. De igual modo, si bien la existencia de derechos sociales en las constituciones no puede oscurecer el hecho de que algunos de ellos no cuentan con garantías directas que los doten de eficacia, sostendré que no hay ninguna razón *conceptual* que impida conferirles mecanismos más adecuados de garantía.

En el Capítulo 2 describo los distintos sistemas institucionales de protección de los derechos sociales mostrando la multiplicidad de factores relevantes que caracterizan los diversos sistemas, tales como la protección internacional de los derechos sociales. Partiendo del examen de distintos mecanismos y contextos obtengo un cuadro de modelos de protección jurídica que resulta de la combinación de dos criterios: el tipo de estatus jurídico y la jerarquía normativa. A partir de allí, me centro en la discusión del control robusto de constitucionalidad de los derechos sociales por ser éste el que ha generado mayores controversias respecto de su justificación normativa.

Habiendo esclarecido el concepto de los derechos sociales y distinguido las distintas garantías institucionales con las que pueden ser protegidos en un sistema jurídico, en los siguientes dos capítulos examino los fundamentos normativos de los derechos sociales. En el Capítulo 3 me ocupo de señalar los principales inconvenientes implicados en la dimensión normativa de los derechos sociales con relación a la delimitación de su alcance desde lo que exige la justicia social. Para ello examino tres diversas teorías de la justicia que utilizan un criterio externo para esa determinación: la tesis de las

necesidades básicas, la noción rawlsiana del mínimo social y la idea de los recursos adecuados para llevar una vida decente. Sostendré que la adopción de un criterio externo para especificar el contenido de los derechos sociales, bajo un examen detenido, es más problemática de lo que podría parecer intuitivamente. Analizo luego las dificultades de sostener que los derechos sociales en tanto consideraciones de justicia social deberían retirarse de la decisión política y garantizarse a través de un control robusto de constitucionalidad. Los problemas que plantea esta estrategia me llevan a examinar los derechos sociales y su protección institucional como demandas de la legitimidad procedimental.

En el Capítulo 4, por lo tanto, examino la defensa de los derechos desde la legitimidad de un procedimiento democrático de decisiones colectivas. En particular, analizo la concepción sustancialista de la democracia de Ronald DWORKIN; la concepción moderada de Tomas CHRISTIANO; y la concepción procedimental defendida por Jeremy WALDRON. Sostengo que tanto la concepción de DWORKIN como la concepción de CHRISTIANO no son respuestas satisfactorias al problema de los desacuerdos en tanto que se defiende que ciertas cuestiones sustantivas consideradas preferentes deberían quedar fuera del debate político. Una concepción procedimental de la democracia que parte del derecho de participación política como la de WALDRON, podría servir para tomarse en serio los desacuerdos sobre derechos sociales. Para que sea de ese modo plausible, sostengo que requiere ser complementada con la *tesis de las precondiciones*. Estas tienen como fin asegurar los cimientos de la legitimidad procedimental: el estándar de no exclusión y la noción de participación política efectiva.

En el Capítulo 5, por último, fundamento la necesidad de asegurar ciertas precondiciones *materiales* para garantizar el estándar de no exclusión y la participación política efectiva. Esta estrategia tiene la ventaja que, en tanto recurre a un argumento interno al procedimiento democrático, está en mejor posición para dar cuenta de los desacuerdos sobre derechos sociales. Ello me lleva a sostener la distinción de un primer nivel de derechos sociales como precondiciones materiales de la democracia, de un segundo nivel de los derechos sociales como exigencias de la justicia social. Defenderé que mientras el primer nivel de los derechos sociales podría ser protegido

legítimamente por vía de un modelo robusto de constitucionalidad, el segundo nivel de los derechos sociales debería ser tutelado a través de la política. Si bien también podría admitir su protección mediante un control débil de constitucionalidad, la opción por un control robusto para la protección del segundo nivel estaría vedada en las sociedades democráticas contemporáneas. La satisfacción del primer nivel asegura el marco dentro del cual las ciudadanas y ciudadanos tienen espacio para debatir y decidir lo que se deben unos a otros en su sociedad. Pero sostener que la protección constitucional robusta sólo se podría justificar para las precondiciones de la democracia no significa que ello agote todo lo que se pueda esperar de un sistema globalmente justo.

CAPÍTULO 1

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción

De manera habitual se sostiene que no nos referimos al mismo tipo de derechos cuando hablamos de derechos *civiles* y *políticos*, que cuando lo hacemos de derechos *sociales*. Mientras que los primeros serían auténticos derechos, los segundos habría que entenderlos como derechos programáticos, o en los términos de FEINBERG, como derechos en sentido *meramente declarativos*.²³ Un derecho, en este sentido utilizado por FEINBERG, es un derecho que «no necesita estar correlacionado con el deber de alguien en particular», sino que serían exigencias dirigidas a la comunidad mundial.²⁴ Según este autor, usar el término “derecho” para exigencias morales a la satisfacción de necesidades básicas de todos los seres humanos necesitados, en condiciones de escasez, es un ejercicio retórico válido porque lo que se pretendería es el reconocimiento estatal como derechos positivizados de exigencias morales justificadas.

En esta línea argumentativa, se suele afirmar que los derechos sociales debieran ser excluidos del paraíso de los verdaderos derechos por carecer conceptualmente de la estructura propia de los admitidos civiles y políticos. Esto es, los derechos sociales impondrían deberes positivos, difíciles o imposibles de determinar, sin indicación precisa del sujeto obligado, extremadamente costosos e incluso insaciables, y singulares. Estas características, se argumenta, no son las de los derechos genuinos, a los que se les atribuyen los rasgos de la

²³ Véase FEINBERG 1973: 67, 93-95 y 1980: 153, sobre la noción de un “derecho en sentido meramente declarativo” (*manifesto sense of right*).

²⁴ FEINBERG 1980: 153.

imposición de deberes negativos, determinados o determinables, la designación de un sujeto obligado específico, sin costes, o costes limitados, y universales.

La caracterización de los derechos sociales en los términos precedentes encubre una serie de confusiones teóricas cuyo examen detenido y clarificación es un requisito imprescindible ya sea para defender o para cuestionar la recepción de los derechos sociales en los sistemas jurídicos. Tal circunstancia, lejos de plantear una cuestión meramente teórica, se traduce a menudo también en un problema de tipo práctico: establecer cuál es el poder o la capacidad que se posee (y cuáles son sus límites) de conformidad con las previsiones de un cierto ordenamiento jurídico resulta relevante para realizar una evaluación crítica de las soluciones establecidas por el legislador, o de las decisiones jurisdiccionales tomadas por los jueces de acuerdo o no con aquellas.

Este primer capítulo tiene como objetivo principal entonces contribuir a esclarecer el concepto de los derechos sociales. Mostraré que dentro de los límites trazados alrededor del término “derechos subjetivos” cabe incluir los denominados derechos sociales. Estos no serían vulnerables a las objeciones tendientes a señalar que los derechos sociales tienen una naturaleza de tal modo diferente que corresponde discriminarlos de los denominados verdaderos derechos (los derechos civiles y políticos) y asignarles a las exigencias sociales una denominación y un estatus distintos. Comenzaré en el punto 2 analizando brevemente algunas propiedades generales del concepto de los derechos en sentido amplio, que informarán luego la discusión acerca de los derechos sociales. En el punto 3 me ocuparé de ofrecer una caracterización de los derechos sociales estableciendo cuáles son sus rasgos centrales.

A continuación analizaré algunos problemas especialmente relevantes dirigidos a mellar su carácter de derechos. En particular, en el punto 4 me dedicaré a evaluar la plausibilidad de la distinción entre derechos correlacionados con abstenciones y derechos a prestaciones de dar o hacer; y en el punto 5 examinaré la defensa de la posición que, con base en la imposibilidad de satisfacción económica de las exigencias sociales, les niega el carácter de derecho. En el punto 6 consideraré el enfoque que sostiene que los derechos sociales serían impropios porque carecen de los deberes correlativos. Y en el punto 7 examinaré la plausibilidad de la tesis que considera a los mecanismos de protección como parte integrante del concepto de derecho, de modo que en tanto los derechos sociales no tengan prevista una garantía jurídica para el caso de su violación, no podrían ser considerados como tales.

Este análisis conceptual me permitirá examinar en el punto 8 la protección de las exigencias sociales a través de diversos tipos de regulación jurídica: derechos subjetivos, directrices y meras gracias.

2. Los derechos subjetivos

Antes de entrar a analizar el concepto de los derechos sociales y las críticas específicas que se le han dirigido por pertenecer a una categoría de derechos distinta que la de los genuinos derechos civiles y políticos, es necesario examinar algunas nociones relacionadas con el concepto de los derechos en general de manera de aclarar el significado de este término y otros relacionados. Sólo así será posible entrar en la discusión sobre el estatus de los derechos sociales.

La multivocidad asociada al término “derecho”, que afecta tanto el lenguaje ordinario como el técnico, presenta serias dificultades para la especulación teórica. En efecto, dicho término posee una diversidad de significados, muchos de ellos con márgenes de aplicación borrosos, estrechamente conectados, y asociados a valores e ideologías. Así, la expresión “tener un derecho” es ambigua, vaga y emotivamente cargada. Esta es una de las principales razones por las cuales los enunciados sobre derechos, es decir, las afirmaciones de que una persona posee un derecho pueden significar cosas muy distintas.

En este primer punto me ocuparé, por lo tanto, de presentar ciertos aspectos de la noción de los derechos en general que servirán para examinar a partir del punto siguiente la noción de los derechos sociales en particular. En concreto, en 2.1 examinaré algunos de los varios sentidos o formas que podría contener la expresión “tener un derecho” y la noción de “obligación” relacionada. En 2.2 introduciré la discusión entre las principales teorías sobre las razones para la atribución de derechos a las personas. En 2.3 caracterizaré la noción de derechos morales y señalaré el tipo de relación que media entre estos y los derechos jurídicos. Por último, en 2.4 me referiré al concepto de los derechos humanos y las características que por lo general se le atribuyen a fin de tener una idea clara de qué se entiende por genuinos derechos cuando luego examine las críticas según las cuales los derechos sociales no podrían ser caracterizados como tales.

2.1. Diferentes sentidos de la expresión “tener un derecho”

La primera distinción básica que hay que tener en cuenta es que “derecho” es un término utilizado para hacer referencia al conjunto de normas e instituciones jurídicas destinadas a regular la conducta de los miembros de un determinado grupo social. A ello se suele denominar “derecho objetivo”. Pero de manera más específica también se utiliza el término para hacer referencia a una situación particular en la que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación con el derecho objetivo, que suele llamarse, en términos generales “derecho subjetivo”.

Es este segundo sentido de derecho de acuerdo con el cual un individuo puede ocupar diferentes posiciones frente a un sistema jurídico según las relaciones jurídicas que éste establece a través de sus normas. Estas posiciones diversas constituyen los distintos tipos o formas de derechos subjetivos que un ordenamiento jurídico puede establecer en favor del individuo.

2.1.1. Las posiciones jurídicas según HOHFELD

Wesley N. HOHFELD realizó en 1913 un esclarecedor análisis de los distintos tipos de derechos jurídicos que desde entonces ha sido ampliamente utilizado en los estudios sobre los derechos.²⁵ En su trabajo, HOHFELD puso en evidencia que los enunciados del tipo “A tiene derecho a *p*” son ambiguos y pueden hacer referencia a uno (o a una combinación) de los diversos tipos fundamentales de posiciones jurídicas que el autor identifica en la práctica norteamericana de los juristas. Estas posiciones jurídicas son cuatro y están formadas por pares correlativos de conceptos. En total pretenden describir todas las situaciones jurídicas en las que se puede encontrar una persona A en relación con otra persona B respecto de un contenido *p*.²⁶ Sucintamente esta serie de equivalencias son las siguientes:

²⁵ HOHFELD 1991. Sobre el análisis hohfeldiano de los derechos véanse WALDRON 1984b: 5-8; JONES 1994: 12-25; KRAMER, SIMMONDS, y STEINER 1998; CRUZ PARCERO 2005 79-87.

²⁶ HOHFELD (1991: 47) también identifica una relación de “opuestos jurídicos” (*jural opposites*) con las mismas modalidades jurídicas: tener un derecho subjetivo se opone a tener un no-derecho; gozar de una libertad o privilegio se opone a tener un deber; lo opuesto de tener una potestad consiste en estar limitado por una incompetencia; y lo opuesto a ser inmune es estar en una situación de sujeción.

- 1) Derecho subjetivo y deber: A tiene una “pretensión” (*claim right*) cuando existe un “deber” (*duty*) activo o pasivo de B respecto de A; esto es, A tiene un derecho respecto de B que se correlaciona con un deber de B hacia A. Se trata de un derecho como correlato de un deber, o según HOHFELD, un derecho subjetivo en sentido estricto «limitado y propio».²⁷
- 2) Privilegio y no-derecho: A tiene un “privilegio” (*privilege*) cuando existe un “no-derecho” (*no right*) en cabeza de B o de cualquier otro tercero para impedir a A realizar la conducta que es contenido del privilegio,²⁸ también denominado un derecho como “libertad” (*liberty right*).
- 3) Potestad y sujeción: A tiene una “potestad” o “competencia” (*power right*) de producir cambios normativos sobre B, que se corresponde con un estado de “sujeción” de B (*liability*); esto es, la situación jurídica de B está sujeta a los cambios o a los efectos jurídicos (positivos o negativos) del acto que realice A.²⁹
- 4) Inmunidad e incompetencia: A tiene una “inmunidad” (*immunity*) respecto a los posibles efectos de un acto realizado por B, quien con su conducta no puede alterar la situación normativa de A por estar limitado por una “incompetencia” para ello (*disability*).

Como resultado del análisis conceptual realizado por HOHFELD se observa que tras el uso del término “derecho” es posible distinguir ocho conceptos jurídicos fundamentales que ayudan a entender el lenguaje utilizado en la práctica de los juristas. Así, según Genaro CARRIÓ, el autor ha procurado «reconstruir los distintos conceptos jurídicos fundamentales [de manera de reunir], con las necesarias precisiones, el núcleo del significado central de expresiones vigentes».³⁰ De ese modo, HOHFELD ha identificado y delimitado situaciones jurídicas distintas (con efectos normativos diversos) que se corresponden con el uso de la expresión derecho subjetivo en sentido amplio, pero que deben ser distinguidas de la habitual reducción del término

²⁷ HOHFELD 1991: 50.

²⁸ Se ha interpretado que la noción de privilegio incluye también la idea de permisión, sea expresa a fin de autorizar a un individuo a realizar una cierta acción; o bien, sea la conducta permitida de manera meramente negativa en tanto ausencia de prohibición. Véase CRUZ PARCERO 1999: 116-126.

²⁹ Cf. HOHFELD 1991: 80.

³⁰ CARRIÓ 1991: 11.

derecho como correlato de un deber jurídico, o derecho subjetivo en sentido estricto.³¹

2.1.2. Los sentidos de derecho subjetivo en KELSEN

En la *Teoría Pura del Derecho* de 1960 Hans KELSEN distingue varios sentidos en que puede afirmarse que una persona tiene un derecho subjetivo: a) derecho subjetivo reflejo de una obligación jurídica; b) derecho subjetivo en sentido técnico; c) derecho subjetivo como permisión; d) derecho político; y e) derecho o libertad fundamental.³²

Para empezar, KELSEN advierte que es necesario distinguir entre el derecho subjetivo y la acción procesal para exigir el cumplimiento del primero. De este modo, el autor señala que en ciertas circunstancias el ordenamiento jurídico establece una obligación activa o pasiva de cierto sujeto respecto de otro. A ello lo llama “derecho como correlato de una obligación”, o *derecho subjetivo reflejo*. Según KELSEN, «esta situación de hecho designada como “derecho” o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros».³³ El sujeto obligado puede ser una o mas personas individualmente determinadas (derechos *in personam*) o estar constituido por una categoría amplia e indeterminada de individuos (derechos *in rem*).³⁴

Con el objetivo de garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los sistemas jurídicos suelen acordar al individuo respecto del cual otro está obligado la posibilidad de demandar o reclamarle jurisdiccionalmente la conducta debida. Se trata de un *derecho como acción procesal*, al que KELSEN denomina “derecho subjetivo en sentido técnico”.³⁵ Para el autor,

³¹ Véase HOHFELD 1991: 86-87 sobre la importancia del proceso de distinciones que realiza en su estudio. Véanse también CARRIÓ 1991: 19-21 en referencia al valor de la contribución de HOHFELD; MORESO y VILAJOSANA 2004: 144-146 sobre un breve balance de la aportación hohfeldiana al análisis del concepto de derecho; y CRUZ PARCERO 1999: 94-148 sobre la repercusión de la obra de HOHFELD así como las principales críticas que se le han dirigido.

³² Cf. KELSEN 1998: 156-157. Véase CRUZ PARCERO 1999: 45-77 sobre un estudio de los diversos sentidos de derecho subjetivo y de las principales críticas dirigidas contra el concepto kelseniano de derecho subjetivo.

³³ KELSEN 1998: 140.

³⁴ Véanse ROSS 1963: 187; JONES 1994: 15; CRUZ PARCERO 1999: 76. A estos dos modos de distinguir las relaciones entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado KELSEN (1998: 144-145) los denomina “derechos reflejos relativos” y “derechos reflejos absolutos” respectivamente.

³⁵ Cf. KELSEN 1998: 146-148.

este sentido de derecho consiste en «un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación».³⁶

Además, según la teoría kelseniana el ordenamiento jurídico a veces estatuye una permisión.³⁷ Esta regulación consistente en un permiso puede ser expreso a fin de autorizar a un individuo a realizar una cierta acción. En estos casos, suele hablarse de *derecho subjetivo como permisión positiva*. Otras veces las conductas son permitidas de manera meramente negativa, y se hace referencia a un *derecho como ausencia de prohibición*. Este tipo de derecho debería entenderse como una libertad de realizar aquellas conductas respecto de las cuales no hay ninguna norma que obligue, prohíba o permita de manera positiva su realización de un modo u otro.

Por *derechos subjetivos políticos* KELSEN alude a la autorización para participar de manera directa o indirecta en la creación del orden jurídico mediante la producción de normas jurídicas generales.³⁸ Dentro de los derechos políticos el autor incluye los llamados *derechos fundamentales o libertades básicas* que son establecidas en las constituciones contemporáneas. Según KELSEN, estas constituirían derechos subjetivos sólo en el sentido de un poder jurídico otorgado al individuo que es afectado por una ley inconstitucional, «para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión» de dicha ley.³⁹

Como se puede apreciar, algunas de las diferentes nociones de derecho referidas son deudoras del concepto de obligación en el sentido de que son definidas sobre su base, ya sea que lo que se tome como relevante sea su presencia, como por ejemplo en el caso de derecho como correlato de una obligación en KELSEN, o su ausencia, como por ejemplo en el caso de derecho como inmunidad en HOHFELD. La clarificación de qué se entiende por obligación es importante además para la apreciación de la objeción contra los derechos sociales por carecer de las obligaciones correlativas y del sujeto obligado según se propugna a través de la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes que examinaré en el punto 6 de este capítulo. Es necesario por tanto hacer referencia, si bien de manera breve, a tal concepto.

³⁶ KELSEN 1998: 147. Véase también KELSEN 1998: 138-157 sobre el concepto de derecho subjetivo dividido en el derecho reflejo o “derecho como correlato de una obligación” y el poder jurídico o “derecho subjetivo en sentido técnico”.

³⁷ Cf. KELSEN 1998: 28-30.

³⁸ Cf. KELSEN 1998: 150-152.

³⁹ KELSEN 1998: 155.

2.1.3. La noción de obligación jurídica

Los teóricos del derecho se han enfrentado con el problema relativo a cuándo puede decirse que una norma identificada como miembro del sistema jurídico es una norma que impone una obligación.⁴⁰ Se han elaborado diversas respuestas. Una de ellas se inclina a individualizar las obligaciones a través de la noción de “sanción”, de modo que una norma impone una obligación jurídica cuando su incumplimiento está asociado a un acto coactivo como sanción. Esta es la estrategia elegida por KELSEN según la cual un comportamiento sólo puede ser entendido como el contenido de una obligación jurídica si hay una norma jurídica que enlaza una sanción a la conducta opuesta.⁴¹

Por el contrario, Alf ROSS, representante del realismo escandinavo, propuso una noción *realista* de obligación.⁴² Para este autor, un orden jurídico nacional puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. Las normas son, en su concepción, directivas dirigidas a los tribunales, que sólo se dirigen a los particulares de forma implícita en la medida en que estos conocen qué reacciones pueden esperar en condiciones dadas por parte de los tribunales.⁴³ El sentirse obligado por parte del juez y no la imposición de una sanción es lo que constituye a juicio de ROSS la obligación jurídica.

En el contexto de la discusión de KELSEN y ROSS acerca del concepto de obligación jurídica, la teoría de Herbert HART puede tomarse como la que ha brindado pautas más precisas para explicar dicha noción.⁴⁴ Para HART, la existencia de normas jurídicas importa que «la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria».⁴⁵ Para dar cuenta de la existencia del derecho es menester dar cuenta de la existencia de reglas o normas. Ahora bien, según HART, las reglas no son meros hábitos ni consisten en el

⁴⁰ Para WRIGHT (1963: 179) las obligaciones pueden clasificarse en activas o positivas, si ordenan una conducta como debida, esto es, obligaciones de hacer; y pasivas o negativas, si ordenan una omisión o abstención como debida, es decir, obligaciones de no hacer.

⁴¹ Cf. KELSEN 1998: 129-131.

⁴² Véase ROSS 1963.

⁴³ Cf. ROSS 1963: Capítulo V.

⁴⁴ Véase HART 1998: 102-113.

⁴⁵ HART 1998: 102.

hecho de encontrarse compelido o de sentirse obligado, sino que suponen la *aceptación* por parte de los agentes de parámetros de evaluación de la conducta propia y ajena.⁴⁶ Las reglas pueden estatuir potestades (públicas o privadas) o conferir derechos o establecer obligaciones. El criterio utilizado por HART para diferenciar a las reglas jurídicas de las morales no consiste tanto en su contenido, su propósito o en la posesión de ciertos rasgos formales, como en su pertenencia a un sistema jurídico de acuerdo con pautas convencionales, esto es, ciertas prácticas complejas de aceptación y obediencia. De esta manera, una obligación jurídica sería aquella que posee las características de las obligaciones en general,⁴⁷ y que pertenece además a un sistema jurídico sobre la base de criterios convencionales, caracterizado como un sistema de aplicación de las sanciones centralizado y con predominio de un tipo específico de presión social (vía sanciones físicas y económicas). Por tanto, si bien se entendería como un rasgo de los sistemas jurídicos el intentar, eventualmente, asegurar el cumplimiento de una obligación a través de la imposición de sanciones (protegiendo de este modo los derechos correlativos), no sería una nota definitoria de las obligaciones jurídicas.

Así, a la luz de la concepción de HART la ausencia de sanción u otra técnica específica de protección no constituye obstáculo para que una norma imponga una obligación jurídica. En un sentido que podría denominarse básico, entonces, una norma que impone una obligación es una norma que declara dicho comportamiento no optativo. Una cosa diferente es que frente a las insuficientes consecuencias previstas para el supuesto de su incumplimiento quepa preguntarse por su relevancia práctica.

2.2. La razón de ser de los derechos subjetivos

Con relación al problema normativo acerca de cuál es el tipo de razones que estarían en la base de la atribución de derechos subjetivos a los individuos se

⁴⁶ Cf. HART 1998: 110-111.

⁴⁷ Las características de las obligaciones en general, según HART, consisten en una exigencia general insistente en favor de la conformidad, una presión social sería ejercida sobre quienes se desvían o amenazan hacerlo, la consideración de las reglas como indispensables para preservar el grupo social y la posibilidad de conflicto entre la conducta exigida por estas y lo que el sujeto obligado desea. Véase HART 1998: 107-109.

han propuesto fundamentalmente dos teorías.⁴⁸ Las dos concepciones rivales más debatidas al respecto son, por un lado, las teorías basadas en el beneficio o el interés (*benefit theories* o *interest theories*) y, por el otro lado, las teorías basadas en la elección o la voluntad (*choice theories* o *will theories*).⁴⁹

Por lo general los defensores de los derechos sociales adoptan o presuponen alguna versión de la teoría del interés o del beneficio como justificación del vínculo entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado.⁵⁰ Neil MACCORMICK defendió a mediados de los '70 una versión de la teoría del interés según la cual el beneficio que da lugar al derecho de A está relacionado de un modo profundo con el deber de B de forma que es posible decir que a menos que el beneficio sea conferido el deber no se ha realizado.⁵¹ El atractivo de esta posición para fundamentar el vínculo entre los sujetos de los derechos sociales consistiría, siguiendo el enfoque de este autor, en que la justificación de la atribución de un derecho a un individuo radica en la apelación a un interés, necesidad o beneficio que hay que satisfacer, proteger o promover, porque es de tal importancia que de no hacerlo se le causaría un mal.⁵² De esta manera, afirmar que “A tiene un derecho a *p*” significaría que es moralmente necesario que *p* le sea asegurado a A, y la razón de afirmar esto sería que, de lo contrario, podría resultar

⁴⁸ A los efectos expositivos sólo tomo en cuenta aquí el sentido restringido de derecho subjetivo como correlato de una obligación.

⁴⁹ La cuestión de la naturaleza de los derechos ha sido extensamente debatida durante décadas. Véase HART 1982b: 162, 180-181, 190; para una reconstrucción de las versiones clásicas y de las razones que les dieron origen véase SIMMONDS 1998: 115-145. Entre los teóricos de la voluntad se suelen incluir KANT, SAVIGNY, HART, KELSEN, WELLMAN y STEINER, entre otros. Del lado de los teóricos del interés se suelen incluir autores como BENTHAM, IHERING, AUSTIN, LYONS, MACCORMICK, RAZ y KRAMER, entre otros. Aquí me limitaré a presentar las posiciones principales sin adentrarme en el debate que en la actualidad ha alcanzado una sofisticación técnica elevada. Véase KRAMER, SIMMONDS, y STEINER 1998 para una amplia discusión contemporánea sobre las ventajas y desventajas de las principales versiones de estas teorías de los derechos. Véase VAN DUFFEL 2012 sobre una propuesta de superación del debate si se entiende que cada posición, en lugar de competir por la existencia de un “concepto” singular de derecho, apunta a «diferentes “tipos” (o concepciones) de derechos» (VAN DUFFEL 2012: 117).

⁵⁰ Una posición tradicional de la teoría del beneficio fue defendida por Jeremy BENTHAM a quien HART (1982a: 182-192) critica en este punto con el cargo de redundancia por reducir el lenguaje de los derechos a la terminología de los deberes. Véanse CELANO 2001: 22-28; CRUZ PARCERO 1999: 189-191.

⁵¹ Véase MACCORMICK 1976, 1982.

⁵² Cf. MACCORMICK 1976: 310.

algún daño para A. Lo que el sistema normativo protege *p*, es suficientemente importante como para autorizar a A (o a algún otro actuando en su nombre) a demandar que el deber de B se cumpla. Existen versiones más recientes de la teoría de los derechos basada en el interés tal como la formulada notoriamente por Joseph RAZ.⁵³ De acuerdo con esta posición, un individuo A es el titular de un derecho a *p* siempre que la protección de los intereses de A, o un aspecto de ellos, sean reconocidos como una razón suficiente para imponer deberes sobre otros tanto a no interferir con A en la realización de alguna acción como a asegurarle algo a A.⁵⁴

Los partidarios de la teoría del interés se oponen a las concepciones que procuran explicar la naturaleza de la relación que media entre los individuos vinculados por un derecho subjetivo a través del enfoque de la elección o voluntad. A HART corresponde una particular versión de la teoría de la elección de los derechos que se ha analizado y discutido profusamente.⁵⁵ Para la posición que se sigue de su teoría, el acento estaría puesto en el sujeto titular del derecho en tanto individuo que tiene un poder sobre la conducta debida por el sujeto obligado respaldado por el sistema jurídico.⁵⁶ Así, la idea prevaleciente del derecho subjetivo en los términos hartianos de la teoría de la elección sería la siguiente: se trata de «un individuo al que el Derecho le ha dado control exclusivo, más o menos extenso, sobre el deber de otra persona de manera que en el área de acción cubierta por el deber el individuo que tiene el derecho es un soberano a pequeña escala a quien la obligación le es debida».⁵⁷ De allí que quien tiene un derecho para HART se encuentra en una «posición especial», en el sentido de que para el titular del derecho está abierta la elección «de si el correspondiente deber ha de ser realizado o no».⁵⁸ Un

⁵³ Véase RAZ 1984a, 1984b, 1986.

⁵⁴ Cf. RAZ 1986: 166.

⁵⁵ HART 1955, 1982b. Véase WALDRON 1984b: 9-12, 1987a: 352; KRAMER 1998: 62; CELANO 2001: 21-35; CRUZ PARCERO 1999: 183-192. Nótese que si bien la noción que fundamenta HART a través de la teoría de la elección es la de un derecho subjetivo en sentido estricto, esta clase de análisis podría también extenderse a las otras nociones de derecho (entendiendo derecho en sentido amplio). Cf. CELANO 2001: 21-22.

⁵⁶ Cf. HART 1982b: 188-189.

⁵⁷ HART 1982b: 183.

⁵⁸ HART 1982a: 35.

derecho jurídico sería entonces una «elección individual jurídicamente respetada».⁵⁹

El propio HART ha advertido que la teoría de la elección tendría dos limitaciones importantes que prevendrían su adopción como una teoría general de los derechos.⁶⁰ En primer lugar, el autor reconoció que su análisis no ofrecía un enfoque adecuado de los derechos humanos constitucionales tal como son concebidos en la actualidad en filosofía política y social. Por ejemplo, el deber de no torturar a otros sería independiente de la posibilidad de que el titular del derecho a no ser torturado libere a los demás de ese deber. El reconocimiento de deberes de este tipo correlacionados con derechos fundamentales parecería mejor fundamentado desde el enfoque de la teoría del interés. En segundo lugar, HART observó que la teoría de la elección no daría cuenta del punto de vista de crítica moral del derecho por no satisfacer las necesidades de los individuos. Según HART, para quien parte de dicha perspectiva «el núcleo de la noción de los derechos no es ni una elección individual ni un beneficio individual sino las necesidades individuales básicas o fundamentales».⁶¹ Esta consistiría, de acuerdo con el autor, en una noción de derechos distinta de la técnico-jurídica que HART examina desde la teoría de la elección y que es su preocupación por tratarse de la que utilizan los abogados en su ejercicio habitual del derecho ordinario.⁶²

Además de las limitaciones que HART reconoció respecto de la teoría de la elección, MACCORMICK le dirigió una objeción certera al señalar un contra-ejemplo a dicha teoría: los niños tienen derechos, sostuvo MACCORMICK, aunque no tengan poder de control sobre las obligaciones de otros.⁶³ Es más, si sólo seres racionales (*i.e.*, quienes tienen capacidad para controlar la conducta de otros) podrían ser titulares de derechos según la

⁵⁹ HART 1982b: 189, 193.

⁶⁰ Cf. HART 1982b: 189-193.

⁶¹ HART 1982b: 193.

⁶² Para algunos teóricos (como por ejemplo WALDRON 1987a: 358) esta admisión explícita de HART sobre las limitaciones de la teoría de la elección significaría que el autor la habría abandonado con posterioridad a su defensa inicial en 1955. En contra véase KRAMER 1998: 70 y nota 27, para quien HART, si bien modificó parcialmente su posición a favor de la teoría de la elección, no la repudió.

⁶³ MACCORMICK 1976: 305-313. Véase en CELANO 2001: 35-50 un análisis de las razones que llevaron al abandono de la teoría de la elección en la doctrina filosófico-política anglosajona contemporánea.

teoría de la elección se excluiría de su alcance no sólo a los menores, sino también a las personas con capacidades mentales severamente disminuidas, y a los animales.⁶⁴ En tanto la teoría de la elección no puede dar cuenta de la posibilidad de que estos otros seres puedan ser titulares de derechos tal teoría según el autor debería ser rechazada. En cambio, la teoría del interés brindaría una mejor explicación de la razón de ser del vínculo entre sujetos titulares de derechos y sujetos obligados. Para WALDRON, por ejemplo, la teoría del interés tendría como virtudes respecto de la teoría de la elección, por un lado, que permitiría hablar sobre derechos sin que se haya previamente identificado quien está sujeto al correspondiente deber y, por el otro lado, este enfoque en tanto se centraría en la noción subyacente de interés permitiría preservar la unidad de los elementos hohfeldianos.⁶⁵ Sin intención de defender una posición robusta en el debate presentado de modo breve sobre el *point* de los derechos, lo cual tampoco considero necesario, asumiré en lo que sigue la teoría del interés como un enfoque de mayor rendimiento para referir a algunas nociones relativas a los derechos sociales.

2.3. Derechos jurídicos y derechos morales

Además de los diversos usos jurídicos a los que se ha hecho referencia, el término “derecho” es igualmente utilizado para hacer alusión a exigencias que se consideran moralmente adecuadas aunque no tengan sustento en normas positivas. Al respecto se habla de *derechos morales*.⁶⁶ Los derechos morales pueden ser caracterizados, de esta manera, como exigencias, pretensiones o demandas contra otro u otros fundadas en razones morales. O dicho en palabras de Eugenio BULYGIN, los derechos morales son «*exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral». ⁶⁷ Algunos autores añaden como requisito adicional que las exigencias sean formuladas contra el Estado o contra instituciones apropiadas para procurar una reparación.⁶⁸

⁶⁴ Sobre posiciones que afirman que ciertos animales tienen derechos véanse, por ejemplo, REGAN 1985; DONALDSON y KYMLICKA 2011; CASAL y SINGER 2012.

⁶⁵ Cf. WALDRON 1984b: 10-11, y nota 26.

⁶⁶ Véanse HART 1955; DONALD 1984: 21-40; JONES 1994: 45-71 sobre un análisis de los derechos morales.

⁶⁷ BULYGIN 1987: 83 (énfasis en el original).

⁶⁸ Véase FEINBERG 1973: 84-85 sobre la noción de derechos humanos como “derechos ideales”.

Los derechos están previstos por normas;⁶⁹ estas pueden pertenecer a sistemas normativos distintos.⁷⁰ El derecho moral se diferencia del derecho jurídico porque mientras que el primero es una petición fundada en una norma moral, el derecho jurídico es una petición fundada en una norma jurídica. En tales términos, decir que alguien tiene un derecho positivo significa que hay algún sistema jurídico que se lo confiere e, igualmente, decir que alguien tiene un derecho moral significa que hay algún sistema moral que se lo concede, desde el punto de vista de la moral crítica o absoluta.⁷¹

Joel FEINBERG ha sostenido, entre otros, que dentro del género de los derechos morales se encuentran los denominados “derechos humanos”.⁷² Al menos, como aclara BULYGIN, así fueron originariamente concebidos.⁷³ De acuerdo con FEINBERG los derechos humanos son entendidos, algunas veces, como “derechos ideales” (*ideal rights*) o “derechos en sentido meramente declarativos” (*manifesto sense of rights*). Este tipo de derechos no se refieren a derechos positivos sino que se trata de algo que *debería ser* un derecho positivo –institucional o convencional– y así lo sería en un sistema jurídico o en un código convencional o institucional mejor o ideal. Otras veces, explica FEINBERG, los derechos humanos se sostienen como “derechos de conciencia” (*conscientious rights*). En este sentido se hace referencia a una exigencia de reconocimiento como válido de aquello que es así considerado por los principios de una conciencia individual ilustrada. En este sentido, en tanto el derecho humano en cuestión se entiende como un derecho de conciencia será una petición contra individuos privados respecto de una cierta clase de trato.

⁶⁹ Si bien no solamente los derechos pueden estar previstos por normas si se piensa que pueden estar previstos por quizás razones o motivos los cuales no pueden sin más ser equiparados a, o traducidos en, normas.

⁷⁰ Cf. GUASTINI 1999: 181.

⁷¹ Si por moral positiva se entiende aquella moral formada por un conjunto de preferencias o valoraciones, aceptado y compartido por la mayoría de los miembros de un grupo social en un cierto momento, los juicios de la moral positiva serían, desde este punto de vista, hechos y, en tanto tales, no podrían contar como juicios justificatorios en sentido normativo de acciones o decisiones. En cuanto dicho conjunto de preferencias o valoraciones se emplea para la justificación moral de las acciones o decisiones pasaría a formar parte de un razonamiento moral crítico que posee naturaleza normativa y en este sentido se haría referencia a la moral crítica o absoluta. Cf. NINO 1989: 93.

⁷² Cf. FEINBERG 1973, 1980.

⁷³ Cf. BULYGIN 1987: 81.

Si un derecho humano se entiende como un derecho ideal o un derecho meramente declarativo, en cambio, sus titulares tendrán una exigencia hacia las autoridades legislativas de convertir el “derecho moral” en un derecho jurídico o positivo. Esta acepción de derechos humanos tendría un carácter reivindicativo en tanto se denunciaría al Derecho positivo de una sociedad por no contener un derecho que debería estar previsto en su ordenamiento jurídico.⁷⁴ Desde este enfoque se ha pretendido que sólo ciertas exigencias morales podrían ser consideradas propiamente como derechos humanos. En particular, mientras que las exigencias civiles y políticas satisfarían los criterios para ser consideradas como genuinos derechos humanos, las exigencias sociales deberían quedar excluidas de esta noción por carecer de ciertos atributos. Ahora bien, ¿qué se entiende por un *genuino* derecho humano y cuáles son las características que se le atribuyen?

2.4. El concepto de derechos humanos

La expresión “derechos humanos” tiene en efecto, como muchos lo han puesto de resalto, una carga emotiva fuerte de tipo positivo. Por ejemplo, Manuel ATIENZA sostiene que «el lenguaje de los derechos humanos se usa muchas veces como un recurso retórico para tratar de justificar un cierto curso de acción, para criticar una determinada situación, etc.». ⁷⁵ Además, la locución “derechos humanos” es notablemente ambigua. En este sentido, el contexto de uso de la expresión “derechos humanos” necesitaría la alusión a un sistema normativo, ya que puede tratarse de derechos humanos pertenecientes a un sistema de Derecho positivo, a un sistema moral o a un ordenamiento como el Derecho internacional. Por último, este concepto adolece de vaguedad. La expresión “derechos humanos” es vaga intensionalmente en la medida en que no es sencillo indicar cuáles son las características comunes que definen la idea de derechos humanos de modo de incluir todas las situaciones en que se atribuyen estos derechos. Y también es una locución que padece del tipo extensional de vaguedad, en tanto existe una considerable zona de penumbra más allá de ciertos casos claros de aplicación del concepto.⁷⁶ Sin embargo, tales dificultades no implican que no sea posible construir un concepto

⁷⁴ Cf. FEINBERG 1973: 84-85, 1980: 153.

⁷⁵ ATIENZA 2003: 109.

⁷⁶ Véase ATIENZA 2003: 214.

bastante preciso de “derechos humanos” morales a partir de la individualización de las características usualmente atribuidas.

En primer lugar, se suele mencionar a la *universalidad* como nota de los derechos humanos. Por universalidad se entendería que estos refieren a derechos que se tienen en tanto pertenencia a la clase de los seres humanos con independencia de las circunstancias históricas, geográficas o de otro tipo.⁷⁷ En segundo lugar, se señala a la *individualidad* en tanto característica de los derechos humanos. Se sostiene que estos son exigencias hechas por cada mujer y cada hombre a título individual respecto de la conducción de sus vidas en sus propios términos.⁷⁸ En tercer lugar, es habitual hacer referencia al rasgo de *inalienabilidad* de los derechos humanos. El carácter inalienable de estos derechos indicaría la imposibilidad de su abandono, es decir, se trataría de derechos que son asignados a todas las personas humanas sin que estas puedan efectivamente rechazar el tenerlos o desprenderse de ellos.⁷⁹ Y en cuarto y último lugar, y como reverso del atributo previo, se suele mencionar el rasgo de *irrevocabilidad* de los derechos humanos. Esta característica significaría que nadie puede legítimamente ser privado de sus derechos sin su consentimiento. En este sentido se suele sostener que los derechos humanos en tanto absolutamente irrevocables deben ser respetados en todas las circunstancias sin excepción por lo que nunca podrían ser anulables justificadamente.

Los derechos humanos en tanto exigencias morales entonces son caracterizados a través de los rasgos de universalidad, individualidad, inalienabilidad e irrevocabilidad desde un ámbito del derecho natural. Ahora bien, como aclara BULYGIN, «los derechos humanos no son algo dado».⁸⁰ Son exigencias morales que pueden servir como fundamento de los derechos jurídicos. En tanto tales no pueden reclamar una validez absoluta. Sólo cuando son positivizados por los sistemas jurídicos, agrega el autor, «se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aunque esa “realidad” sea jurídica».⁸¹

⁷⁷ Por ejemplo, véase CRANSTON 1967: 49.

⁷⁸ Cf. WALDRON 1993a: 26.

⁷⁹ Véase FEINBERG 1978.

⁸⁰ BULYGIN 1987: 83.

⁸¹ BULYGIN 1987: 83 (énfasis en el original).

A continuación me ocuparé de examinar el concepto de los derechos sociales y de los principales problemas que se le han dirigido en particular. En concreto, limitaré el objeto de análisis a la elucidación del concepto jurídico de estos con el propósito de establecer si las exigencias sociales pueden ser lógicamente consideradas como genuinos derechos subjetivos en un sistema jurídico.

3. Los derechos sociales

En 1948 la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH),⁸² en la cual se incluyó la categoría de los denominados *derechos sociales*.⁸³ Su artículo 22 establece que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». A continuación, dicho instrumento especifica que toda persona tiene, entre otros, derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar (en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios), la educación, y la participación en la vida cultural de la comunidad.⁸⁴

Desde entonces, los derechos sociales forman parte del discurso de los derechos humanos en el ámbito jurídico internacional. Este ha ido evolucionando a través de la adopción de sucesivos tratados en la comunidad internacional, y el trabajo realizado por los órganos creados por esos pactos.

Si bien la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó dos instrumentos separados para cada conjunto de derechos: el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) y el

⁸² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

⁸³ El origen de la constitucionalización de los derechos sociales es previo a 1948. Entre los principales antecedentes se encuentran la Constitución de Querétaro de 1917 y la Constitución de la República de Weimar de 1919. Véase PISARELLO 2007: 27-28. También se suele mencionar la política del *New Deal* llevada adelante por el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Franklin Delano ROOSEVELT, luego de la crisis de 1929. Véase SUNSTEIN 2004.

⁸⁴ Artículos 23 a 27 de la DUDH.

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),⁸⁵ la doctrina emanada con posterioridad de los órganos creados por los pactos ha sostenido los rasgos de interdependencia, interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, sin distinción de categorías ni importancia entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁸⁶ Con posterioridad, en las constituciones de muchos Estados se han incluido derechos con contenido social, los cuales aparecen ahora junto a los primigenios civiles y políticos.⁸⁷

La declaración de que los derechos sociales forman parte del conjunto de los derechos humanos en el plano internacional y su establecimiento jurídico en el ámbito estatal en la mayoría de las constituciones de las sociedades democráticas contemporáneas no ha alcanzado para disipar las dudas sobre su posibilidad conceptual. En reiteradas ocasiones se presentan a los derechos sociales como exigencias a prestaciones positivas, especialmente costosas y de configuración indeterminada. De ello se seguiría la objeción de que no son verdaderos derechos al ser imposible dotarlos de exigibilidad jurisdiccional. A continuación me ocuparé de examinar la plausibilidad, el alcances y los presupuestos de las principales objeciones dirigidas contra la posibilidad conceptual de los derechos sociales.

3.1. La tesis historicista de los derechos

En 1950 T.H. MARSHALL introdujo una distinción de los derechos históricamente construidos en Inglaterra, entendidos como tres elementos de la ciudadanía.⁸⁸ MARSHALL presentó una teoría de la ciudadanía compuesta

⁸⁵ Resolución 2200 A, XXI del 16 de diciembre de 1966, ambos en vigor desde 1976.

⁸⁶ Véase la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 32/130 del 16 de diciembre de 1977, y la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993). Dentro del derecho consuetudinario de los derechos humanos se encuentran las observaciones y recomendaciones generales emanadas de los comités encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados internacionales de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Estas observaciones y recomendaciones representan fuentes primarias para la interpretación de las normas de los tratados, y establecen los contenidos normativos y las obligaciones de los Estados Partes.

⁸⁷ En la mayoría de los Estados europeos su inclusión en las constituciones se gestó después de la Segunda Guerra Mundial; y en las constituciones de América Latina desde la década del sesenta. Véase, por todos, PISARELLO 2007.

⁸⁸ Véase MARSHALL 1998.

por tres partes o elementos: a) un elemento civil, caracterizado por «los derechos necesarios para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad, y a realizar contratos válidos y derecho a la justicia»; b) un elemento político, que comprende «el derecho a participar en el ejercicio del poder político, como un miembro de un cuerpo investido de autoridad política, o como elector de los miembros de ese cuerpo»; y c) un elemento social, que se refiere a «un espectro completo, desde el derecho a un nivel mínimo de seguridad y bienestar económico, hasta el derecho a compartir en plenitud la herencia social y a vivir como un individuo civilizado de acuerdo con los estándares predominantes en la sociedad».⁸⁹ Asimismo, el autor vinculó diferentes instituciones para cada elemento representativo de derechos. Para los derechos civiles, sostuvo la correspondencia de los tribunales de justicia; para los derechos políticos, los parlamentos nacionales y los municipios (ayuntamientos) locales; y para los derechos sociales, el sistema educativo y los servicios sociales.

A partir del trabajo de MARSHALL se extendió en el ámbito académico el uso de una distinción de categorías de derechos según su pertenencia generacional. La categoría de los derechos de la “primera generación” estaría formada por las libertades civiles reconocidas a las mujeres y hombres en cuanto tales. Estas se proclamaron en el siglo dieciocho junto con el surgimiento del liberalismo político con el objetivo de limitar el poder coactivo del Estado y proteger al individuo frente a la actuación estatal. Por ello se entendieron como libertades negativas, en el sentido de evitar que el Estado avance sobre la esfera privada individual, que fueron acompañadas de una igualdad jurídica (o formal) según la cual se aplicaban las mismas leyes a todos los ciudadanos y por los mismos jueces, apartándose del sistema de privilegios e impunidad estatal del antiguo régimen absolutista.

La categoría de derechos de “segunda generación” se compondría de los derechos surgidos hacia finales del siglo diecinueve cuando se produjo una ola de reformas en las constituciones de la época con el fin de incorporar los derechos reconocidos a las mujeres y hombres en tanto ciudadanas y ciudadanos. Así se sumarían los derechos políticos al sufragio y a postularse como candidato al elenco de derechos de libertad.

Los derechos sociales de la ciudadanía, representantes del elemento social, pasarían a formar la categoría de los derechos de la “tercera

⁸⁹ MARSHALL 1998: 22-23.

generación”.⁹⁰ Estos derechos son localizados históricamente en el siglo veinte.⁹¹ Este periodo se caracterizó, según MARSHALL, por un crecimiento de la ciudadanía cuyos efectos carecieron de reflejo en la disminución de la desigualdad social.⁹² De ahí que el propósito importante de estos derechos, de acuerdo con el autor, era producir «un enriquecimiento general del contenido concreto de la vida civilizada, una reducción generalizada del riesgo y la inseguridad, una igualación a todos los niveles entre los menos y más afortunados». ⁹³ En otros términos, la igualdad de estatus (más allá de la igualdad de rentas) asumiría un lugar fundamental en su análisis.⁹⁴

Operadores jurídicos de distintas partes del mundo han adoptado esta distinción generacional de derechos si bien con cierta variante. Por lo general, se hace referencia a los derechos civiles y políticos como pertenecientes a una categoría primera, y a los derechos sociales como pertenecientes a una segunda.⁹⁵ Asimismo, habitualmente invocando los estudios de MARSHALL, se ha difundido la alusión a dicha distinción generacional para fundamentar diferencias irreductibles entre ambas categorías de derechos, y consignar, en consecuencia, grados de importancia según la asignada pertenencia de los derechos a cada generación.⁹⁶ Como consecuencia, se ha levantado sobre los derechos sociales una sombra de sospecha en tanto pertenecientes a una “segunda generación” de derechos y, por consiguiente, se les atribuye menor relevancia.⁹⁷

Al respecto hay que señalar que la interpretación histórico-sociológica sobre la aparición y evolución de los derechos civiles, políticos y sociales en la forma de generaciones sucesivas ha sido impugnada desde el punto de vista

⁹⁰ Según MARSHALL 1998: 26, 31 habría una superposición considerable entre los periodos en los que aparecieron los derechos políticos y los derechos sociales.

⁹¹ Véase MARSHALL 1998: 26.

⁹² Cf. MARSHALL 1998: 26, 51.

⁹³ MARSHALL 1998: 59.

⁹⁴ Cf. MARSHALL 1998: 59.

⁹⁵ Véase SUMNER 1987: 16, y su referencia a SIEGHART 1985: Capítulo 8 respecto a esta distinción de contenidos de derechos en dos categorías diferentes.

⁹⁶ Véase KELLEY 1998: 23-29, quien afirma la distinción conceptual de los derechos de primera generación y los derechos de segunda generación, para luego sostener la relevancia sólo de la primera generación.

⁹⁷ Véase TRUJILLO 2000: 43. Véase también PRIETO 1995: 14 para una observación crítica de esta derivación.

histórico por imprecisa y parcial, basada principalmente en el desarrollo de tales derechos en Inglaterra.⁹⁸ Así también lo ha señalado Carlos BERNAL, quien recuerda que la Constitución española y, en general, las constituciones de América Latina post-dictaduras, se derivan del principio del Estado social de derecho.⁹⁹ Por ello, no sería apropiado recurrir a una «reconstrucción historicista» de una situación y un contexto particulares para fundamentar una diferenciación de categorías de derechos en la teoría general del derecho.¹⁰⁰

3.2. Los elementos de los derechos sociales

Con el uso del adjetivo “sociales” adicionado al término “derechos” se podría sostener que se hace referencia al sujeto titular del derecho, esto es, a la condición de los individuos que carecen de medios económicos insertos en una comunidad. Pero también, podría decirse que se alude al destinatario del correspondiente deber, es decir, a la sociedad en su conjunto. Por último, se podría afirmar que la calificación alude al contenido de tales derechos en sentido estricto, o sea, a las exigencias socioeconómicas que pretenden satisfacer. La propia indagación de estos tres elementos (el sujeto titular del derecho, el sujeto obligado, y el objeto o contenido) parte de una noción concreta de derecho subjetivo. Se trata, como examiné en el punto 2, de la noción de derecho subjetivo entendido como correlato de una obligación (*claim-right*). En lo que sigue asumiré este sentido de derecho a los fines de examinar la plausibilidad de su aplicación respecto de las exigencias sociales.¹⁰¹

⁹⁸ Véase BOTTOMORE 1998: 85-137 sobre la apreciación de que el estudio de MARSHALL consistiría en un enfoque sociológico desarrollado en el contexto británico.

⁹⁹ Cf. BERNAL 2005: 108. Véase una crítica a la percepción histórica en PISARELLO 2007: 19-36.

¹⁰⁰ Véase BERNAL 2005: 108, en respuesta a ATRIA 2005: 52, quien niega la posibilidad conceptual de caracterizar a las exigencias sociales como derechos subjetivos con base en su construcción socialista del contenido de aquellas. Véase también que LAPORTA 2004: 302-304 advierte sobre los equívocos en que se incurre a partir de la concepción historicista y generacional de los derechos.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, en ARANGO 2005: Capítulos 1 y 2 una caracterización de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos auténticos.

3.2.1. Los sujetos titulares

El titular de un derecho social es una persona que exige el reconocimiento de un interés individual.¹⁰² Su recepción jurídica a nivel estatal se circunscribe a los miembros que los sistemas jurídicos reconocen como titulares. Por lo general, se asignan a personas que se encuentran en una determinada situación. Por ejemplo, los derechos sociales del trabajo a quienes se encuentran en una cierta disposición laboral. O el derecho social a la vivienda, a quienes carecen de los medios para dotarse de una. Esto equivale a decir que no todos los seres humanos pueden exigir el seguro de desempleo en caso de encontrarse sin trabajo o beneficiarse con un préstamo estatal para la adquisición de una casa si carecen de una. En ambos casos, dependerá de que se satisfagan ciertas condiciones establecidas para ser beneficiario y disfrutar del derecho en un sistema jurídico concreto al que se pertenece.

En primer lugar, esta condicionalidad de los titulares de los derechos sociales se ha contrapuesto a la característica de universalidad de los genuinos derechos, de lo que se concluye que la falta de universalidad de los derechos sociales los excluye de formar parte del conjunto de los derechos humanos. Por ejemplo, Maurice CRANSTON deriva de una noción de derechos humanos válidos para todas las personas en todo tiempo y lugar, que las exigencias sociales no son derechos humanos porque no satisfacen esa característica.¹⁰³ Según este autor, las exigencias sociales serían derechos morales de cualquier persona que se encuentre en una situación particular, como ocurriría con el derecho a vacaciones pagas porque sería un derecho, en palabras de CRANSTON, «necesariamente limitado [...] a la clase trabajadora. Desde que no todos pertenecen a esta clase, el derecho no puede ser un derecho universal.»¹⁰⁴

Francisco LAPORTA, entre otros, ha denunciado que el malentendido en torno a la idea de universalidad respecto de los derechos sociales se debe a una confusión entre el sujeto de la norma y su condición de aplicación.¹⁰⁵ Asimismo, Liborio HIERRO ha contribuido a clarificar el alcance del rasgo de universalidad de los derechos humanos, al sostener que:

¹⁰² Véase el punto 2.2 de este Capítulo respecto de la teoría del interés.

¹⁰³ Cf. CRANSTON 1967: 49-51.

¹⁰⁴ CRANSTON 1967: 51. Véase también CRANSTON 1973.

¹⁰⁵ LAPORTA 2004: 304, nota 15.

«el que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su disfrute dependa de una cierta configuración ocasional, no es óbice a su pretendida universalidad. En todo caso, no es una característica exclusiva de los derechos económico-sociales el que se trate de derechos que se predicen del ser-humano-que-trabaja o del ser-humano-que-carece o dicho de otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia.»¹⁰⁶

Es correcto sostener que los derechos sociales comparten el rasgo de universalidad que se predica del resto de los derechos humanos, en el sentido de que se sostienen respecto de todas las personas, con independencia de su género, etnia, religión, ideales políticos, o cualquier otro estatus que posibilite algún tipo de discriminación arbitraria. Este rasgo de universalidad no obsta, sin embargo, a que su ejercicio sea condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, que tiene el efecto de limitar el alcance de los beneficiarios.

En segundo lugar, se ha afirmado que el empleo del término “derechos” para calificar exigencias de la sociedad, y no intereses individuales, causa perplejidad.¹⁰⁷ Se pretende dar cuenta así de una supuesta contraposición entre intereses *individuales* y exigencias *colectivas*. Según Fernando ATRIA, por ejemplo, los primeros capturarían los ideales individualistas que impulsaron el desarrollo del capitalismo, mientras que las segundas aprehenderían los valores igualitaristas, que empujan hacia la formación de un sistema socialista.¹⁰⁸ En este sentido, ATRIA resalta la naturaleza política de las expectativas sociales, poniendo en duda su carácter de derechos

¹⁰⁶ HIERRO 2007: 177. Véase también FABRE 2000c: 26-27.

¹⁰⁷ Cf. ATRIA 2005.

¹⁰⁸ Véase ATRIA 2005: 38-40.

subjetivos, por considerarlas no susceptibles de exigibilidad.¹⁰⁹ Algunos, incluso, afirman que la incorporación de derechos sociales a las constituciones tendría un efecto negativo (y hasta peligroso) para los primigenios derechos civiles y políticos, pues debilitaría la fuerza efectiva de estos derechos realmente significativos, que nos importan a todos, al ser los sociales ajenos al discurso de los derechos. MULGAN, por ejemplo, manifiesta un cierto temor por el riesgo para la fuerza de los reclamos civiles y políticos de una expansión desmedida del fenómeno de la protección jurídica a las exigencias sociales.¹¹⁰ Según el autor, debería reservarse la noción de *derechos humanos* «para demandas realmente cruciales y fundamentales, y no para cualquier tipo de exigencia» porque el lenguaje moral tendería a perder su valor.¹¹¹

No parece adecuado interpretar a las exigencias sociales como colectivas y luego contraponerlas a los intereses individuales. Las expectativas que representan los derechos sociales son también demandas de intereses individuales, *i.e.* su titularidad recae sobre un individuo, aún cuando se trata, por ejemplo, del derecho a sindicación o a negociación colectiva, que son derechos individuales de ejercicio colectivo, o el derecho a huelga, que se ejerce tanto individualmente como de forma colectiva.¹¹² Una distinción plausible en cuanto a la titularidad de los derechos estaría dada por

¹⁰⁹ Véase que ATRIA 2005: 32 distingue entre una concepción “liberal” y una concepción “socialista” del significado político de los derechos sociales, la cual se reflejaría de manera inevitable «en el sentido jurídico del adjetivo» (ATRIA 2005: 38). Según ATRIA 2005: 20 y nota 13 los derechos de “primera” generación pueden ser concebidos como derechos naturales porque su justificación normativa no hace referencia a ninguna forma de asociación entre individuos, sino que cumplirían la función de justificar la existencia del Estado. Por su parte PINTORE se refiere al «error de elevar a solución teórica una particular situación histórica» en referencia a las exigencias sociales (PINTORE 2001: 250). Si esta crítica es acertada, la misma debería afirmarse también respecto de las exigencias liberales y su establecimiento jurídico como derechos subjetivos.

¹¹⁰ MULGAN 1968. En el mismo sentido véanse, entre otros, CRANSTON 1967: 51-52; SUMNER 1987: 8-9, 15-16; WALDRON 1988: 63; GLENDON 1991; LYONS 1994: 6; RUBIO 1997: XVI. También LAPORTA advierte que «cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencia, y cuánto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifique adecuadamente» (LAPORTA 1987: 23); y ZIMMERLING afirma que la «tendencia a la extensión abusiva del discurso de derechos humanos es contraproducente y hasta moralmente peligrosa». (ZIMMERLING 2004: 89).

¹¹¹ MULGAN 1968: 20.

¹¹² La distinción conceptual entre titularidad y ejercicio de un derecho es una distinción habitual elaborada por la doctrina civilista en relación con los derechos civiles.

la referencia, de una parte, a los derechos individuales (civiles, políticos y sociales), y de la otra parte, a los derechos colectivos (*i.e.*, de titularidad colectiva), o derechos de los pueblos, o de las minorías. Estos últimos se caracterizan por reclamaciones que se plantean en términos de derechos de los grupos en sí mismos, como por ejemplo los derechos de las comunidades indígenas, o los derechos de los pueblos a la libre determinación, entre otros.¹¹³

Pero además caracterizar a los derechos sociales como encarnando las exigencias de una teoría de la justicia singular (por ejemplo, las demandas colectivas del socialismo, como vimos que hace ATRIA)¹¹⁴ importa no considerar que la cuestión acerca del concepto jurídico de los derechos sociales puede ser distinguida de la cuestión de su justificación política y moral.¹¹⁵ Mientras que la primera es esencialmente una tarea de reconstrucción conceptual, la segunda involucra el desarrollo de argumentos normativos. Por lo demás, la pregunta por el fundamento del deber de incorporar los derechos sociales en los sistemas jurídicos y los mecanismos de tutela que deberían respaldarlos, presupone la clarificación previa de su concepto. Por las mismas razones, si bien coincido con las observaciones generales relativas a la necesidad de limitar las exigencias establecidas como derechos para preservar su fuerza jurídica (no todas las exigencias morales pueden ser justificadas como derechos), considero equivocado el argumento de la exclusión *a priori* de las exigencias sociales de su caracterización como derechos fundamentales por cuestiones normativas. Asimismo, sería erróneo

¹¹³ Para un análisis de los problemas en torno al concepto de los derechos colectivos, véanse COMANDUCCI 1995; TORBISCO 2000: 52-101; CRUZ PARCERO 2007: 101-126.

¹¹⁴ Véanse también BERNAL 2005: 105 donde sostiene que «para entender el concepto y alcance de los derechos sociales es indispensable tener presente su fundamento filosófico-político e ideológico»; y GROSMAN 2008: 17-36. En contra, véase GAVISON 2003: 24-40.

¹¹⁵ Nótese que para algunos la idea de derecho subjetivo debería entenderse como un «concepto esencialmente controvertido», esto es, un concepto evaluativo relativo a un bien complejo que puede recibir diversas descripciones alternativas y en competencia (sobre esta locución, introducida por GALLIE 1956, véase IGLESIAS 2000: 79-91; MORESO 2000a; ORUNESU 2012: 56-63). Si se adoptara esta interpretación de los derechos subjetivos, la cuestión conceptual y la cuestión normativa no podrían distinguirse. Ofrecer una caracterización del término “derecho” como concepto esencialmente controvertido supondría desarrollar una teoría o concepción acerca del valor o importancia de ese bien o, en otras palabras, de su dimensión justificatoria. Véase en CELANO 2002 un estudio sobre las principales aportaciones teóricas en materia de los derechos subjetivos, y cómo ha ido cambiando el ámbito y el modo en que se discute sobre esta cuestión en la literatura teórica y filosófica-jurídica anglosajona contemporánea.

afirmar la superioridad de las exigencias civiles y políticas respecto de las exigencias sociales derivada de una prioridad temporal contingente. Lo que debería discutirse son los fundamentos político-morales por los cuales se afirma que las exigencias sociales no son demandas suficientemente cruciales como las que se desprenden de los derechos civiles y políticos.¹¹⁶

3.2.2. *Los sujetos obligados*

Como sujeto obligado con relación a la satisfacción de los derechos sociales se suele señalar al Estado¹¹⁷ el que, a través de la recaudación de fondos por distintas vías, debe proveer de los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales. Se requiere que el poder legislativo (y la administración en lo que le corresponda) adopte medidas consistentes en la promulgación y regulación de normas que pongan a disposición de los individuos ciertos recursos o la satisfacción de algún resultado.

Además, y según cómo estén regulados los derechos sociales en los distintos ordenamientos jurídicos, pueden ser también sujetos obligados los terceros, *i.e.*, actores particulares o privados (tales como las corporaciones, o los individuos en su calidad de empleadores, terratenientes, etcétera, que la doctrina de los derechos humanos denomina como *efecto horizontal* de los derechos).¹¹⁸ Tal es el caso de los derechos laborales, por ejemplo, en los sistemas jurídicos en los que los empleadores están a cargo del cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por el derecho laboral de ese

¹¹⁶ A partir del Capítulo 3 me ocuparé de la discusión normativa de los derechos sociales.

¹¹⁷ Entiendo Estado en sentido amplio, como conjunto de instituciones que poseen la autoridad para establecer las normas que regulan una sociedad, así como el conjunto de agencias públicas que poseen la competencia para la administración de las cuestiones públicas, ya sean nacionales, provinciales o regionales, y municipales.

¹¹⁸ La Constitución de Sudáfrica de 1996 establece que las entidades privadas, bajo ciertas circunstancias, pueden ser sujetos pasivos de los derechos contenidos en dicha Constitución (Sección 8.2). Véase FABRE 2000c: 55-57, para quien dada la importancia fundamental de la provisión de los recursos para los individuos y estando estos vinculados por cierta relación especial con ciertos actores privados, sería arbitrario no sujetar con el mismo deber a cualquier institución o particular que se encuentren en posición efectiva de proveer con recursos a quienes están vinculados por tal relación. Sobre el efecto horizontal de los derechos constitucionales, véase GARDBAUM 2003-2004. Sobre los actores no-estatales como posibles transgresores de los derechos humanos, véase CLAPHAM 2006. Véase PIETERSE 2007 y 2009 sobre la necesidad de desarrollar una teoría de la aplicación horizontal de los derechos sociales que asigne obligaciones jurídicas dentro de las relaciones entre particulares. Véanse también LAPORTA 2004: 314-315; y LIEBENBERG 2008 sobre el efecto horizontal de los derechos sociales.

sistema. En todo caso, es el Estado el sujeto obligado en primera instancia al dictado de las normas que satisfagan las exigencias sociales, ya sea que esa satisfacción la asuma el propio Estado, o la imponga en terceros particulares.

Sin desmerecer la importancia de señalar específicamente a los actores privados como obligados de los derechos sociales, creo que es pertinente realizar algunas precisiones. El carácter de particulares directamente obligados a la satisfacción de los derechos sociales no puede ser sino derivativo de una determinada regulación del Estado que, destinado a resolver cuestiones sociales de cooperación y de coordinación, diseña y regula las relaciones sociales entre sus miembros de diferentes maneras. El Estado podría optar por asumir por entero la provisión de las prestaciones que los derechos sociales tienen por objeto satisfacer, o designar jurídicamente a otros que se encuentran respecto de los titulares de los derechos en una relación especial como sujetos obligados a tal provisión, por razones de asignación efectiva de responsabilidad.¹¹⁹ Cuando, por ejemplo, el empleador está obligado a pagar un sueldo mínimo fijado por ley a sus empleados, o debe proveer a la cobertura de un seguro de salud, es el Estado el que, en su carácter de sujeto obligado a la satisfacción de los derechos sociales delega parte de su tarea a los terceros, correspondiendo al Estado el deber de velar por ese cumplimiento. Sin embargo, es el Estado el sujeto responsable del establecimiento y satisfacción de los derechos sociales: tiene el deber de dictar las leyes que establecen, regulan y garantizan los derechos sociales (sea que asuma tal tarea, que la delegue en otros, o ambas), y administrar los recursos públicos.

3.2.2. El contenido

El contenido de un derecho se refiere a aquello a lo que se tiene derecho.¹²⁰ El contenido socioeconómico de ciertos derechos habilitaría caracterizarlos como pertenecientes a la categoría de los derechos sociales.¹²¹ No obstante, esta denominación por su referencia a la sustancia no estaría exenta de imprecisión. Según Henry SHUE sería un error trazar una simple distinción entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos sociales y económicos por el otro, en tanto que «algunos derechos no parecen ser ni

¹¹⁹ Por ejemplo, véase BILCHITZ 2008: 92.

¹²⁰ Cf. SUMNER 1987: 11.

¹²¹ Cf. PRIETO 1995: 14-15.

políticos ni económicos en ningún sentido estricto». ¹²² Sin embargo, el uso de la denominación de derechos sociales en referencia a su contenido es suficientemente amplio como para formar parte de la convención lingüística que los identifica como tales tanto a nivel nacional como internacional. ¹²³ En este sentido, es común interpretar que con el uso del término “sociales” se hace alusión a un conjunto de derechos caracterizado por su contenido económico y social. Dentro del mismo suelen incluirse los derechos a la educación fundamental, a un sustento mínimo, a la atención médica primaria, al acceso a una vivienda básica, y a los derechos laborales. A su vez, el subconjunto de los derechos laborales comprende, entre otros, los derechos al seguro de desempleo, seguro social, vacaciones periódicas pagas, retribución justa, igual remuneración por igual trabajo, jornada limitada, libertad sindical, derecho de huelga, provisión de pensiones de jubilación, seguro de invalidez, y pensiones de viudedad y orfandad, entre otros.

Es interesante destacar que la clase de los derechos sociales, como se desprende de la previa enunciación, es compleja y variable, y que en su interior se incluyen derechos que no comparten un único set de rasgos comunes. Por ejemplo, es habitual destacar como *la* característica exclusiva de los derechos sociales que se trata de derechos que imponen sobre el Estado obligaciones de proveer recursos para su satisfacción. Si bien algunos de los derechos sociales pueden ser caracterizados primariamente bajo esa forma, como el derecho al cuidado médico o el derecho a la vivienda, otros derechos sociales no tienen ese rasgo en absoluto, como el derecho a la libertad sindical o el derecho a huelga, sino que imponen un deber negativo de no intervención. Además hay derechos sociales que comprenden exigencias de abstención y prestación positiva por igual, como el derecho a la educación, que incluye la libertad de enseñanza y el derecho a la provisión de una enseñanza gratuita. Y también, hay algunos derechos sociales que son concebidos e institucionalizados de manera que los recursos necesarios para su provisión son generados mediante aportes continuos de los propios

¹²² SHUE 1996: 7.

¹²³ En cuanto a la denominación de “derechos sociales”, algunos atribuyen el uso de esta expresión al ámbito de la filosofía jurídica, de la filosofía política y del derecho constitucional (véase PISARELLO 2007: 11, nota 1). En la literatura sobre estos derechos existen leves variaciones entre las designaciones. Por ejemplo, algunos se refieren a los “derechos económicos” (HERTEL y MINKLER 2007), otros los denominan “derechos de bienestar” (WELLMAN 1982; GOLDING 1984), e incluso “derechos socioeconómicos” (DIXON 2007; WALDRON 2010a).

beneficiarios, como el seguro de desempleo, o las pensiones de jubilación. Por ello, conviene distinguir, a la hora de dirigir las críticas, si se refieren a la clase de los derechos sociales, o si tienen por objeto impugnar ciertos derechos sociales concretos.

La formulación abstracta de los derechos sociales, como se enuncia en las constituciones nacionales, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en otros textos legales, es ampliamente aceptada, pero suficientemente vaga, al punto que para L.W. SUMNER se compromete «su poder para confirmar o rechazar exigencias más específicas».¹²⁴ Esta sería una razón para que algunos intérpretes les nieguen el carácter de derechos o clausuren la posibilidad de su eficacia al conjunto de los derechos sociales.

En efecto, se ha sostenido que los derechos sociales no serían genuinos derechos por su alto grado de generalidad, puesto que se enuncian mediante conceptos indeterminados. La cuestión de la indeterminación de los enunciados sobre derechos, no sólo respecto de los derechos sociales, de hecho, representa una preocupación sensata en un Estado de derecho. Y ello, como también se ha sostenido, afectaría en especial la formulación de los enunciados sobre derechos fundamentales establecidos en las constituciones democráticas contemporáneas, dada la técnica lingüística adoptada, e incluso defendida.¹²⁵ Al respecto, se ha desarrollado una extensa literatura sobre la cuestión de la indeterminación de los enunciados sobre derechos constitucionales y el problema de la interpretación de los mismos.¹²⁶ Teniendo esto en cuenta, a la hora de destacar los inconvenientes derivados de la generalidad e indeterminación de los enunciados constitucionales sobre derechos sociales como razón para excluirlos del estatus de los verdaderos derechos, parecería

¹²⁴ SUMNER 1987: 5.

¹²⁵ Así, un grado de indeterminación en los enunciados sobre derechos constitucionales parece ser un requisito necesario para alcanzar un acuerdo entre representantes políticos con ideologías políticas discrepantes. Véanse, por ejemplo, WALDRON 1994: 540; SUMNER 1987: 6; PINTORE 2001: 261-262. El mismo argumento se sostiene en defensa de la indeterminación de las disposiciones recogidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, imprescindible para asegurar la adhesión de Estados con sistemas y tradiciones políticas divergentes. Asimismo, se defiende que un grado de indeterminación es necesario también para permitir que la constitución de un Estado evolucione junto con el paso del tiempo y no se vuelva obsoleta, y en consecuencia, irrelevante. Véase FERRERES 2000. En cambio, véase que KELSEN 1988: 142-143, 1995: 33-34, por ejemplo, postulaba una redacción en términos precisos de las disposiciones sobre derechos fundamentales.

¹²⁶ Véanse, entre otros, BAYÓN 2000b; IGLESIAS 2000, 2007; ORUNESU 2012.

más acertado reconocer que la dificultad que presenta la falta de determinación de las disposiciones constitucionales afecta a todos los derechos fundamentales.¹²⁷ Es más, sería todavía más sensato reconocer que las normas jurídicas muchas veces se expresan mediante términos carentes de determinación.¹²⁸ Por ello, sería un error considerar que la indeterminación del contenido es un atributo propio de los derechos sociales en un modo tal que impide incluirlos en la categoría propia de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se podría insistir que hay una diferencia específica en la indeterminación que afecta a los derechos sociales, de mayor gravedad que la que caracteriza a los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, para BERNAL tal disparidad estaría en la manera en que se determina el objeto de los derechos sociales en tanto una obligación de hacer a cargo del Estado, y en el modo en que se especifica cuándo se concreta la violación de estos derechos. Así, BERNAL afirma que respecto de 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.»¹²⁹

Esta contraposición entre los derechos sociales y los derechos de libertad según la intensidad de la indeterminación de sus enunciados no parece correcta.¹³⁰ Se basa en una presuposición según la cual basta la simple proclamación de los derechos de libertad para que estos ofrezcan una guía más o menos clara de los comportamientos que el derecho prohíbe realizar. Por lo tanto, se asume que el desarrollo institucional posterior de tales

¹²⁷ Véase BERNAL 2003: Capítulo 1, donde sostiene que todas las disposiciones sobre derechos constitucionales son indeterminadas, en tanto no establecen claramente el conjunto de las obligaciones, las prohibiciones, los permisos y las competencias que se siguen de ellas.

¹²⁸ Cf. ORUNESU 2012: 62.

¹²⁹ BERNAL 2005: 116.

¹³⁰ Véanse HOLMES y SUNSTEIN 1999: 31; HIERRO 2007: 183-187.

derechos no agregaría un tipo de certeza tal que pudiera modificar las obligaciones de abstención ya contenidas en estos derechos. Se sigue de esta posición que los derechos de libertad serían más claros o más reales. Pero esa presuposición es falsa. Decir que lo contrario a un derecho de libertad negativo es cualquier tipo de conducta, dado que su contenido exige una abstención, todavía no determina cuáles son los comportamientos debidos que se correlacionan al derecho. La respuesta no puede ser que un derecho de libertad se correlaciona con un deber de abstención de “todos los comportamientos, cualquiera que sea”.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión. Podría decirse que, en términos generales, se correlaciona con la prohibición de interferir en la manifestación de opiniones de cualquier persona; es decir, que es obligatorio no censurar. ¿Cómo podría determinarse cuándo el Estado incumple su obligación de no censurar cuando no se ha establecido con certeza que conductas particulares quedan protegidas por el derecho a la libertad de expresión? ¿Se sigue de tal derecho que está permitido exteriorizar cualquier parecer? ¿Significa que cualquier tipo de comportamiento censor está prohibido cualquiera sea el juicio que se desee expresar? ¿Prender fuego un símbolo nacional en una plaza pública es una instancia del ejercicio de tal libertad? ¿Qué un grupo de personas manifieste su disconformidad con el sistema político mediante reuniones públicas y cortes de rutas que obstaculizan el tránsito vehicular ¿está amparado por el derecho a la libertad de reunión y manifestación? Y así sucesivamente. Lo mencionado es suficiente para mostrar las dificultades que surgen a la hora de determinar el tipo y alcance de las obligaciones que se siguen de los derechos de libertad.

Supongamos por la otra parte el derecho social a una vivienda. Podría decirse que se correlaciona con la obligación a una prestación positiva consistente en que se facilite el acceso a los medios necesarios para acceder a una vivienda a quien carece de ella. ¿Ello quiere decir que el Estado tiene la obligación de proveer un hogar en condiciones adecuadas de salubridad a cada individuo o grupo familiar que carece de vivienda? ¿O que tiene la obligación de destinar fondos para implementar políticas asistenciales (como planes de vivienda social) para paliar los problemas habitacionales de las personas sin recursos? ¿Se satisface la obligación del Estado con el otorgamiento de créditos para la vivienda accesibles para las personas económicamente carenciadas? Así formulado el derecho a la vivienda, no podría sostenerse que se sigue del mismo un deber determinado, esto es, que

de su enunciado cabe derivar los comportamientos concretos debidos como correlato de tal derecho. Pero ¿por qué es indeterminado de manera tanto más gravosa en este caso que en el caso del derecho a la libertad de expresión? La determinación de las específicas conductas debidas que se siguen a la promulgación de cualquier derecho fundamental requieren de desarrollos institucionales posteriores. Ciertamente, pero este no es un rasgo cuya diferente intensidad caracteriza de manera peculiar a los derechos sociales.

En particular, pese a la dificultad que la indeterminación de los enunciados sobre derechos sociales representa, es posible esclarecer el significado del derecho abstracto mediante el estudio de las implicaciones a que daría lugar la realización de cada uno de estos derechos en el contexto de un sistema jurídico determinado. No debe olvidarse que de este modo se va desarrollando el contenido de cada uno de los derechos civiles y políticos en cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, cuando en Estados Unidos se adoptó la Primera Enmienda para incorporar a la Constitución el derecho a la libertad de expresión, como nos recuerdan HOLMES y SUNSTEIN, «unos cuantos de sus “padres fundadores” [*framers*] tenían una idea particularmente radical de la libertad de expresión».¹³¹ Y si bien en el presente, se discute sobre las creencias particulares de los primeros constituyentes, se reconoce que la concepción actual de la libertad de expresión es mucho más amplia que la que sus autores originales sostuvieron en su día.¹³² Así, de acuerdo con HOLMES y SUNSTEIN, «el significado de la libertad de expresión en Estados Unidos comenzó a evolucionar en 1790s y se ha ido desarrollando desde entonces».¹³³ Más de doscientos años han transcurrido desde su creación constitucional, y a pesar de todo ese tiempo, no podría decirse que el contenido del derecho a la libertad de expresión está finalmente determinado en el sistema jurídico norteamericano.¹³⁴

¹³¹ HOLMES y SUNSTEIN 1999: 110.

¹³² Véase HOLMES y SUNSTEIN 1999: 110, con referencia a LEVY 1988.

¹³³ HOLMES y SUNSTEIN 1999: 110.

¹³⁴ Por ejemplo, en *Citizens United v Federal Election Commission* (130 S. Ct. 876, 2010), la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha ampliado el derecho a la libertad de expresión a las personas jurídicas y, por lo tanto, las ha habilitado a aportar dinero para la elección de un candidato político. De tal modo, la Corte invalidó una ley de más de cien años que prohibía a las corporaciones gastar importantes sumas de dinero para apoyar a un candidato presidencial. Sobre la evolución del contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, véanse entre otros SCANLON 1972; y ELY 1980: 105-116.

Dado que los derechos sociales han sido incorporados a la mayoría de las constituciones sólo hace algo más de cincuenta años, cabe suponer que este aspecto también se irá desarrollando cada vez más con el transcurso del tiempo. En efecto, se puede observar un notable progreso en este sentido desde los últimos años.¹³⁵ En la actualidad, es habitual entender que cada uno de los derechos sociales abstractos se correlaciona con deberes de mayor precisión. Por ejemplo, piénsese en el derecho a la atención médica primaria, que en el presente se interpreta como correlacionado con:

- a) el deber a la asistencia sanitaria primaria: el cual, a su vez, comprendería, por una parte, el deber de que se adopten medidas y controles de prevención y medioambientales; por la otra parte, el deber de que se suministren determinados bienes y servicios médicos (como por ejemplo el acceso a un médico clínico, la provisión de medicamentos básicos, los tratamientos adecuados para las enfermedades y daños corrientes, la inmunización contra las principales enfermedades infecto-contagiosas, y el suministro de agua potable);
- b) el deber de suministro gratuito del tratamiento médico primario a quienes carecen de medios para ello;
- c) un conjunto de deberes procesales a la hora de proveer la asistencia o el cuidado médico, como por ejemplo el deber de confidencialidad del facultativo respecto del informe médico, el deber de permitir el acceso a la propia historia clínica, el deber de proporcionar las explicaciones de por qué se suministra o se descarta una medicación o un tratamiento médico específico, o el deber de requerir el consentimiento previo al suministro de ciertos tratamientos médicos.¹³⁶

¹³⁵ Es de gran utilidad examinar los diversos documentos e instrumentos de derechos humanos que, desde hace tiempo, los diversos órganos jerárquicos internacionales vienen desarrollando, de manera de contribuir con la interpretación de los contenidos de los distintos derechos sociales. Véanse, por ejemplo, los estudios sobre el alcance del derecho a la salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), o los pronunciamientos relativos a la especificación del contenido de los derechos laborales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹³⁶ Véanse, entre otros, DANIELS 1981: 174-179, 1985: 5-9; MONTGOMERY 1992; BRAZIER 1993; FABRE 2000c: 37-39; DE LORA 2004: 882; GRUSKIN, GRODIN, MARKS 2005; ARIZA 2006.

En un sentido similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), por ejemplo, ha resuelto que respecto del derecho a la salud el marco normativo tanto nacional como supranacional permite establecer «un catálogo de derechos mínimos específicos» respecto de las personas que sufren trastornos mentales.¹³⁷ Entre ellos, la CSJN señala los siguientes:

«a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o egreso del paciente, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, y k) derecho a no ser discriminado por su condición».¹³⁸

En este trabajo, no haré una caracterización detallada del contenido de cada uno de los derechos sociales y sus correlativos deberes,¹³⁹ sino que me valdré de ejemplos para mostrar los problemas generales.¹⁴⁰ Esto es, utilizaré algunos derechos sociales en particular para ilustrar casos (*tokens*) de una teoría más general de los derechos sociales (*type*). Así, lo que es fundamental sobre el contenido o la sustancia de los derechos sociales, y es objeto de esta

¹³⁷ *R., M.J. s/insania*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Jurisprudencia Argentina* (J.A.) 2008-II-113, 19/2/2008: fundamento jurídico 9.

¹³⁸ Véase fundamento jurídico 9, en *R., M.J.*, J.A. 2008-II-113, 19/2/2008.

¹³⁹ Véanse, entre otros, los análisis de particulares derechos sociales de MONTGOMERY 1992; LONBAY 1992; BRAZIER 1993; PISARELLO 2003; SALGUERO 2004.

¹⁴⁰ PRIETO 1995: 13.

parte del trabajo (y que me servirá para discutir otras cuestiones en lo que resta), es si el contenido socioeconómico de estos derechos tiene alguna característica peculiar que fundamentaría su exclusión de la categoría genérica de los derechos fundamentales. Con este objetivo, he examinado los rasgos generales que se atribuyen a los derechos humanos, y he mostrado que los derechos sociales los comparten con los derechos civiles y políticos en grados similares, por lo que estaría justificado sostener respecto de tales rasgos que los derechos sociales se asemejan a los demás derechos fundamentales.

Sin embargo, queda todavía por examinar las que considero son dos objeciones especialmente críticas respecto de las exigencias sociales que apuntan a características que no estarían presentes en los derechos civiles y políticos (o que estarían pero en un grado significativamente menor). Se sostiene que dadas esas diferencias irreductibles entre ambas categorías, no se debería considerar a los derechos sociales como integrando la misma clase conceptual de los genuinos derechos civiles y políticos, como tampoco correspondería otorgarles, también por cuestiones conceptuales, el mismo tipo de protección institucional. Se trata, por un lado, de la objeción de que los derechos sociales imponen deberes positivos, a diferencia de los derechos civiles y políticos, que se correlacionan con deberes negativos. Se esgrime, por el otro lado, la objeción de la naturaleza insaciable de los derechos sociales, según la cual el incluirlos en los ordenamientos jurídicos llevaría al Estado a una situación de permanente violación de los mismos.

4. Derechos a abstenciones y derechos a prestaciones positivas

La antes mencionada distinción entre derechos de primera y derechos de segunda generación ha sido fundamentada sobre la diferenciación entre derechos a abstenciones y derechos a prestaciones positivas. Se sostiene así que la primera generación de derechos (civiles y políticos) estaría conformada por derechos contra el Estado de no interferencia, a los que se ha considerado típicamente como derechos “negativos”. En oposición, habría aparecido la segunda generación compuesta por derechos (de contenido social y económico) a la provisión estatal de algún bien o servicio, y por ello, se los señala típicamente como derechos “positivos”.

Es interesante observar que el calificativo de “positivo” respecto de un derecho es ambiguo. Por un lado, puede referirse a un derecho incorporado por la autoridad humana a través de la legislación (ordinaria o

constitucional) en un determinado orden jurídico (“positivizado”). Esto es, interpretado como promulgado efectivamente en tanto derecho jurídico —para algunos, también debe ser ejecutable— en un cierto sistema jurídico y, por lo tanto, opuesto a un derecho moral.¹⁴¹ En tales términos, decir que alguien tiene un derecho positivo significa que hay algún sistema jurídico que se lo confiere, e igualmente, decir que alguien tiene un derecho moral significa que hay algún sistema moral que se lo concede.¹⁴² Por el otro lado, a partir de la incorporación de los derechos sociales a los textos legales, se ha extendido el debate en torno a los “derechos positivos” como encarnando exigencias correlacionadas con deberes de hacer, o de dar (bienes o servicios). Cuando habitualmente se discute el problema de considerar como derechos subjetivos a las exigencias sociales y económicas se hace referencia a este segundo sentido de derecho positivo, en tanto correlacionado con deberes de provisión, que a continuación pasaré a examinar.

La distinción entre derechos positivos y derechos negativos ha sido caracterizada por Charles FRIED en los siguientes términos: «un derecho positivo es una pretensión a algo [...] mientras un derecho negativo es un derecho a que algo no se le haga a uno, que alguna imposición particular sea interrumpida».¹⁴³ Esta distinción es utilizada entonces para caracterizar a los deberes de abstención que se seguirían de los derechos civiles y políticos, en el primer caso, y a los deberes de prestación positiva que se seguirían de los derechos sociales y económicos, en el segundo.¹⁴⁴ Por ejemplo, Will KYMLICKA y Wayne NORMAN sostienen que «las constituciones democráticas han protegido tradicionalmente los derechos civiles y políticos (*e.g.* libertad

¹⁴¹ Véase el punto 2.3 de este Capítulo.

¹⁴² Sin embargo, para algunos autores como Jeremy BENTHAM, por ejemplo, los únicos derechos de los que cabe hablar con sentido son los derechos positivos. Según este autor «los derechos naturales e imprescriptibles son un disparate retórico, —un sinsentido monumental [*nonsense upon stilts*]» (BENTHAM 1970: 32). Con el mismo énfasis, respecto ahora del derecho natural a la propiedad, BENTHAM señaló que no existe tal cosa como la propiedad “natural”, sino que la propiedad es creada por el sistema jurídico. Según el autor sólo mediante la intervención de un sistema jurídico es posible garantizar lo que se entiende por propiedad (*i.e.*, ser capaz de retener, usar, vender o regalar los objetos). Bajo esta interpretación, todos los derechos jurídicos son, tautológicamente, positivos. Véanse también KLIEMT 1993; y HOLMES y SUNSTEIN 1999.

¹⁴³ FRIED 1978: 110.

¹⁴⁴ En el presente trabajo empleo los términos “deber” y “obligación” indistintamente para referirme a las obligaciones jurídicas. Sin embargo, véase KELSEN 1998: 131-133 quien distingue entre obligación jurídica y deber moral. Véanse también BRANDT 1964; y WHITE 1984: Capítulos 3 y 4.

de expresión y asociación, libertad de voto). Se trata de “derechos negativos”, en el sentido de que le prohíben al Estado hacerle *a usted* ciertas cosas.»¹⁴⁵ Según esta postura las obligaciones negativas que se seguirían de los derechos civiles y políticos se agotarían en un *no hacer* de parte del Estado y de los particulares, bastando limitar su actividad, *i.e.*, prohibiéndoles su actuación en algunas áreas.¹⁴⁶ Por el contrario, los derechos sociales son caracterizados como requerimientos que imponen sobre el Estado obligaciones *a hacer*, *i.e.*, obligaciones de proveer prestaciones positivas, con lo cual se requiere que el Estado necesariamente destine recursos públicos para satisfacerlos.¹⁴⁷

La distinción entre derechos civiles y políticos como derechos correlacionados a deberes negativos por un lado, y derechos sociales como derechos correlacionados a deberes positivos por el otro lado, ha generado un intenso debate desde diferentes perspectivas.¹⁴⁸ A continuación analizaré dos posiciones cuya clarificación estimo importante para valorar la distinción conceptual entre derechos negativos y derechos positivos.

4.1. El carácter negativo o positivo de los derechos

En primer lugar, hay que señalar que la clasificación entre derechos negativos y derechos positivos, en tanto que asigna rígidamente un carácter “negativo” o de abstención al conjunto de los derechos civiles y políticos, y un carácter “positivo” o de provisión al conjunto de los derechos sociales, no se corresponde con los contenidos de los derechos comprendidos en cada categoría.¹⁴⁹ En cada una de estas clases encontramos derechos que, si este fuera el criterio de pertenencia, deberían asignarse a la otra, e incluso derechos que no quedarían comprendidos claramente en ninguna. Por ejemplo, el derecho social a la libertad sindical debería considerarse, según dicho criterio, dentro de la categoría de los derechos civiles y políticos. Inversamente, el derecho político al voto tendría que incluirse, en cambio, en el conjunto de los derechos sociales.

¹⁴⁵ KYMLICKA y NORMAN 1992: 2 (énfasis en el original). En el mismo sentido, véase FRIED 1978: 132-134.

¹⁴⁶ Cf. FRIED 1978: 110.

¹⁴⁷ Véanse OSIATYNSKI 1996: 233; CROSS 2000.

¹⁴⁸ Véanse, por ejemplo, SHUE 1979; VAN HOOFF 1984: 97-110; PEREIRA-MENAULT 1988; NINO 2000; FABRE 2000c: 43-45; CROSS 2000; ABRAMOVICH 2006; ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 23.

¹⁴⁹ Véase, entre otros, PRIETO 1995.

Analicemos este segundo ejemplo con mayor detenimiento. Podemos fácilmente observar que el derecho de sufragio, típico derecho político que comprende (en su faz pasiva)¹⁵⁰ el derecho a tomar parte en el procedimiento político de toma de decisiones colectivas del propio país (como mínimo) a través de la elección de representantes de diferentes partidos políticos o a través del voto en referéndum,¹⁵¹ no parece un derecho negativo del mismo tipo que el derecho a la libertad de expresión (en el sentido que no parece que lo que el derecho primariamente exige es que el Estado se abstenga de intervenir). Y no sería adecuado sostener, desde una interpretación reduccionista, que el derecho al voto se restringe al respeto en términos negativos de la libertad de voto, en el sentido de que solamente comprende la prohibición de que nadie interfiera con la libertad de otro de dirigirse al lugar establecido para ejercer la elección política y, una vez allí, la libertad de tomar la boleta del candidato de preferencia, colocarlo en un sobre e introducirlo en una urna oficial. Porque, como observa Cécile FABRE, estas acciones quedarían protegidas por el derecho a la libertad de movimiento, vaciando de contenido el derecho al voto.¹⁵² Para hacer posible el ejercicio del derecho a la libertad de voto el Estado tiene que realizar previa y posteriormente determinadas acciones de prestación positiva. Esto es, tiene que crear y mantener todo un sistema electoral y de partidos políticos e instituciones políticas y organizar elecciones regulares. Entre otras actividades, el derecho a voto comprende el soporte de una institución estatal de registro electoral que lleve a cabo la inscripción de los partidos políticos, la actualización de los padrones de ciudadanos, la impresión de las boletas electorales; la programación de la agenda parlamentaria de manera de acomodar la campaña electoral; en algunos países, como en Argentina, también se debe pagar a personas para hacerse cargo del control y cuidado de cada una de las urnas, dotar de medios para el recuento de los votos, dar a publicidad los resultados, etcétera.¹⁵³

Se podría objetar que señalar el ejemplo del derecho político al sufragio, como un supuesto en que el Estado tiene que actuar positivamente mediante el empleo de medios y recursos materiales para hacerlo efectivo (esto es, que el

¹⁵⁰ La faz activa del derecho al sufragio comprende el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a presentarse como candidatos y candidatas a los cargos públicos.

¹⁵¹ Véase el Capítulo 4: punto 6 sobre la noción de participación política.

¹⁵² Véase FABRE 2000c: 44-45.

¹⁵³ Véanse RUIZ MIGUEL 1994: 659-660; HOLMES y SUNSTEIN 1999: 113-115; FABRE 2000c: 45; ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 24; HIERRO 2007: 188-189; CRUZ PARCERO 2007: 76.

Estado tiene deberes positivos correlativos al derecho al voto, y por lo tanto este sería un derecho de naturaleza positiva) es un «mal uso» (incluso un uso peligroso) del lenguaje, porque la distinción estaría dada según si esas prestaciones pueden ser adquiridas en el mercado, además de su provisión estatal, o no.¹⁵⁴ Así, por ejemplo, el derecho al voto, por su propia naturaleza de público, no compartiría la característica de derecho de prestación positiva que estaría ínsita en los derechos sociales. Esta línea de crítica parece asumir erróneamente una naturaleza esencialmente “pública” de ciertos derechos, como el derecho al voto o el derecho a un proceso judicial, que los distinguiría de otros derechos, como el derecho a la vivienda o el derecho al cuidado médico, en tanto que estas prestaciones podrían obtenerse también pagando su precio en el mercado. Es cierto que en las sociedades democráticas contemporáneas sólo el Estado puede convocar a elecciones políticas y monopoliza la administración de justicia disponiendo para ello de importantes recursos públicos. Pero se pasa por alto que esos servicios son diseñados de esta forma, en parte, para evitar, en el primer caso, que el poder político se concentre en algún individuo o grupo particular poderoso, y en el segundo caso, para evitar que los intereses de los particulares con poder económico puedan monopolizar la administración de justicia. Sin embargo, no hay nada en la esencia de estos derechos que nos impida pensar en la posibilidad de otorgar a terceros privados la organización y la administración de los mismos. El argumento que apela a una supuesta esencia del origen público de algunos servicios para sustentar una disímil propiedad de cada categoría de derechos es una petición de principios, porque sólo si se asume que el Estado no debería ocuparse de las exigencias sociales se podría concluir lo que allí se pretende concluir.

En suma, la clasificación que distingue entre una categoría de derechos de primera generación formada por derechos negativos o de abstención (civiles y políticos), por un lado, y una categoría de derechos de segunda generación formada por derechos positivos o de provisión (derechos sociales), por el otro, no funciona y debe ser abandonada.

4.2. La objeción semántica

En segundo lugar, hay que considerar una estrategia alternativa que pretende borrar toda diferencia entre derechos positivos y derechos negativos por

¹⁵⁴ Para un argumento de este tipo respecto del proceso judicial, véase RUBIO 1997.

carecer de relevancia teórica.¹⁵⁵ Según la objeción semántica, la distinción entre los dos conjuntos simplemente descansaría en diferentes maneras de expresar las mismas obligaciones que esos derechos impondrían. En esta línea argumentativa, ATRIA, por ejemplo, sostiene que desde el punto de vista conceptual «una obligación puede ser positiva o negativa según su descripción».¹⁵⁶ Por lo cual, según el autor, bastaría con constatar 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».¹⁵⁷ Bajo esta interpretación, sería verdadero sostener que todos los derechos negativos podrían expresarse como derechos positivos sin perder significado. Y viceversa, sería verdadero afirmar que los derechos positivos correlacionados con un deber de provisión podrían expresarse como derechos negativos a no ser privados de algún bien o medio para su provisión. Podría decirse, por ejemplo, que el derecho a la asignación de los medios para acceder a una vivienda, equivaldría a la afirmación de la existencia de un derecho negativo a no ser privado de los medios de acceso a una vivienda. Como resultado de esta descripción alternativa se estaría imponiendo un deber de no interferencia, del tipo de deberes que imponen los derechos negativos.

Sostener que una acción puede ser descrita de formas diversas y que, en cierto sentido, toda descripción positiva de una acción puede de manera equivalente presentarse en términos negativos es trivialmente correcto. Sin embargo, ello es un argumento inútil para negar la relevancia teórica de la distinción entre derechos positivos y derechos negativos. El argumento basado en la objeción semántica para proclamar que los derechos que se correlacionan con obligaciones a una prestación positiva son indistinguibles de los derechos que se correlacionan con una prestación negativa no sirve, en primer lugar, porque mediante descripciones alternativas del carácter del derecho se estaría modificando el contenido de los deberes correlacionados. Y

¹⁵⁵ Véanse HOOK 1970; ATRIA 2005.

¹⁵⁶ ATRIA 2005: 20, nota 13.

¹⁵⁷ ATRIA 2005: 20, nota 13. Véase también ATRIA 2003: 119-121. Pero véase FRIED 1978 quien brinda un ejemplo de este argumento para luego tacharlo de “artilugio” argumentativo. Para FRIED, decir que «toda exigencia positiva podría ser moldeada en términos de un derecho negativo a no ser privado del bien exigido» es un intento inútil para evitar la fuerza de la distinción entre derechos negativos y positivos (FRIED 1978: 113-114).

el precio de esa operación es la distorsión del significado de los deberes que cada derecho impone.¹⁵⁸

Por ejemplo, podría decirse que el derecho a la vivienda se correlaciona con un deber positivo a que se provean los medios para el acceso a una vivienda si se carece de ella, pero también con un deber negativo a que no se interfiera con la propia provisión de esos medios. Uno y otro representan exigencias distintas. De la misma manera, no podría capturarse la noción de un derecho a un deber negativo intercambiando éste por un deber positivo sin perder su significado como imponiendo una obligación de abstención. Así, la idea que se expresa en el derecho negativo de toda persona a estar libre de injerencias en su manifestación de opiniones no parece correctamente permutable en términos de un derecho positivo a que se asegure la libertad de expresión. Mediante esta operación se confunde el derecho negativo contra el Estado a la no intromisión de la expresión de opiniones con la exigencia de acciones estatales positivas tendientes a asegurar su ejercicio. En el supuesto del derecho a la libre expresión correlacionada con un deber positivo se incluiría algo diferente que el deber de no interferencia (contenido del deber negativo). Su faz positiva se refiere al deber del Estado de arbitrar las medidas necesarias para posibilitar el acceso a foros públicos y, por ende, su deber de asegurar que ciertos lugares públicos (tales como plazas, parques, calles, medios de comunicación estatales) permanezcan abiertos y disponibles a todos los individuos para la actividad expresiva, como también el deber de que el Estado adopte medidas dirigidas a preservar la libre expresión y la seguridad de los manifestantes.¹⁵⁹

Si el argumento anterior sostenido en contra de la objeción semántica que intenta disolver la distinción entre obligaciones positivas o de provisión y obligaciones negativas o de abstención no se considera suficiente, a ello hay que agregar, en segundo lugar, un argumento lógico que parece decidir la cuestión.

¹⁵⁸ Véase FABRE 2000c: 49-51.

¹⁵⁹ Por ejemplo, véase *Plattform 'Ärzte für das Leben' v Austria* (1988), Nº 5/1987/128/179, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafos 32-34. El Tribunal examinó el caso ocurrido en Austria, donde se produjo un enfrentamiento entre los manifestantes anti-aborto y los contra manifestantes pro-aborto. En este caso, el Tribunal sostuvo que la libertad de reunión y manifestación pacífica «no puede ser reducida al simple deber de no interferencia por parte del Estado» (párr. 32). Y concluyó que el Estado tiene el deber positivo de adoptar medidas tendientes a proteger a unos manifestantes de la agresión de otros.

Si una acción se representara simplemente como p y una abstención como $\sim p$, la diferencia entre la obligación de realizar una prestación positiva y una negativa (y los correlativos derechos) parecería meramente verbal y no sustantiva, dado que la obligación positiva de p podría idénticamente presentarse como una obligación negativa de abstenerse de $\sim p$ (donde, $O\sim p$ equivale a Op). Pero, como aclara G.H. VON WRIGHT, «abstenerse no es lo mismo que no-hacer *simpliciter*».¹⁶⁰ De allí que la distinción entre acciones y abstenciones no resulta adecuadamente captada de ese modo: la obligación de cerrar la ventana no equivale a la obligación de abstenerse de abrirla. Si la ventana está abierta sin que yo haya intervenido para producir ese resultado, y yo me quedo cruzada de brazos sin hacer nada, nadie podría acusarme de incumplir mi obligación de abstenerme de abrirla, mientras que, en tanto siga cruzada de brazos, claramente estaría incumpliendo mi obligación de cerrarla.

La cuestión es que para representar adecuadamente acciones y abstenciones es preciso diferenciar entre la intervención del agente (llamémoslo H, de hacer una acción cualquiera) y la transformación que dicha intervención produce en el mundo (llamémosla p).¹⁶¹ La negación puede operar sobre lo primero o sobre lo segundo, de modo que formalmente tenemos: 1. Hp ; 2. $H\sim p$; 3. $\sim Hp$ y 4. $\sim H\sim p$. Teniendo en cuenta que en un momento dado no pueden ser verdaderos tanto p como $\sim p$, un sujeto dispone en el mismo momento de tres alternativas con relación a la producción del resultado p : a) Hp y $\sim H\sim p$; b) $H\sim p$ y $\sim Hp$; y c) $\sim Hp$ y $\sim H\sim p$. La tesis de que una prestación positiva puede formularse, sin pérdida de significado, en términos negativos y viceversa importa sostener que Hp equivale a $\sim H\sim p$. Pero esto es incorrecto, puesto que si bien Hp implica $\sim H\sim p$, la conversa no vale: si produzco el resultado p , se sigue que no puedo al mismo tiempo producir el resultado $\sim p$, pero del hecho de que no produzca el resultado $\sim p$ no se sigue en absoluto que produzca el resultado p .¹⁶²

¹⁶⁰ WRIGHT 1970: 62.

¹⁶¹ Cf. WRIGHT 1976.

¹⁶² Este modo de representación de las acciones es habitualmente citado como el modelo de KANGER-ANDERSON (*The Andersonian-Kangerian Reduction*), y se utiliza en lógica deóntica para distinguir entre una lógica de lo que *se debe hacer* de una lógica de lo que *debe ser*. Véase al respecto MCNAMARA 2010: punto 3. Véase WRIGHT 1970, 1976 sobre la distinción entre actos y abstenciones (como dos modos de las acciones, cf. WRIGHT 1970: 66) empleando un modelo parecido.

En suma, la distinción teórica entre derechos a prestaciones positivas y derechos a abstenciones tiene valor conceptual. Lo que es erróneo es su empleo para caracterizar a los derechos sociales como positivos, y distinguirlos de los derechos civiles y políticos en tanto derechos negativos. Ahora bien, podría aceptarse esta conclusión y todavía objetarse que la distinción entre derechos correlacionados con deberes positivos y derechos correlacionados con deberes negativos se traduce en el plano práctico en la exigencia al Estado de regulación de los deberes negativos, pero también en la inconveniencia de regular jurídicamente los deberes positivos. En tanto estos impondrían al Estado la obligación de dar bienes y servicios públicos, su incorporación en los sistemas jurídicos importaría principalmente la obligación de afectar importantes recursos para su satisfacción. En especial, podría sostenerse que la naturaleza positiva de los deberes correlacionados a varios de los derechos sociales significaría, en primer lugar, que deberán emplearse recursos públicos para su satisfacción, pero además, y en segundo lugar, que este tipo de derechos siempre requerirá más y más prestaciones, por lo que su satisfacción sería imposible en las condiciones de escasez de recursos y, en consecuencia, los Estados no deberían comprometerse jurídicamente con obligaciones que no pueden cumplir. Examinaré a continuación este paso posterior en la argumentación.

5. La irrelevancia conceptual de la escasez de recursos

La crítica tradicional contra los derechos sociales popularizó el argumento de que estos tienen una estructura diferente a los derechos civiles y políticos debido a que los sociales, para su realización, involucran costes. Así, varios autores han destacado la cuestión de los recursos escasos como un hecho que limita la satisfacción de las exigencias sociales y, por ende, se pone en duda que estas puedan correlacionarse conceptualmente con obligaciones.¹⁶³ Por ejemplo, SUMNER sostiene que:

«asegurar el pleno disfrute a cada uno de estos derechos probablemente debe estar más allá de los recursos de cualquiera salvo las naciones más ricas. Ya que los gobiernos pueden tener una legítima excusa para fallar en esta área podríamos abstenernos de etiquetar tal falla como un

¹⁶³ Véanse, entre otros, FRIED 1978: 110; SUMNER 1987: 16; CRANSTON 1967: 43, 1973: 65.

incumplimiento de deber o una injusticia. Así los derechos en esta segunda categoría [*i.e.*, la categoría de los derechos sociales] pueden carecer de conexiones conceptuales con las nociones de obligación y justicia y, por lo tanto, también de la importancia distintiva de los derechos en la primera categoría [*i.e.*, la categoría de los derechos civiles y políticos].»¹⁶⁴

La objeción de los costes dirigida contra los derechos sociales tiene como objetivo apuntar que la necesaria provisión de recursos para satisfacerlos es su característica peculiar, lo cual previene a que sean considerados como verdaderos derechos. Según CRANSTON para que algo sea derecho debe estar correlacionado con una obligación que debe satisfacer el “test de practicabilidad”.¹⁶⁵ Para este autor, «si es imposible hacer una cosa, es absurdo exigirla como derecho». ¹⁶⁶ De allí CRANSTON concluye que los deberes positivos correlacionados a los derechos sociales son de cumplimiento imposible y, por ello, pertenecen a una «categoría lógica distinta» a los tradicionales derechos civiles y políticos.¹⁶⁷ En el mismo sentido SUMNER señala que no correspondería utilizar el lenguaje de los derechos para describir lo que debería expresarse como «ideales u objetivos» que la sociedad ha de establecer en tanto cuerpo colectivo.¹⁶⁸ Se afirma que por el contrario los derechos civiles y políticos, en tanto derechos negativos, no supondrían el mismo problema de la escasez, porque no estarían sujetos a tales límites naturales, es decir, no exigirían que a la gente se le den recursos, sino sólo la abstención de determinadas acciones. Por consiguiente, los derechos negativos no entrarían en conflicto unos con otros en tanto sería «lógicamente posible respetar cualquier número de derechos negativos». ¹⁶⁹

5.1. La objeción de los costes bajo la lupa

¹⁶⁴ SUMNER 1987: 16-17. Véase también RUBIO 1997: XVI.

¹⁶⁵ Cf. CRANSTON 1973: 66.

¹⁶⁶ CRANSTON 1973: 66.

¹⁶⁷ Cf. CRANSTON 1973: 65.

¹⁶⁸ Véase SUMNER 1987: 17.

¹⁶⁹ Véase FRIED 1978: 112-113. Esta es también la conclusión que se sigue de la concepción de los derechos morales como *side constraint* en la teoría de NOZICK 1974: 28-33, 238. Véase la noción de *compossibility* entre derechos negativos en STEINER 1977. Para estos autores los derechos (por definición, de libertad o negativos) no entrarían en conflicto entre ellos.

Este tipo de objeción estándar contra los derechos sociales contiene varios presupuestos problemáticos que es interesante analizar por separado. En primer lugar, y a los fines de circunscribir la objeción, hay que precisar que no todos los derechos que se incluyen en la categoría de los derechos sociales serían objeto de la crítica de los recursos escasos. El derecho a huelga o el derecho a sindicación, por ejemplo, en tanto derechos correlacionados con deberes negativos quedarían fuera. O al menos eso es lo que deberían señalar quienes además de dirigir la objeción de los costes contra los derechos sociales, asumen que los derechos negativos no requieren recursos para su satisfacción.

En segundo lugar, en la objeción de los costes contra los derechos sociales se sostiene que los derechos civiles y políticos, al imponer solamente deberes negativos, no entran en conflicto entre sí, porque cualquier individuo podría realizar cualquier número de abstenciones (de la misma clase o diferentes) al mismo tiempo. En cambio, se afirma que los derechos sociales, correlacionados con deberes positivos de realizar alguna acción u obtener algún resultado, entrarían en conflicto unos con otros. La advertencia de este rasgo propio de los derechos sociales, en consecuencia, alertaría de la inconveniencia de considerarlos derechos. Hemos visto en el punto anterior que esta tesis para sostener la distinción entre derechos civiles y políticos correlacionados a deberes negativos, y derechos sociales correlaciones a deberes positivos, falla porque, como he dicho antes, algunos derechos sociales pueden tener como correlato deberes negativos, así como algunos derechos civiles y políticos se correlacionan con deberes positivos. Pero además, la idea de que los derechos civiles y políticos se correlacionan con meras abstenciones es manifiestamente incorrecta, tal como se desprende de los conflictos frecuentes entre derechos de esa índole como resultado de acciones, y no de meras abstenciones.¹⁷⁰

En tercer lugar, la objeción de los costes apelaría al imperativo según el cual “debe implica puede” para negar un vínculo conceptual entre los derechos sociales y la noción de obligación correlativa. De acuerdo con la cláusula kantiana, si *no se puede* realizar cierta acción u obtener un resultado determinado, se sigue que *no se debe* realizar esa acción o perseguir dicho resultado. En otras palabras, de algo que es imposible de realizar, tal como

¹⁷⁰ Piénsese en los conflictos entre derechos, por ejemplo, que surgen a menudo de la información que de una persona brinda a un medio de comunicación, que puede ser considerada infamante. En este tipo de situaciones el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información chocaría con el respeto del derecho al honor. Véase JONES 1994: 198-202.

sería la satisfacción del contenido de las exigencias sociales, no se sigue ninguna obligación. Así formulada la objeción es falaz porque pretendería derivar exigencias colectivas, o una agregación de expectativas, como correlato de los derechos sociales, cuando estos, como he mencionado antes, son exigencias de demandas individuales.¹⁷¹

WALDRON impugna la objeción «debe implica puede» en relación con la idea de conflictos entre derechos.¹⁷² Según una formulación de dicha objeción, si dos niñas A y B se están ahogando en el mar al mismo tiempo y a una distancia considerable una de otra, y una tercera persona C que está en la orilla es incapaz de rescatar a ambas A y B entonces, como “debe” implica “puede”, se sigue que no es el caso que C *debe* salvar a ambas A y B.¹⁷³ La falacia de la objeción consiste, como observa WALDRON, en ignorar que nos encontramos ante un conflicto de derechos con sus correlativos deberes: es posible y se debe rescatar a A, y es posible y se debe rescatar a B, por lo que cada “debe” pasaría el requisito de practicabilidad.¹⁷⁴ Sostener lo contrario llevaría a consecuencias absurdas: que como C no *puede* rescatar a ambas A y B, luego C no *debe* rescatar a ninguna, ni a A ni a B.

Podemos utilizar este argumento, como lo hace WALDRON, para estimar el alcance de la objeción de “debe implica puede” dirigida contra los derechos sociales. La objeción en cuestión sostiene que dado que en un país económicamente pobre el Estado no tiene recursos (carece de la capacidad) para satisfacer los derechos sociales, ellos no deben ser considerados derechos porque carecen del vínculo conceptual con la noción de obligación. Frente a esto la respuesta sería, siguiendo el razonamiento de WALDRON, que para cada uno de sus habitantes individualmente considerados «no es el caso que su gobierno es incapaz de asegurar» los derechos sociales, porque incluso el Estado más pobre tendría los recursos para satisfacer los derechos sociales respecto de esa persona.¹⁷⁵ El Estado estaría sujeto a un deber que, entendido como correlativo de esa exigencia individual, “puede” realizar.

La señalada imposibilidad empírica de satisfacción de los derechos sociales, o su impracticabilidad, derivada de la escasez de recursos en los

¹⁷¹ Se han referido a este problema, entre otros, WALDRON 1989: 506-507; HIERRO 2007.

¹⁷² Véase WALDRON 1989: 506.

¹⁷³ Véase WALDRON 1989: 506.

¹⁷⁴ Cf. WALDRON 1989: 506.

¹⁷⁵ Véase WALDRON 1989: 506-507.

países menos desarrollados, no surge de los deberes que se correlacionan con los derechos de cada individuo, sino que surge de la suma de todos los deberes considerados en conjunto. Pero esta no es la característica distintiva de los derechos individuales.¹⁷⁶ Lo que el argumento waldroniano pretende mostrar es la implicación falaz que se sigue de afirmar que como un Estado pobre *no puede* satisfacer los derechos sociales de *todos* sus habitantes considerados conjuntamente, entonces *no debe* satisfacer los derechos sociales de *ninguno*. Lo que en cambio debería decirse es que cuando un Estado pobre enfrenta demandas de derechos sociales sobre los mismos recursos escasos, nos encontramos ante una situación de conflicto entre demandas de derechos. Si aceptamos la idea de que las demandas que se siguen de algunos derechos entran en pugna por la distribución de recursos, ello nos lleva a discutir otro tipo de argumentos. Necesitamos evaluar las diferentes soluciones propuestas desde diversas teorías político-morales sobre cómo distribuir los recursos escasos en situaciones en las que no podemos satisfacer las exigencias de todos.¹⁷⁷ Pero estos son argumentos de tipo normativo, no conceptual y, por consiguiente, no menoscaban el estatus conceptual de los derechos sociales.

En cuarto lugar, al contraponer los derechos sociales como derechos positivos costosos a los derechos civiles y políticos como derechos negativos cuyos deberes correlativos no requieren el empleo de recursos públicos, se pasa por alto un rasgo básico del propio funcionamiento de un Estado, incluso uno mínimo como el que exaltan los autores libertarios.¹⁷⁸ Como extensamente lo expusieron HOLMES y SUNSTEIN,¹⁷⁹ todos los derechos requieren que el gobierno realice determinadas acciones para su regulación jurídica y protección y, por lo tanto, los derechos jurídicos serían «cualquier cosa menos inofensivos o inocentes».¹⁸⁰ La tesis de HOLMES y SUNSTEIN consiste en señalar que todos los derechos (civiles, políticos y sociales) serían positivos, en tanto que para existir como tales requieren una función positiva

¹⁷⁶ Véase WALDRON 1989: 507.

¹⁷⁷ Aún así la satisfacción de derechos individuales en conflicto por los mismos recursos sería prioridad respecto de la satisfacción de meros objetivos colectivos.

¹⁷⁸ LOCKE 1988 [1690]: II, Secciones 89 y 140; NOZICK 1974: parte I.

¹⁷⁹ HOLMES y SUNSTEIN 1999.

¹⁸⁰ HOLMES y SUNSTEIN 1999: 17.

fundamental por parte del Estado, y por ello implican costes.¹⁸¹ Tal función, de acuerdo con los autores, es la de establecer y garantizar los derechos jurídicos a través de medidas y remedios sostenidos con fondos públicos, que tiendan a ponerlos en funcionamiento y solucionar los males ocasionados en caso de su violación. Sin tales medidas y remedios, los derechos son sólo morales y, por ende, «carecen de mordiente» (*they are toothless*).¹⁸² HOLMES y SUNSTEIN concluyen afirmando que «todos los derechos jurídicos son necesariamente derechos positivos».¹⁸³

La postura de HOLMES y SUNSTEIN parece una posición sensata.¹⁸⁴ Su tesis se resume en la idea de que todos los derechos jurídicos son positivos, lo que en su terminología se circunscribe a decir que para que algo sea derecho debe ser reconocido por el Estado y éste debe asignarle algún mecanismo de protección para el caso de su violación.¹⁸⁵ El mérito de esta tesis, a los fines de la objeción de los costes contra los derechos sociales que estoy examinando, radica en que mediante su caracterización de los derechos se pone de relieve que los derechos civiles y políticos también conllevan costes, en oposición a la noción liberal tradicional de que para respetar estos derechos, en tanto correlacionados a deberes negativos, bastaría la no interferencia del Estado. En su lugar, los autores subrayan que todos los derechos, para calificar como tales, requieren la intervención positiva estatal, contraponiendo a las exigencias morales un concepto de derecho jurídico que incluye su propia efectividad y el remedio de una garantía jurídica cuando no se los respeta.

SHUE también llamó la atención sobre esta cuestión al resaltar que tanto los derechos a la subsistencia como los derechos a la integridad física requieren de acciones positivas por parte del Estado.¹⁸⁶ Quienes objetan que

¹⁸¹ Cf. HOLMES y SUNSTEIN 1999.

¹⁸² HOLMES y SUNSTEIN 1999: 17.

¹⁸³ HOLMES y SUNSTEIN 1999: 43.

¹⁸⁴ Recordemos que, como he señalado antes, BENTHAM 1970 [1843] sostuvo una posición similar si bien sin poner el énfasis en la consecuencia de esta interpretación, esto es, los costes públicos que implica el establecimiento jurídico de los derechos.

¹⁸⁵ A esta tesis débil de que los derechos son sólo aquellos establecidos en un Estado y dotados de algún mecanismo de protección podría controvertirse eventualmente lo último en tanto se identifican los derechos con las garantías. Me referiré a este concepto de derecho (que incorpora en su noción a las garantías articuladas en su resguardo) en el punto 7 de este Capítulo.

¹⁸⁶ Cf. SHUE 1996.

la efectiva protección de los primeros es más costosa o requiere de políticas estatales más complejas que la satisfacción de los segundos, tendrían la carga de demostrarlo. SHUE ilustra la cuestión del siguiente modo:

«Un programa de vales para alimentos, por ejemplo, podría ser más económico o más costoso que, digamos, un programa contra las drogas tendiente a reducir asaltos y asesinatos cometidos por adictos. Cuál de los dos programas sería más costoso o complicado dependerá de las dimensiones relativas de los respectivos problemas y no se vería afectado en absoluto si la seguridad es “negativa” y la subsistencia es “positiva”.»¹⁸⁷

Bruno CELANO señala una razón más para mostrar la falacia en la que se incurre mediante el argumento de que los derechos de libertad, en principio, podrían ser respetados sin ningún coste y no entrarían, en principio, en conflicto entre ellos o con otras exigencias, por oposición a la noción de que los derechos sociales son necesariamente costosos y están siempre sujetos a un balance entre exigencias en competencia.¹⁸⁸ Según sostiene CELANO, la afirmación de que los derechos de libertad o negativos no requieren de recursos para su satisfacción sólo podría ser sostenida respecto de «un mundo ideal, habitado por una comunidad de ángeles, y sujeta a gobernantes también angelicales».¹⁸⁹ En un mundo así concebido, agrega CELANO, un sistema jurídico de establecimiento de derechos y sus protecciones jurídicas no sólo sería costoso sino que sería inútil. Claro que, como dice el autor, nuestro mundo no está habitado ni gobernado por ángeles. Pero además, que nuestro mundo no consista en una población de ángeles es precisamente la razón por la cual se requiere el establecimiento de derechos jurídicos y sus mecanismos de tutela. Es en este mundo en el que los derechos de libertad exigen prestaciones positivas consistentes en mecanismos de tutela que necesariamente implican costes.

Sin embargo, según CELANO, en el plano conceptual todavía podría sostenerse una diferencia entre algunos derechos de libertad y algunos

¹⁸⁷ SHUE 1996: 39-40. En mismo sentido, HIERRO enfatiza que «la pretensión de que el derecho a la educación o el derecho a la salud tiene una estructura cualitativamente distinta, por razón de que implican costes, al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento. Cuestión distinta es cómo distribuir ese coste» (HIERRO 2007: 191-192). Véase también PEZZINI 2001.

¹⁸⁸ Véase CELANO 2001: 54-55.

¹⁸⁹ CELANO 2001: 54.

derechos sociales ya que, en principio, podría «ser posible que los primeros sean reconocidos y respetados sin coste (que su reconocimiento y respeto no exijan prestaciones positivas de parte de los poderes públicos)». ¹⁹⁰ Pero esta sería, de acuerdo con CELANO, una posibilidad trivial, porque no es accidental que los derechos de libertad negativa requieran prestaciones costosas para su protección. Porque si bien éste podría ser un dato contingente, agrega el autor, como lo sería que los seres humanos somos vulnerables a los ataques físicos o que quienes nos gobiernan no son buenos, el que en un mundo posible «tenga sentido la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de libertad» y por ende que «su respeto requiera prestaciones positivas de parte de los poderes públicos *no tiene nada de contingente*». ¹⁹¹ Pero además, usando el mismo razonamiento de CELANO, podría decirse que el hecho de que los derechos sociales exijan prestaciones positivas y, por lo tanto, se requiera la asignación de recursos escasos en disputa para su satisfacción, también es un hecho contingente. Podría pensarse un mundo ideal donde los recursos fueran abundantes en tal extremo que todos los seres tendrían acceso a bienes de todo tipo. En un mundo así tampoco habría conflictos entre exigencias derivadas de los derechos sociales. Y del mismo modo que en el caso de un mundo de ángeles, sería superfluo en un mundo de abundancia afirmar la exigencia de prestaciones positivas correlativas a los derechos sociales. Lo cierto es que, como señala Herbert HART, existen ciertas verdades obvias, como la vulnerabilidad de los seres humanos a los ataques físicos y la escasez de recursos entre otras, que califican de modo no contingente a los seres humanos y al mundo en el que vivimos, y que hacen que se justifique racionalmente dotarse de un conjunto mínimo de derechos. ¹⁹² Por eso se puede afirmar, como lo sugiere CELANO, que tanto en el caso de los derechos sociales como en el caso de los derechos de libertad, el nexo con las prestaciones positivas es uno de tipo conceptual.

En quinto y último lugar, en términos simples pero rotundos, la objeción de la escasez de recursos para negar la posibilidad de una obligación como correlato de un derecho no funciona porque tiene perfecto sentido decir que alguien tiene un derecho y, correlativamente, otro tiene una obligación,

¹⁹⁰ CELANO 2001: 55.

¹⁹¹ CELANO 2001: 55.

¹⁹² Cf. HART 1998: 239-247. Véase MORESO y VILAJOSANA 2004: 28-32.

aunque este último se encuentre fácticamente imposibilitado de satisfacerla. Si A le pide prestados 50 euros a B hasta mañana, y resulta que mañana A no tiene dinero suficiente como para devolverle a B el préstamo, no por ello A deja de tener un derecho a que B le devuelva los 50 euros y B una obligación de devolvérselo. Puede que la falta de dinero de A se deba a que se gastó los 50 euros en un SPA, o que tuvo que comprarle remedios a su gato enfermo, esto es, puede que A tenga razones más o menos atendibles para haberse quedado sin dinero para devolverle el préstamo a B; quizás algunas de tales razones excusen su incumplimiento. Pero no por ello A deja de tener una obligación. En consecuencia, la falta de recursos para satisfacer una cierta prestación no es ningún argumento para sostener que ella no puede ser obligatoria.

En términos paralelos, que una persona tenga un derecho correlacionado con la obligación del Estado de emplear recursos para satisfacerlos depende de la normas positivas propias de cada Estado. Podría ser que un gobierno pueda tener una legítima excusa para no cumplir con su obligación pero ello nada implica respecto de si una persona tiene o no un derecho en ese Estado. Afirmar que el Estado únicamente debería regular las exigencias sociales, como meras gracias, objetivos o ideales que la sociedad debe perseguir en la medida de sus posibilidades, pero no comprometerse dictando leyes que establezcan derechos sociales que lo obliguen más allá de sus recursos, es un argumento normativo de tenor político-moral que no está debidamente justificado. En tanto tal, se trata de una objeción ideológica sin genuinos argumentos conceptuales para negar el carácter de verdaderos derechos a los derechos sociales, o para afirmar una supuesta falta de conexión conceptual con la noción de obligación.

5.2. Derechos sociales insaciables

Podría insistirse todavía que hay una distinción que permanece en pie y que tendría un peso relevante en la discusión del estatus de los derechos sociales. Esto es, que cabe distinguir, por un lado, el deber positivo de que el Estado adopte las medidas tendientes a poner en funcionamiento un *background* institucional, como correlato de un derecho positivo o negativo, el cual una vez establecido, permite el ejercicio del derecho a su titular (como en el caso del derecho al sufragio), o su obligación de abstenerse de actuar (por ejemplo, como consecuencia del accionar de la policía contra los

delinquentes). Por el otro lado, nos encontraríamos con un deber positivo a la provisión de bienes o servicios, que se sigue de varios de los derechos sociales, que colocaría a los titulares de derechos en una posición pasiva de constante y tal vez inagotable recepción de aquellos (como podría ser el caso del derecho a la atención médica).

Mientras que el primer tipo de acción requerida sería “saciable” y, por consiguiente, la necesidad de destinar recursos para su satisfacción declinaría en algún punto, el segundo tipo sería “insaciable”, en el sentido que siempre demandaría más y más bienes y servicios o mejores y mayores resultados y, por lo tanto, nunca podría ser completamente satisfecho.¹⁹³ Desde esta perspectiva, los críticos de los derechos sociales podrían conceder que la protección jurídica de los derechos negativos implica la disposición de una cierta cantidad de recursos estatales, y aún así, insistir que habría una diferencia cuantitativa respecto de los recursos que requiere la satisfacción de las exigencias sociales.

Pero poner el acento en esta cuestión para distinguir entre naturalezas de derechos sería incorrecto porque nada impediría establecer un criterio de satisfacción (o criterio de saciabilidad) de las exigencias positivas que surgen de ciertos derechos sociales. La justificación del límite hasta el cual se deben destinar recursos para satisfacer los derechos sociales dependerá de los argumentos normativos que sustenten la decisión. Sin embargo, su caracterización como saciables o insaciables no previene a que sea posible concebir conceptualmente que los derechos sociales imponen obligaciones a la satisfacción de cierto nivel de las exigencias sociales que encarnan.¹⁹⁴ Pero además, la circunstancia de que puedan o no satisfacerse las exigencias sociales es irrelevante para determinar su estatus de derechos.

En conclusión, la distinta materia o contenido que los derechos regulan—esto es, civil o política en un caso y social o económica en el otro— no tiene

¹⁹³ El calificativo insaciable lo tomo prestado de Joseph RAZ 1986: 233-240. RAZ llama la atención sobre la importancia de distinguir entre “principios saciables” (*satiabile principles*) y “principios insaciables” (*insatiabile principles*). Según el autor, los principios saciables son aquellos que establecen demandas que «pueden ser completamente satisfechas»; en cambio, los principios insaciables imponen exigencias que «siempre es posible satisfacer, en principio, en mayor grado» (RAZ 1986: 235-236). Anna PINTORE 2001 utiliza este término para referirse en general a todos los derechos como «insaciables». La autora aclara que toma la expresión, a su vez, de SEBOK 1996-1997 (cf. PINTORE 2001: 243, nota 1).

¹⁹⁴ Por ejemplo, véase el criterio interno al procedimiento democrático para justificar la exigencia de satisfacción de los derechos sociales en el Capítulo 5.

por qué dar lugar necesariamente a diferencias relevantes respecto de los recursos requeridos para garantizar las prestaciones (eminentemente positivas) que varios de los derechos sociales están destinados a satisfacer, como equivocadamente se ha pretendido. La alegación de la escasez de recursos sólo cuando se trata de la satisfacción de exigencias sociales es una afirmación relacional controvertible. No hay nada intrínseco a su “naturaleza” o “estructura lógica” que impida que los deberes correlativos a los derechos sociales puedan ser concebidos como tales. Lo que es más importante, no hay nada en las dificultades para satisfacerlos y cumplirlos que pueda aducirse como argumento para sostener que unos no son deberes y los otros no son derechos. La distinción entre por un lado los derechos civiles y políticos como derechos negativos y gratuitos, y por el otro lado los derechos sociales como derechos positivos y costosos, ha de ser superada. La determinación de los costes necesarios para la satisfacción de los derechos incluidos en el sistema jurídico (esto es, positivizados) dependerá de su cálculo en cada sociedad. Mientras que la cantidad de recursos públicos destinados a su efectiva satisfacción dependerá, según los distintos sistemas jurídicos, de las decisiones de los órganos competentes para tomarlas, y en donde cumplirán su rol justificativo los diferentes argumentos político-normativos en juego.

Hasta aquí he introducido el concepto de los derechos sociales, a la vez que he ido resolviendo distintas críticas dirigidas a excluir a los derechos sociales de la noción de derechos reservada para los derechos civiles y políticos. A continuación, examinaré un segundo y último conjunto de problemas conceptuales dirigidos contra los derechos sociales. Se trata, por un lado, de la tesis que correlaciona las obligaciones a los derechos. A partir de ella, se objeta que los derechos sociales no pueden ser considerados como tales porque fallan en especificar el correspondiente sujeto obligado, o los deberes correlativos. Por el otro lado, desde la asunción de la tesis que incluye en el concepto de los derechos la previsión de sus garantías jurisdiccionales, se critica que los derechos sociales no son tales, porque carecerían de la posibilidad de recurrir ante un juez para que los haga efectivos.

6. La tesis de la correlatividad entre derechos y deberes

Como hemos visto, muchas de las discusiones que se han generado alrededor del concepto de los derechos sociales se dirigen a analizar las obligaciones que se siguen de su formulación. En los debates antes examinados he sostenido a este respecto que un derecho (sea a abstenciones o a prestaciones positivas) tiene como correlato una o más obligaciones, positivas o negativas.

Esta posición se derivaría de la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes. Se asume como parte del concepto de derecho subjetivo la existencia de un deber correlativo determinado y la identificación del sujeto titular y del sujeto obligado, por lo que la falta de alguno de éstos elementos nos situaría fuera de dicho concepto. Por ejemplo, según Onora O'NEILL «a menos que los sujetos obligados sean identificables por los titulares de los derechos, las exigencias de tener un derecho cuentan solamente como retórica».¹⁹⁵ Una de las críticas reiteradas contra los derechos sociales, latente en las discusiones previas, precisamente, consiste en negar su carácter de auténticos derechos porque de su enunciación no se correlacionarían deberes determinados ni individuos específicos obligados a cumplirlos.¹⁹⁶

Es interesante observar que si bien la tesis de la correlatividad podría asumir una forma fuerte como existencia de “correlaciones conceptuales”,¹⁹⁷ no es el único modo disponible de entender la tesis. Según David LYONS, defensor de una noción *fuerte* de la tesis de la correlatividad, «no puede haber un derecho sin su correspondiente deber, o un deber sin su correspondiente derecho, como no se puede ser marido sin una esposa, o un padre sin un hijo».¹⁹⁸ De acuerdo con ello, la noción de correlatividad debería ser restringida, según este autor, a los casos donde a) los derechos son sostenidos en “contra de”, y los deberes son “debidos a”, personas individualizadas; b) el derecho y la obligación deben expresar el mismo contenido (lo que una parte tiene derecho en contra de la otra es lo mismo que lo que ésta le debe a la primera); y c) el derecho y la obligación

¹⁹⁵ O'NEILL 1996: 132.

¹⁹⁶ Por ejemplo, véase WELLMAN 1997: 105-116 quien señala cuatro dificultades en la teoría de los derechos sociales: la escasez de recursos, el contenido no específico, la identificación de los obligados, y la localización del título que confiere el derecho. Véanse también CRANSTON 1973: 69.

¹⁹⁷ Cf. LYONS 1970: 46-47.

¹⁹⁸ LYONS 1970: 47, con cita de SALMOND 1957: 264.

coexisten de manera necesaria, no contingente.¹⁹⁹ Esta versión de la tesis de la correlatividad se limitaría, según LYONS, a derechos “pasivos” y obligaciones “activas”, como en el ejemplo “A tiene derecho a que B le pague cincuenta euros”, expresión idéntica a “B le debe a A cincuenta euros”, mientras que excluiría los derechos “activos” o de libertad, *i.e.*, los derechos *a hacer* (como el derecho a la libertad de expresión).²⁰⁰

6.1. La versión débil de la tesis de la correlatividad

La tesis de la correlatividad podría sostenerse también con un alcance más *débil* que el señalado por LYONS, esto es, no como una relación de identidad entre derechos y deberes, sino en el sentido de que a todo derecho corresponde un deber.²⁰¹ Esta tesis debilitada de la correlatividad entre derechos y deberes puede ser caracterizada en los siguientes términos señalados por ZIMMERMAN:²⁰²

- a) si A tiene un derecho contra B para que este último realice el acto *p*, entonces B tiene un deber hacia A de hacer *p*;
- b) si B tiene un deber hacia A de realizar el acto *p*, entonces A tiene un derecho contra B para que este último haga *p*.

Nótese que la afirmación de la correlatividad entre derechos y obligaciones no requiere asumir una posición desde el punto de vista normativo respecto de

¹⁹⁹ Cf. LYONS 1970: 46-48. En este sentido, se trata de una relación de identidad, en tanto las obligaciones son los derechos vistos desde la óptica de los obligados, como «dos caras de una misma moneda» (LYONS 1970: 49). Véase también PINTORE 2001: 260.

²⁰⁰ Cf. LYONS 1970: 49-54. Así, entre los derechos excluidos de la noción de correlación restringida según LYONS se encuentran los derechos tradicionalmente concebidos como derechos de libertad o negativos (derechos de no interferencia), que comprenden un área de libre elección protegida por obligaciones contra todos los demás a abstenerse de interferir. Para LYONS (1970: 54), el derecho constitucional a la libertad de expresión, por ejemplo, es un derecho “activo”, en tanto que faculta a hacer algo (como hablar públicamente a una multitud desde una tarima), y no es posible interpretarlo de manera que se correlacione con deberes de la forma que el derecho de A se correlaciona con la obligación de B.

²⁰¹ Cf. la noción de derecho subjetivo como reflejo de una obligación en KELSEN 1998: 140. No obstante, para KELSEN, la inversa no se sigue. Véase CRUZ PARCERO 1999: 110.

²⁰² Véase ZIMMERMAN 1996: 5-10, 176-180. En el mismo sentido, véase HART 1955: 175-191.

una prioridad de los derechos sobre las obligaciones, o de las obligaciones sobre los derechos.²⁰³

Es importante conectar la tesis de la correlatividad con la distinción propuesta por ZIMMERMAN entre lo que llama “obligaciones simples” (*mere obligation*) y lo que denomina “obligaciones hacia alguien” (*obligation-to*).²⁰⁴ Porque se podría objetar la proposición b) sosteniendo que puede darse el caso de que una persona tenga una obligación respecto de otra, sin que esta última tenga un derecho respecto de la primera.²⁰⁵ Sin embargo, ZIMMERMAN sostiene que se puede descalificar esta objeción si se tiene en cuenta que podemos tener obligaciones respecto de otros, en el sentido de que involucran a un tercero, sin que ello implique que tenemos obligaciones *hacia* ese tercero.²⁰⁶ Si, por ejemplo, le prometo a mi sobrino Matías llevarlo a la playa tengo una obligación hacia Matías. Pero si en cambio le prometo a mi hermana llevar a mi sobrino a la playa, tengo la obligación de llevar a Matías a la playa, pero esa obligación no es hacia él sino *hacia* mi hermana. En tal situación, no tendría sentido decir que mi sobrino tiene un derecho a que lo lleve a la playa, pero esto no sería sino la consecuencia de que yo no tengo una “obligación hacia” él.²⁰⁷ Según ZIMMERMAN, las “obligaciones hacia alguien” serían correlativas de los “derechos contra alguien”, mientras que

²⁰³ Véase ZIMMERMAN 1996 para quien sería plausible decir que «las obligaciones derivan de las pretensiones, antes que la inversa» (ZIMMERMAN 1996: 177). Así, por ejemplo, lo hace RAZ 1984a: 199-200 quien considera que los derechos constituyen el fundamento de las obligaciones y no al revés. En cambio, a veces se ha entendido que la tesis de la correlatividad significa que un derecho es reducible a una obligación, lo cual parece implicar que la noción de obligación es, en algún sentido, una noción más básica. Tal como la he presentado, la tesis de la correlatividad no afirma ninguna tesis de la reducibilidad (ni de los derechos a las obligaciones ni de éstas a los derechos). Lo único que sostiene es que respecto de un derecho subjetivo entendido como correlato de una obligación, toda vez que alguien tiene un derecho hay un sujeto obligado respecto de él.

²⁰⁴ Cf. ZIMMERMAN 1996: 7 y 178-179.

²⁰⁵ Para una noción de deber sin derecho subjetivo reflejo, véase KELSEN 1998: 141. Si lo que se quiere señalar es que podría haber otras fuentes de deberes más allá de los derechos esto difícilmente es una crítica a la tesis de la correlatividad. Porque no se niega que pueda haber otras razones para imponer deberes. En cambio, decir que alguien tiene un derecho significa, en la teoría raziana, que el interés de alguien tiene el peso suficiente para fundamentar un deber (cf. RAZ 1984a: 211, 213). Véase el punto 2 de este Capítulo.

²⁰⁶ Cf. ZIMMERMAN 1996: 178. Véase también FEINBERG 1980: 132.

²⁰⁷ Cf. ZIMMERMAN 1996: 178. Véase también HART 1955: 180-181.

respecto de las “obligaciones simples” no valdría sin más la tesis de la correlatividad.

No obstante, ZIMMERMAN sostiene que debería distinguirse entre “derechos simples” (*mere claims*) y “derechos contra alguien” (*claims-against*), ya que nada obstaría a atribuir sentido a que alguien tenga un derecho, aunque ese derecho no sea exigible contra alguien.²⁰⁸ Las proposiciones a) y b) no establecerían en términos generales una correlación entre derechos y deberes sino entre “derechos contra alguien” y “obligaciones hacia alguien”. Las objeciones contra la tesis de la correlatividad sólo tendrían plausibilidad como impugnaciones de la tesis más general de que los derechos implican obligaciones y viceversa, pero no afectarían esta versión más restringida (que los derechos contra alguien implican obligaciones hacia alguien).²⁰⁹ Así, por ejemplo, cuando FEINBERG se refiere a los defensores de los derechos humanos —derechos a los que denomina “meramente declarativos”—, sostiene que su actitud podría describirse:

«como exhortando a la comunidad mundial a aceptar el principio moral de que *todas* las necesidades humanas básicas deben ser reconocidas como *derechos* [...] que merecen simpatía y seria consideración ahora mismo, incluso si bien, en muchos casos, no es posible tratarlas de manera plausible [...] como fundamentos de obligaciones de ninguna otra persona.»²¹⁰

Si asumimos las precisiones propuestas por ZIMMERMAN, esto no significaría más que reconocer la posibilidad de que existan derechos que no son contra nadie en particular, pero no pondría en tela de juicio la tesis de la correlatividad en su versión restringida.²¹¹ La conclusión de ZIMMERMAN podría ampliarse del siguiente modo: si se admiten las distinciones entre obligaciones simples y obligaciones hacia alguien, y entre derechos simples y derechos contra alguien, podrían sostenerse dos versiones de la tesis de la correlatividad:

- a) a todo derecho simple corresponde una obligación simple y viceversa; y

²⁰⁸ Cf. ZIMMERMAN 1996: 178.

²⁰⁹ Cf. ZIMMERMAN 1996: 178-179.

²¹⁰ FEINBERG 1980: 153 (énfasis en el original).

²¹¹ Cf. ZIMMERMAN 1996: 180.

- b) a todo derecho contra alguien corresponde una obligación hacia alguien y viceversa.

Con esta aclaración, las aparentes impugnaciones contra la tesis de la correlatividad deberían interpretarse como formas de advertir que a un derecho simple puede no corresponder una obligación hacia alguien, y que a una obligación simple puede no corresponder un derecho contra alguien, lo que no amenaza la tesis de la correlatividad en ninguna de estas dos versiones.

6.2. Los derechos sociales como *ius in rem*

Las obligaciones hacia alguien, como las que se siguen de la tesis restringida de la correlatividad, pueden correlacionarse con los derechos *in personam* de otros individuos en tanto exigen un comportamiento o una abstención de una o más personas determinadas. Por ejemplo, mi hermana tiene un derecho *in personam* contra mí a que lleve a mi sobrino a la playa. Se exige una abstención, por ejemplo, cuando Jorge, propietario de un terreno, le promete a María una autorización de paso, creando en María un derecho *in personam* contra Jorge a que no interfiera con su paso a través del terreno. Lo relevante de la relación en estos derechos es la individualidad o la personalidad de los sujetos de la relación.²¹²

También las obligaciones hacia alguien pueden seguirse de los derechos *in rem*. Los derechos *in rem* son derechos que se correlacionan con deberes cuyo sujeto obligado estaría constituido por un conjunto indeterminado de personas.²¹³ Es habitual ilustrar este tipo de relación con el derecho a la propiedad. Por ejemplo, se dice que Jorge tiene un derecho *in rem* negativo a que ninguna persona interfiera con el uso y goce de su terreno. Esto es, “todo el mundo” tendría el deber de mantenerse fuera del terreno de Jorge. Mediante este rasgo de la relación entre los sujetos de ciertos derechos no se hace referencia a personas específicas en el sentido de que nada de la personalidad individual de cualquier sujeto tiene relevancia para la relación entre el sujeto titular y el sujeto obligado.²¹⁴

²¹² Véanse ROSS 1963: 187; FEINBERG 1980: 133, 139, 154; PENNER 2000: 23-25.

²¹³ Véase el punto 2.1 de este Capítulo. Véase también que para KELSEN 1998: 143-145, la distinción entre el derecho sobre una cosa (*ius in rem*) y el derecho sobre una persona (*ius in personam*) es errónea, porque según el autor, «también el *ius in rem* es [...] un *ius in personam*» (KELSEN 1998: 143).

²¹⁴ Véanse ROSS 1963: 187; FEINBERG 1980: 134-135, 140, 154; PENNER 2000: 25-31.

Varios autores han sostenido que la caracterización como derechos *in rem* se aplica de manera general a todos los derechos de libertad o de no interferencia, es decir, los tradicionalmente llamados derechos negativos.²¹⁵ Por ejemplo, HOHFELD ha señalado que los derechos *in rem* no se limitan a caracterizar a los derechos de propiedad sobre una cosa sino que es plausible entender por “cosa” un término genérico, de manera que incluya además de objetos tangibles, “estados de cosas” como por ejemplo la integridad física o la intimidad de las personas. De acuerdo con esta línea de razonamiento, entonces, los derechos *in rem* también abarcarían a otros derechos correlacionados con deberes negativos, tales como el derecho a la seguridad física, el derecho al honor, o el derecho a la intimidad.²¹⁶

En estos casos de derechos de no interferencia o negativos se suele señalar que su sola consagración jurídica implica obligaciones de no hacer. Así, Luigi FERRAJOLI afirma que en tales casos no se requiere la formulación explícita de normas que las consagren.²¹⁷ Los enunciados asumirían la forma “Ticio (en el sentido de “cada uno”) tiene un derecho frente a todos”, del que cabría inferir el correlativo “Todos tienen una obligación de no interferencia con respecto al derecho de Ticio”.²¹⁸ Por ejemplo, supongamos la existencia de una norma que establece el derecho a la libertad de expresión. Se seguiría un enunciado con la forma “Ticio tiene derecho a expresarse libremente frente a todos” y correlativamente, “Todos tienen una obligación de no interferencia con el derecho a la libre expresión de Ticio”. En el mismo sentido, CRANSTON sostiene que,

«decir que todos los hombres tienen un derecho a la vida es imponer sobre todos los hombres el deber de respetar la vida humana, de sujetar a todos los hombres bajo la misma prohibición de atacar, dañar, o poner en peligro la vida de cualquier otro ser humano.»²¹⁹

Sin embargo, se ha negado que lo mismo pueda mantenerse respecto de las obligaciones que se siguen de los derechos a prestaciones positivas, como

²¹⁵ Por ejemplo, véanse FULLER 1978: 405; CRANSTON 1967, 1973; JONES 1994: 15-16, si bien señala que podrían apuntarse excepciones.

²¹⁶ Cf. HOHFELD 1917: 69-70. En el mismo sentido, PENNER 2000: 27-29.

²¹⁷ Cf. FERRAJOLI 2001b: 192.

²¹⁸ Cf. FERRAJOLI 2001b: 184-185.

²¹⁹ CRANSTON 1973: 68-69.

son varios de los derechos sociales.²²⁰ Así, se dice que las formulaciones que establecen estos derechos tendrían por lo general la forma “Ticio tiene un derecho”, sin individualizar la identidad de quien debe satisfacerlo. Por ejemplo, supongamos ahora que se proclama en la constitución el derecho al seguro social obligatorio para toda persona. Su enunciado sería del tipo “Ticio tiene derecho a un seguro social obligatorio”. Pero respecto de este tipo de derechos, derechos a que se provean cosas, tales como un seguro social, viviendas, escuelas, hospitales, CRANSTON cuestiona, «quién es llamado a hacer la provisión? ¿El deber de quién es?»²²¹ En este caso, se afirma, la existencia de los deberes correlativos y, por lo tanto de los propios derechos, dependería de que estén establecidos los sujetos de tales obligaciones por las normas correspondientes en un sistema determinado.²²² FERRAJOLI llama “relativos” a los derechos a prestaciones positivas por contraste con el carácter “absoluto” que poseerían los derechos a abstenciones. Ahora bien, tales calificaciones conciernen al sujeto pasivo de la obligación correlativa que, según FERRAJOLI, podría faltar en el caso de los derechos a una prestación positiva. Pero lo importante es señalar que no se advierte porqué esta diferencia justificaría aceptar en un caso las consecuencias que se rechazan en el otro.

Si se admite que en caso de existir una norma que consagre el derecho a la libertad de expresión, no se requiere ninguna norma adicional que imponga sobre toda persona el deber de respetar la libertad de expresión de cualquier otra, ¿por qué no concluir lo mismo respecto de aquellos derechos que importan una prestación positiva? Según FERRAJOLI, quien se resiste a aceptar esta conclusión, una constitución podría consagrar el derecho a un seguro social obligatorio a toda persona y, no obstante, no existir una norma que imponga a alguien en particular la obligación de satisfacer ese derecho y que precise su contenido.²²³ Pero se puede aceptar esto sin necesidad de presuponer que pueden existir derechos sin que existan obligaciones correlativas o sujetos obligados. Si el derecho a la libertad de expresión implica el deber de toda persona a respetar la libertad de expresión de cada quien, del mismo modo el

²²⁰ Véanse HOHFELD 1917: 69-70; PENNER 2000: 28; FERRAJOLI 2001b: 185.

²²¹ CRANSTON 1973: 69. Véase también O’NEILL 1996.

²²² Cf. FERRAJOLI 2001b: 184-185.

²²³ Cf. FERRAJOLI 2001b: 184-185.

derecho a un seguro social obligatorio implica la obligación de brindar dicha cobertura. Sin embargo, la pregunta subsiste: ¿la obligación de quién?

Una respuesta plausible estaría dada a partir de la caracterización de los derechos sociales a prestaciones positivas como derechos *in rem* en tanto se tienen frente a un número indefinido de sujetos obligados. Así, del enunciado “Ticio tiene derecho a un seguro social obligatorio”, se derivarían los enunciados “Ticio tiene derecho a un seguro social frente a todos”, y “Todos tienen una obligación de proveer un seguro social a Ticio”. Ahora bien, la referencia a “todos” como sujetos de la obligación podría ser interpretada de manera *disyuntiva* o *conjuntiva*. Si se interpreta de manera disyuntiva se aludiría al deber de todos y cada uno de los miembros del conjunto individualmente considerados como sujetos obligados de tal derecho. Esta fue la manera en que HOHFELD, por ejemplo, concibió a los deberes que se siguen de los derechos (a no interferencia) *in rem*.²²⁴ Según HOHFELD, cada derecho subjetivo *in rem* debe ser considerado como una pretensión multilateral cuyo titular es una persona (o un grupo de personas), formada por múltiples derechos distintos e independientes, actuales y potenciales, cada uno de los cuales se correlaciona con un deber de cada individuo de una categoría muy amplia e indefinida.²²⁵ Así, en general, se entiende que la obligación de “todos” de respetar los derechos de libertad importa este modo disyuntivo: cada persona —considerada individualmente— tendría el deber de respetar, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión de A.

Sin embargo, respecto de los derechos sociales a prestaciones positivas como derechos *in rem* sostener que se correlacionan con el deber de todos a su satisfacción interpretando “todos” de ese modo disyuntivo daría lugar a implicancias contra-intuitivas. Piénsese, por caso, en el derecho constitucional a la vivienda digna en Argentina (artículo 14 bis de la Constitución). Si se afirma que A tiene un derecho a la vivienda *in rem* (entendido de forma disyuntiva) significaría que A tiene un derecho a que se le provea el bien contra todos, esto es, contra cada uno de los miembros del conjunto y,

²²⁴ Cf. HOHFELD 1917. En el mismo sentido, KELSEN 1998: 144-145.

²²⁵ Cf. HOHFELD 1917: 54-81. Véase PENNER 2000 para quien dada la fijación de HOHFELD por la simetría entre derechos y deberes (de manera que el derecho de A debe tener el mismo contenido que el correlativo deber de B), un derecho subjetivo como pretensión hohfeldiana *in rem* debería ser descripto como «una multitud de derechos *in personam*» (PENNER 2000: 25-26). Sólo así se podría mantener según el autor la estricta simetría entre el contenido del derecho y el contenido del deber correlativo.

correlativamente cada uno tendría un deber de proveer el bien a A. Esta interpretación nos colocaría en una situación insostenible según la cual cada persona se hallaría sujeta a una multitud de deberes de proveer un cierto bien a una multitud de personas. Del hecho de que en la Constitución argentina se establezca que toda persona tiene derecho a una vivienda digna no podría sensatamente seguirse que, por el hecho de que haya una gran cantidad de personas en Argentina que carecen de una vivienda digna, cada uno esté incumpliendo alguna obligación. Sería además injusto afirmar que cada individuo en Argentina tendría el deber de darle a cada persona que carece de una vivienda digna la suya, por caso. Pero esta interpretación disyuntiva de “todos” en tanto obligados a la satisfacción de los derechos sociales a prestaciones positivas no sería la única posibilidad de pensarlos como derechos *in rem*.

Alternativamente se podría interpretar el término “todos” respecto de los sujetos obligados de manera conjuntiva. Así lo ha propuesto James PENNER respecto de los «deberes *in rem*» de no interferencia que se seguirían de los derechos a abstenciones *in rem*.²²⁶ Bajo esta interpretación, tales derechos se corresponderían con un simple deber singular de no interferencia que sujeta a todos como conjunto. Se trataría de un *deber in rem* en el sentido de que «no está involucrada *la personalidad de ningún individuo particular* en la guía normativa que ofrece».²²⁷ Según PENNER, la noción de derecho *in rem* correlacionada con un deber *in rem* de todos se extendería a ciertos derechos fundamentales de no interferencia, como el derecho a la integridad física que se correlacionaría con el deber *in rem* de todos de no dañar la integridad física de otros.²²⁸ Así, según el autor, estos deberes negativos *in rem* se aplicarían respecto de todas las personas en virtud del conocimiento general de que es una persona y de lo que cuenta como daño a otros. Su obediencia, agrega PENNER, no requeriría la valoración de ningún rasgo particular de ningún individuo.²²⁹ Bajo esta interpretación, la “cosa” que media entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado sería un “estado de cosas” de no interferencia respecto de *otros*. Como la personalidad de estos *otros* no

²²⁶ Cf. PENNER 2000: 26-27.

²²⁷ PENNER 2000: 26 (énfasis en el original).

²²⁸ Cf. PENNER 2000: 28.

²²⁹ Cf. PENNER 2000: 28

interviene, no surge la posibilidad de que se entiendan como derechos *in personam*.²³⁰

Podría articularse que también los derechos sociales a prestaciones positivas se concebirían plausiblemente como derechos *in rem* correlacionados con un simple deber de todos —en sentido conjuntivo, esto es, en tanto miembros del grupo conjuntamente obligado— a la provisión de las prestaciones positivas. Ahora bien, de ello no debería seguirse que, por ejemplo, el caso del derecho de A a una vivienda digna en Argentina se correlaciona con la obligación de B a la provisión de, por caso, una puerta de una vivienda mancomunadamente con las obligaciones de todos los demás a proveer las otras partes de la vivienda para A. Esto también parecería inaceptable. En cambio, se podría argumentar plausiblemente que es el Estado argentino el sujeto obligado a la provisión de una vivienda digna a A.

En términos generales podía sostenerse que los derechos sociales a prestaciones positivas son naturalmente mejor concebidos como vinculando a “todos” de manera conjuntiva en referencia al conjunto de miembros de la sociedad cuyo deber estaría mediado por la institución del Estado. Ello significaría que la relación entre el titular del derecho y el sujeto obligado se establece a través de una cosa o estado de cosas (vivienda, educación, cuidado médico, seguro social) con independencia de los rasgos personales de los sujetos. La satisfacción de ciertas exigencias sociales se entendería como formando parte de lo que significa ser una persona, de la misma manera que formaría parte del ser humano hallarse exento de ataques físicos.²³¹

Las razones por las cuales sería el Estado el sujeto obligado de los derechos sociales *in rem* pueden ser explicadas por su naturaleza funcional. En primer lugar, la intervención del Estado soluciona un problema epistémico sobre la información de las exigencias sociales de los sujetos titulares. Sería impracticable la coordinación de todos los individuos de una sociedad de manera de recoger los datos y proveer con las prestaciones. El Estado está en mejor posición de centralizar y coordinar los datos sobre las personas económicamente carenciadas, recaudar y administrar los recursos necesarios para satisfacer las demandas, organizar la provisión de las

²³⁰ Cf. PENNER 2000: 28-29 y nota 38.

²³¹ En los términos de PENNER 2000: 28, si bien para el autor sería distinto respecto de los derechos a hacer cosas para otros, dado que el cumplimiento de sus deberes correlativos «probablemente requeriría de algún trato más personal con esos otros, dando lugar a su vez a relaciones que teñirían el deber como un deber *in personam*» (PENNER 2000: 28).

prestaciones, etcétera. En segundo lugar, el Estado cumple también la función de fiscalizar la aportación de cada uno y de imponer coactivamente a los ciudadanos el deber de cumplimiento de las obligaciones fiscales. De esta manera soluciona el problema de cooperación y el de los *free-riders*.²³² Y en tercer lugar, los sujetos titulares de los derechos sociales pueden demandar el cumplimiento de la provisión de prestaciones frente a las instituciones competentes estatales, superando la imposibilidad que de otro modo supondría la exigencia de cumplimiento a todos los miembros de la sociedad como conjunto entendido en forma disyuntiva.

De esta manera, las obligaciones de los miembros de la sociedad hacia los titulares de los derechos sociales son articuladas e intermediadas por el Estado que, entre otras funciones, articula una red de obligaciones fiscales que sujetan a dichos miembros de la sociedad. Esto es, cada miembro de la sociedad tiene la obligación de cumplir con el pago de los impuestos. El Estado, por esta y otras vías, recauda recursos que debe administrar y distribuir en nombre de todos y, a su vez, atender las exigencias sociales de los titulares de los derechos. Michael IGNATIEFF describe la relación entre quienes carecen de los medios para proveer por sí mismos y quienes están obligados a pagar los impuestos al Estado en los siguientes términos:

«Ahora que estamos juntos en la cola de la oficina de correos, mientras que ellos cobran sus cheques de pensiones, una parte pequeña de mis ingresos se transfiere a sus bolsillos a través de los innumerables capilares del estado. La calidad mediada de nuestra relación parece necesaria para los dos. Ellos son dependientes del estado, no sobre mí, y ambos estamos contentos de ello. [...] Mis responsabilidades hacia ellos están mediadas a través de una amplia división del trabajo. En mi nombre un trabajador social sube las escaleras a sus habitaciones y se asegura que sean tan cálidas y limpias, como puedan ser persuadidos de ello. Cuando llegan a ser demasiado ancianos para salir, un voluntario les traerá una comida caliente, hará sus camas, y si el voluntario es una persona compasiva, escuchará los susurros de sus recuerdos. Cuando no puedan seguir más, una ambulancia los llevará al hospital, y cuando mueran, una enfermera estará allí para escuchar el desvanecimiento de sus respiraciones. Es esta

²³² La existencia de aprovechados o *free-riders* plantea el renombrado problema de la asignación o distribución de responsabilidad bajo condiciones de cumplimiento parcial. Véase al respecto MURPHY 1998, 2000.

solidaridad entre extraños, esta transformación de las necesidades en los derechos a través de la división del trabajo, y de los derechos en el cuidado, lo que nos da las bases frágiles que tenemos para decir que vivimos en una comunidad moral».²³³

En las sociedades democráticas modernas la burocracia estatal administra en nombre de todos como conjunto «lo que nos debemos unos a otros».²³⁴

Por último, cabe aclarar que estos argumentos de tipo funcional para sostener que el Estado es el sujeto obligado de los derechos sociales a prestaciones positivas no dependen de justificaciones fundadas en teorías éticas.²³⁵ No obstante la existencia de posiciones justificativas normativas que propugnan pretensiones más o menos robustas sobre el Estado y su deber de satisfacer las exigencias sociales en una comunidad, su discusión no sería necesaria a los fines de establecer el deber del Estado en el plano conceptual.

En conclusión, afirmar que “A tiene un derecho social a *p*” sería correlativo a la afirmación “Existe un deber de asegurar *p* a A”. Y decir esto último significaría básicamente que las normas declaran un curso de acción (hacer *p*) como no optativo para el Estado. Esto querría decir, en primer lugar, que *los derechos sociales a prestaciones positivas se correlacionan con un deber de hacer*. Y en segundo lugar, que *el sujeto obligado está individualizado en cabeza del Estado*, que actúa como intermediario de las obligaciones de los miembros de la sociedad. Ahora bien, ¿son las técnicas de protección institucional establecidas en su resguardo también parte del concepto de derecho subjetivo como correlato de una obligación? Según una importante corriente filosófica, para que algo sea un derecho debe haberse previsto en el sistema jurídico una acción judicial o algún otro tipo de medida para forzar el cumplimiento del deber correlativo o exigir su reparación en caso de su incumplimiento. Así, en tanto los derechos sociales no estén protegidos por una norma que prevea expresamente una sanción para el caso de su incumplimiento

²³³ IGNATIEFF 1986: 10.

²³⁴ La frase corresponde a SCANLON 1998.

²³⁵ Por ejemplo, véase POGGE 2002 donde introduce la distinción entre concepciones interaccionales y concepciones institucionales de los derechos humanos. Según la concepción interaccional de los derechos humanos, estos serían requerimientos que se ostentan fundamentalmente contra otros individuos. Para la concepción institucional, en cambio, si bien los individuos tendrían deberes correlativos a la satisfacción de los derechos humanos de los demás, estos sólo se derivarían de las obligaciones impuestas por las instituciones sociales coercitivas de las que forman parte.

no pueden ser considerados derechos en un sentido significativo.²³⁶ En la siguiente sección analizaré esta posición que subordina la existencia de una posición jurídica (derecho subjetivo como correlato de una obligación) al establecimiento de sus correspondientes técnicas de protección y cuáles son las consecuencias de su adopción para los derechos sociales.

7. Las garantías y los derechos sociales

Todavía me resta considerar una última objeción dirigida contra la estructura de los derechos sociales desde una posición que asume la dependencia conceptual entre los derechos y sus garantías. Desde esta asunción, es habitual sostener que un derecho no garantizado judicialmente, aunque esté consagrado en una constitución, sería un derecho ficticio o directamente inexistente.²³⁷ Este argumento es ilustrado con frecuencia señalando el caso de los derechos sociales. Se sostiene que en tanto estos derechos carecen, por lo general, de la previsión en los textos constitucionales de las acciones procesales necesarias para exigir jurisdiccionalmente la conducta debida se seguiría que no pueden ser considerados auténticos derechos.

Por ejemplo, Riccardo GUASTINI sostiene que las normas que confieren derechos sociales constitucionales son engañosas porque no confieren ningún derecho verdadero.²³⁸ Según GUASTINI, tales formulaciones expresarían «normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador», mediante las cuales se les ordenaría que persiga determinados objetivos económico-sociales.²³⁹ Estos derechos, agrega el autor, no podrían estar garantizados jurisdiccionalmente porque no es posible obligar al legislador a dictar leyes. Esto es, para GUASTINI, la falta de cumplimiento de su obligación no es susceptible de ningún tipo de sanción.

A dicha posición cabe oponerle la tesis que sostiene la distinción conceptual entre los derechos subjetivos y sus garantías. Por ejemplo, Alf

²³⁶ Lo mismo se sostiene respecto de los derechos sociales en el plano internacional, en tanto no se ha instituido todavía una jurisdicción internacional con facultades de sancionar los actos ilícitos, o de imponer castigos por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados.

²³⁷ Véanse CRANSTON 1973: 5; HOLMES y SUNSTEIN 1999; CROSS 2000: 860-861; JAMES 2003: 134. Para una posición tal un derecho consagrado por una norma jurídica pero no exigible ante los órganos judiciales (no justiciable) no puede considerarse como un derecho en absoluto.

²³⁸ Véase GUASTINI 2001: 223-224.

²³⁹ GUASTINI 2001: 223.

ROSS advierte sobre la falta de conexión necesaria entre el contenido de un derecho y su protección.²⁴⁰ Esta última consiste, según ROSS, en «los remedios jurídicos con cuyo auxilio el orden jurídico intenta asegurar a una determinada persona una cierta posición fáctica».²⁴¹ Así, el otorgamiento de eficacia al cumplimiento de las obligaciones correlativas a un derecho puede ser implementado por diferentes medios, tales como las sanciones penales, o las acciones procesales mediante las cuales el sistema jurídico faculta al titular del derecho para obtener la reparación de daños y perjuicios, la compensación por enriquecimiento indebido, que cualquier otro que está en posesión de la cosa sin derecho, la entregue, etcétera.²⁴² A estos instrumentos aptos para la protección de los derechos se los suele denominar *garantías*. En este sentido, con el término “garantía” se alude a la institución de seguridad o protección a favor del individuo para que éste disponga de medios que tiendan a hacer efectivo el ejercicio de los derechos frente al riesgo de que sean desconocidos. En consecuencia, se trata de mecanismos instaurados por el legislador en resguardo de ciertos derechos que, concebidos de manera amplia, trascienden las vías jurisdiccionales.²⁴³

En este sentido, cuando el ordenamiento jurídico dota de algún mecanismo de protección tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones correlativas al derecho, o a sancionar el incumplimiento de las mismas, nos encontraríamos con un derecho subjetivo protegido, es decir, que al derecho correlacionado con la obligación se le suma lo que HART describe como el “parámetro de protección de la pretensión” (*protective parameter of*

²⁴⁰ Véase ROSS 1963.

²⁴¹ ROSS 1963: 191-192.

²⁴² La acción procesal es uno de los medios jurídicos para asegurar la efectividad del derecho sustantivo que posee un individuo respecto de otro. Cf. KELSEN 1960: 148. En el punto 1 de este Capítulo señalé que KELSEN 1960: 138-157 distingue la noción de derecho subjetivo de la noción de acción procesal denominando a la primera “derecho subjetivo reflejo de una obligación” y a la segunda “derecho subjetivo en sentido técnico”.

²⁴³ GUASTINI 2001 sostiene que si bien la garantía de tipo jurisdiccional es la típica de protección de los derechos, deben ser consideradas como tales «todas aquellas técnicas de organización constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes» (GUASTINI 2001: 220). En el mismo sentido, pero refiriéndose a las garantías de los derechos sociales, véanse PISARELLO 2001, 2007: 11-138; ABRAMOVICH y COURTIS 2001; ABRAMOVICH 2006; COURTIS 2009. Entre otros, se mencionan mecanismos tutelares de naturaleza política-deliberativa, y sociales en sentido amplio.

claim-rights).²⁴⁴ La ausencia de estos mecanismos de protección no significa la inexistencia del derecho. En las sociedades democráticas actuales, los derechos subjetivos son generalmente asociados a tales garantías. Sin embargo, es importante retener que son dos nociones diferentes. Su confusión puede resultar no solamente en creencias erróneas sobre qué cuenta como “tener derecho a”, sino también en expectativas erróneas sobre qué podemos reclamar ante la justicia, y qué nos debe ser otorgado en tanto titulares de derechos.

7.1. La tesis normativa de la distinción

Afirmar que cuando el legislador incluye un derecho social en la constitución sin la previsión de una garantía ello equivaldría a la expresión de normas programáticas dirigidas al legislador sin ninguna consecuencia jurídica para el caso de su desconocimiento, difumina la diferencia entre los derechos subjetivos y las garantías instituidas para otorgarles eficacia. Desde una concepción semejante, la propia existencia de los derechos resultaría negada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción, y cuya falta se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos.

Luigi FERRAJOLI ha insistido en que equiparar los derechos con las garantías efectivas de protección que establece un ordenamiento jurídico es un error conceptual que además conlleva consecuencias prácticas muy negativas para un sistema constitucional.²⁴⁵ Según FERRAJOLI esta identificación entre derechos y garantías nos obligaría a contemplar como “derechos sobre el

²⁴⁴ HART 1982b: 171.

²⁴⁵ FERRAJOLI 1997: 249-250; 2001a: 45-52; 2001b: 180-196. Para este autor, un derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva (o de prestación) o negativa (de no sufrir lesión) atribuida a un sujeto por una norma jurídica, a la que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibición (de lesión). A estas obligaciones y prohibiciones las llama “garantías primarias”. Los remedios prestados por el ordenamiento jurídico para prevenir o reparar las violaciones de las garantías primarias las denomina “garantías secundarias” (cf. FERRAJOLI 2001a: 26, 45-46). Así, el cumplimiento directo de las obligaciones correlativas a los derechos importa la obediencia de las garantías primarias; en tanto que las garantías secundarias sólo se activarían como medio de reparación ante la desobediencia de las primeras.

papel²⁴⁶ las conquistas más importantes del constitucionalismo moderno: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, sólo porque la creación jurídica de estos derechos no se ha visto acompañado de la elaboración de un sistema adecuado de garantías.²⁴⁷

Las garantías serían, para FERRAJOLI, las técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por ende, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.²⁴⁸ Según el autor, los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas.²⁴⁹ Y ello se aplica tanto para los derechos de libertad correlacionados con deberes negativos como para aquellos derechos sociales correlacionados con deberes positivos.²⁵⁰ De allí que para FERRAJOLI la importancia de la distinción entre derechos y garantías residiría en advertir que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa y que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas. Por consiguiente, la falta de garantías debería ser considerada, para este autor, «como una indebida *laguna*» que los poderes políticos tienen la obligación de llenar, «del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deberían ser concebidas como

²⁴⁶ Tal es la denominación que GUASTINI utiliza en oposición a los “verdaderos” derechos. GUASTINI sostiene que los verdaderos derechos son los que satisfacen tres condiciones de manera conjunta: están garantizados mediante tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados frente a un sujeto obligado determinado; y tienen como contenido una obligación de conducta (de hacer o de no hacer) definida. Los derechos atribuidos o proclamados por una norma jurídica que no satisfacen alguna de estas tres condiciones son derechos ficticios o “sobre el papel” (cf. GUASTINI 1999: 179, 185-188; 2001: 220-221).

²⁴⁷ Cf. FERRAJOLI 2001a: 45.

²⁴⁸ Cf. FERRAJOLI 2001a: 49-50.

²⁴⁹ Cf. FERRAJOLI 2001a seguimos teniendo un derecho jurídico, como razón positivizada para la acción, si está reconocido en una norma aunque no tengamos mecanismos adecuados para garantizar su eficacia.

²⁵⁰ Cf. FERRAJOLI 2001a: 50.

antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como *actos ilícitos* o anular como *actos inválidos*». ²⁵¹

7.2. *Presupuestos de la distinción*

Joseph RAZ ha sostenido que muchas explicaciones acerca de qué son los derechos subjetivos toman a los derechos subjetivos jurídicos como base para el análisis de los derechos en general, lo que conduciría a una visión distorsionada de la cuestión. ²⁵² Para RAZ, una familia de concepciones semejantes estaría conformada por aquellas explicaciones que basan los derechos subjetivos en potestades normativas para hacer efectivos deberes o aplicar sanciones en caso de inobservancia de tales deberes. ²⁵³ La razón que explicaría este tipo de posiciones, según el autor, sería la siguiente: un sistema normativo institucionalizado, como los sistemas jurídicos, consistiría en reglas basadas en ciertas fuentes sociales que ciertos órganos de decisión tienen el deber de identificar y aplicar en virtud de una regla de reconocimiento. La aplicación de tales reglas normalmente perseguiría la obtención de remedios o el aseguramiento de sanciones por la violación de los derechos subjetivos, el incumplimiento de sus obligaciones, o la prevención de tales comportamientos. ²⁵⁴

Como casi siempre se litigaría persiguiendo dichos objetivos, resultaría tentador concluir que solamente pueden ser derechos subjetivos jurídicos aquellos respecto de los cuales se puede accionar judicialmente para intentar la reparación o el castigo. Pero esto, para RAZ, sería un error. En los sistemas jurídicos serían comunes derechos subjetivos (y deberes) jurídicos a los que no podría otorgarse eficacia y cuya violación no daría lugar a castigos judiciales o remedios de otro tipo. Por lo que según RAZ más allá de la

²⁵¹ Cf. FERRAJOLI 2001a: 50 (énfasis en el original). Ahora bien, es un hecho que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, la enunciación constitucional de los derechos sociales a la provisión de prestaciones positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de mecanismos de defensa y justiciabilidad. Véase que según FERRAJOLI 2001a: 52, entre otros obstáculos de naturaleza política, la satisfacción de los derechos sociales sería eventualmente incompatible con la lógica del mercado.

²⁵² Cf. RAZ 1984: 2.

²⁵³ Cf. RAZ 1984: 3.

²⁵⁴ Cf. RAZ 1984: 3.

crítica a que esa situación fáctica podría dar lugar, no habría justificación para negar su existencia.²⁵⁵

Piénsese, por ejemplo, que con relación a una cierta deuda, el acreedor puede haber perdido la posibilidad de accionar judicialmente para exigir su satisfacción a causa del vencimiento de los plazos relativos a la prescripción de la acción, sin que por ello la deuda deje de existir. Tal es uno de los supuestos que da origen a las obligaciones naturales.²⁵⁶ Podría incluso pensarse, inversamente, que una persona tiene el derecho a demandar judicialmente a otra el pago de una suma de dinero, aún si el reclamo es injustificado por no existir la deuda (*i.e.*, el derecho sustantivo). De manera general, esta es una distinción común en el ámbito del derecho civil. Así, la regulación en el derecho civil distingue entre el sujeto del derecho y la capacidad de obrar, o la asignación de la titularidad del derecho y la asignación del ejercicio de la acción en su resguardo, que pueden o no coincidir en la misma persona.²⁵⁷ Asimismo, la noción de derechos *in rem* antes examinada no debería confundirse con los mecanismos de protección judicial consistentes en las denominadas acciones reales o *in rem*. Los derechos subjetivos *in rem* podrían protegerse mediante el establecimiento jurídico de acciones personales. Una cosa sería el *ius in rem* y otra el tipo de procedimiento (o acción procesal) dispuesto por el ordenamiento jurídico para protegerlo.²⁵⁸

El derecho, de manera típica, pero no exclusiva, acordaría a los titulares de derechos subjetivos la potestad para iniciar acciones judiciales a fin de garantizar tales derechos u obtener compensación por las violaciones que de ellos se suscitaran. Esto habría motivado, de acuerdo con RAZ, que algunos autores que se ocupan del tema hayan concluido que ostentar un derecho subjetivo jurídico (o al menos cierta clase de derechos subjetivos jurídicos) equivaldría a tener control sobre los deberes correlativos, esto es, a contar con la potestad para iniciar acciones judiciales protectoras. Otros

²⁵⁵ Cf. RAZ 1984: 3.

²⁵⁶ Por ejemplo, en el sistema jurídico argentino si el deudor paga una deuda cuya acción de reclamo ha previamente prescrito, no tiene derecho luego a exigir la devolución de ese pago. Véase el artículo 512 del Código Civil argentino sobre la definición de las obligaciones naturales.

²⁵⁷ Por ejemplo, en el caso de los derechos de los menores e incapaces, la acción de protección de los derechos es ejercida por sus padres o tutores. O en el caso del patrimonio hereditario, que puede ser innominado, pero otorgarse acciones sobre el mismo a ciertos sujetos.

²⁵⁸ Véase HOHFELD 1917: 93.

directamente, afirma el autor, habrían colegido que tener un derecho subjetivo en general (y no simplemente un derecho subjetivo jurídico) no sería más que poseer una potestad normativa para controlar los deberes correlativos a ese derecho y, en consecuencia, tratarían de encontrar análogos no jurídicos de las garantías y sanciones jurídicas.²⁵⁹

La identificación entre derechos y sus mecanismos de protección únicamente estaría justificada, para RAZ, si se asume una concepción reduccionista de las normas jurídicas, según la cual todas las normas jurídicas tendrían como rasgo común la imputación de una sanción coactiva. Pero un reduccionismo semejante, tal como lo ha expuesto HART, resultaría insostenible.²⁶⁰

Por último, es interesante mencionar que desde una perspectiva distinta también se ha descalificado la existencia de un derecho social cuando éste no ha sido dotado de mecanismos de protección. Se trata de la posición según la cual, asumiendo un punto de vista descriptivo, un derecho social constitucional carente de garantías no existe o es como si no existiera. Esta afirmación puede ser verdadera en una cierta sociedad. Como también podría serlo, desde la misma perspectiva descriptiva, la afirmación de que, pese a la consagración constitucional del derecho a la seguridad física en un ordenamiento jurídico, cuando delincuentes atacan y lesionan a personas y la policía fracasa en detenerlos, el derecho a la seguridad física no existe o es como si no existiese en esa sociedad. Algunos teóricos van más allá todavía por cuanto exigen para el reconocimiento de la existencia de un derecho social la comprobación de la voluntad y la capacidad de las instituciones de un cierto sistema jurídico de imponer sus deberes correlativos.²⁶¹ Tales afirmaciones pertenecen a un nivel distinto —el descriptivo—, y no pueden servir para sustituir el punto de vista de la teoría del derecho.²⁶²

En suma, afirmar en el plano conceptual la existencia de un derecho social y su obligación correlativa, no quiere decir necesariamente respecto del sujeto obligado: a) que será susceptible de una sanción en caso de incumplimiento de su deber; b) que será pasible de ser sometido a un proceso

²⁵⁹ Cf. RAZ 1984: 4-5.

²⁶⁰ HART 1998: Capítulo 3.

²⁶¹ Véase JAMES 2003 quien se pregunta si «no es una burla sostener que los derechos son exigibles en circunstancias donde los agentes responsables de garantizarlos carecen del poder o la voluntad de hacer realidad sus obligaciones» (JAMES 2003: 136). En sentido similar EDDY 2008: 466-467.

²⁶² Véase FERRAJOLI 2000b: 167-169.

a través de una acción (como ocurre, por ejemplo, con una obligación respecto de la cual la acción de quien tiene el derecho correlativo está prescripta); c) que si realiza un comportamiento contrario al que está obligado su acto será nulo; ni d) más en general, que deba seguirse alguna consecuencia del incumplimiento de la obligación; pero tampoco e) *que si ninguna de estas consecuencias jurídicas se siguen, no existe el derecho subjetivo de contenido social o su obligación correlativa.*

Por lo tanto, cabría distinguir conceptualmente entre los derechos y sus garantías, y tener presente que la falta de las segundas no implica la inexistencia de los primeros o la ausencia de efectos jurídicos. De allí que sería relevante advertir que, además del establecimiento de un derecho subjetivo social protegido con una garantía de justiciabilidad por el órgano máximo de tutela, por ejemplo, cabría reconocer la posibilidad de que los sistemas jurídicos estatuyan otras formas jurídicas y otros mecanismos de protección con diversos efectos.²⁶³

La constatación de la posibilidad de grados de protección más débiles de las exigencias sociales —en comparación con la forma robusta de un derecho subjetivo constitucional garantizado judicialmente— podría carecer de relevancia para quienes abogan por la máxima garantía de los derechos sociales. Es cierto que desde posiciones afines al reconocimiento robusto de los derechos sociales la afirmación de la existencia de *algún* efecto jurídico (esto es, un efecto debilitado) como consecuencia del establecimiento de un derecho social constitucional sin garantía judicial (al que se denomina “derecho de papel”) no haría al fondo de lo que se pretende como cuestión política. Lo que se propondría desde esta perspectiva es que tenemos razones para exigir al Estado que garantice a los derechos sociales con la misma intensidad que lo hace respecto de los derechos civiles y políticos.²⁶⁴ Estas consideraciones, así como las posiciones según las cuales los derechos sociales no deberían tener los mismos mecanismos de protección judicial que los derechos civiles y políticos y, en consecuencia, no podrían ser propiamente entendidas como verdaderos

²⁶³ Véase el Capítulo 2.

²⁶⁴ Por ejemplo, véase FERRAJOLI 2001a: 45-52; 2001b: 180-196, para quien la ausencia de normas jurídicas que prevean los mecanismos de protección de los derechos subjetivos (esto es, las “garantías secundarias” en su terminología) daría lugar a lagunas jurídicas que los legisladores deberían subsanar.

derechos,²⁶⁵ se basan en tesis normativas que, en tanto tales, requieren de una adecuada justificación. Sin embargo, la distinción conceptual entre un derecho y los mecanismos de protección que instituye el legislador en un cierto ordenamiento jurídico tendientes a procurar su cumplimiento no debería ser identificada con la cuestión normativa acerca de si hay o no razones morales para dotar a una cierta exigencia de una determinada regulación jurídica, o bien para garantizar su cumplimiento.

8. Formas jurídicas de regulación de los derechos sociales

Las discusiones previas han servido para comprender con mayor claridad el marco conceptual de los derechos sociales. En particular, el análisis de la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones, y de la tesis de la independencia conceptual entre los derechos y sus garantías, me permitirá ahora introducir una distinción entre formas jurídicas de regulación de los derechos sociales.

Desde un punto de vista estructural debería considerarse la posibilidad de distinguir a los derechos subjetivos de otras formas de regulación jurídica de las exigencias sociales: las directrices políticas y las meras gracias. Para ilustrar estos distintos tipos de regulaciones emplearé como ejemplo transversal la exigencia social a la educación.

8.1. Los derechos subjetivos

Hasta ahora me he referido a los derechos sociales como derechos subjetivos en sentido estricto (según la terminología hohfeldiana) o derechos correlacionados con una obligación de hacer. La obligación de hacer que es contenido de la mayoría de los derechos sociales podría consistir, de un lado, en el mandato de realizar una determinada acción o proveer una cosa y, del otro lado, en el mandato de lograr un objetivo o alcanzar un cierto estado de cosas.

Los derechos sociales correlacionados con obligaciones de realizar una acción podrían ser promulgados por un cierto ordenamiento jurídico como *reglas de acción*.²⁶⁶ Como hemos visto antes, no habría ninguna

²⁶⁵ Por ejemplo, ZOLO (1994: 29-35; 2001: 93-95) propone denominarlos “servicios sociales”, entendiéndolos como «prestaciones asistenciales, discrecionalmente ofrecidas por el sistema político» (ZOLO 2001: 94). Véase también CROSS 2000.

²⁶⁶ Cf. ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 30.

particularidad conceptual respecto del contenido de los derechos sociales que impidiera que un sistema jurídico dado los considerara como tales. Por ejemplo, el deber de entregar a los estudiantes el material de estudio escolar. Los derechos sociales también se correlacionarían con un mandato de no hacer o abstención de cierta acción o comportamiento respecto del titular del derecho, como por ejemplo el derecho a la libertad de enseñanza correlacionado con la obligación del Estado y de los terceros de no interferir limitando dicha libertad, tal como se encuentra regulado en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Los derechos sociales correlacionados con obligaciones pueden estar expresados en los textos jurídicos en otro tipo de pautas como las *reglas de fin*.²⁶⁷ Las reglas jurídicas de fin, según la definición de Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, serían normas regulativas o de mandato que imponen como deber «*la obtención de un cierto estado de cosas*.»²⁶⁸ Según estos autores, lo relevante de la distinción de las reglas de fin, en comparación con las reglas de acción, es que una regla de fin ordena la producción de un estado de cosas o un fin como concluyentemente obligatorio, sin prescribir los medios «*causalmente idóneos*» para obtenerlos. Este tipo de regla se vulneraría cuando no se obtiene el estado de cosas ordenado, con independencia de los medios elegidos librados a la discreción de la autoridad gubernamental.

El derecho social a la provisión de educación obligatoria gratuita respecto de todos los ciudadanos, por ejemplo, podría adoptar esta forma jurídica en tanto impondría la obligación sobre el Estado de instituir un sistema de educación para que los ciudadanos reciban educación gratuita. Es decir, si bien es exigible que la educación sea provista la elección por parte de las autoridades estatales de los medios idóneos para obtener ese fin es discrecional. En este sentido, lo que el Estado deberá hacer es diseñar y crear estructuras (construir escuelas, capacitar a los docentes, diseñar el programa de estudios, etcétera) y dotarlas de fondos para cumplir el fin de suministrar educación pública y gratuita. En otras palabras, la obligación que se establece a través de la adopción de esta forma de regulación jurídica de un derecho social está dirigida al legislador en tanto mandato jurídico con un contenido concreto: promulgar las leyes necesarias para poner en funcionamiento un sistema educacional accesible. La amplia libertad de

²⁶⁷ Cf. ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 30. Véase también SASTRE 2001: 265-266.

²⁶⁸ ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 30.

configuración que esta forma jurídica brinda al legislador no es óbice, sin embargo, para negar los límites que se imponen en tanto mandatos de fin. Por ello, nada obstaría el establecimiento de mecanismos de protección como el control jurisdiccional de la labor legislativa (o de su falta), esto es, del mal cumplimiento o del incumplimiento legislativo de su obligación de regular los medios para lograr el fin constitucionalmente ordenado. En efecto, en varios sistemas jurídicos se prevé, por ejemplo, la posibilidad de entablar una acción de declaración de inconstitucionalidad por omisión de la legislación correspondiente.²⁶⁹ En todo caso, la justiciabilidad de un mandato de fin no comprendería la posibilidad de que un juez otorgue una prestación concreta (como por ejemplo, la construcción de cierto número de escuelas en una cierta localidad) a alguna persona que así lo demande.

Sin embargo, una vez que la estructura educativa ha sido puesta en marcha, el establecimiento de un derecho social como derecho subjetivo jurídicamente garantizado significará que las personas pueden exigir ante el órgano competente el cumplimiento del deber correlativo a su derecho individual a la inclusión en esa estructura de provisión de educación pública y gratuita.

8.2. Las directrices

Las exigencias sociales pueden también estar jurídicamente reguladas como *directrices*.²⁷⁰ Las directrices o normas programáticas se entienden como un tipo de pauta que manifiesta un objetivo o un estado de cosas que ha de ser alcanzado porque favorece o asegura una situación económica, política o social que se considera deseable, buena o valiosa.²⁷¹ Mediante este tipo de regulación no se prescribe una acción específica ni se la prohíbe, ni tampoco se ordena producir un estado de cosas o alcanzar un fin. Esto es, no se trata

²⁶⁹ Véase la previsión de esta posibilidad en los ordenamientos portugués, brasileño y húngaro, en FERNÁNDEZ 1998: 85, citado en PISARELLO 2007: 98-99.

²⁷⁰ Cf. ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 33. No debe confundirse este sentido de directriz como regulación jurídica con la noción de “políticas” (*policy*) según es entendida en DWORKIN 1993: 72-73, 158-162. A diferencia de la distinción entre formas de regulación jurídica de las exigencias sociales, la discusión dworkiniana alrededor de las “políticas” y su distinción con los principios en sentido estricto se presenta en el plano de la fundamentación normativa de las exigencias morales.

²⁷¹ Véanse JONES 1994: 65; ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 33-34. Según ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 34 la noción de “mandatos de optimización” de ALEXY 1988: 153 daría buena cuenta de lo que se entiende por directrices.

de un derecho subjetivo en sentido estricto o derecho correlacionado con una obligación. Sin embargo, es usual tanto en la discusión académica como en el uso cotidiano referirse a derechos sociales también cuando se encuentran regulados como directrices. En este sentido debe entenderse que se trata de una noción amplia de derechos.

Generalmente, las exigencias sociales reguladas como directrices no están dotadas de garantías adicionales de petición ante la justicia. De este modo, se diferenciarían de los derechos sociales como derechos subjetivos garantizados en que la falta de cumplimiento de la promoción del objetivo dispuesto en una directriz no podría ser alegada jurisdiccionalmente como violación de un derecho individual. En esta forma jurídica los individuos serían meros beneficiarios de las directrices que adopte el legislativo. En tanto tales, estos no tendrían una acción procesal para reclamar ante un juez por el incumplimiento del establecimiento de una cierta directriz educativa, por ejemplo. Sin embargo, esto no significa que las directrices no puedan ser justiciables en absoluto. La justiciabilidad, como se ha señalado reiteradamente, es un concepto gradual que puede ser promovida a través de diferentes mecanismos de protección según cada contexto y ordenamiento jurídico.²⁷²

Como ejemplos de directrices educacionales pueden mencionarse formulaciones tales como la exigencia de que los estudiantes adquieran ciertas destrezas, como la capacidad de comunicarse en otras lenguas, trabajar en equipo, aprender a utilizar nuevas tecnologías, etcétera; la mejora de infraestructuras para la educación y formación de los ciudadanos; el fomento de la libre circulación de profesores, estudiantes, investigadores; el fomento de la igualdad de oportunidad para un acceso libre a las distintas formas de educación; la baja de índices de fracaso escolar e inclusión social, etcétera.

Por ejemplo, el Preámbulo de la Ley Orgánica de la Educación española de 2006 establece que la reforma del sistema educativo español debe guardar estrecha relación con las directrices de la política educativa de la Unión Europea:

«El tercer principio que inspira esta Ley consiste en un compromiso decidido con los objetivos educativos planteados por la Unión Europea para los próximos años. El proceso de construcción europea está llevando a una cierta convergencia de los sistemas de educación y formación, que se ha traducido en el establecimiento de unos objetivos

²⁷² Véase, por ejemplo, PISARELLO 2007: 88-89.

comunes para este inicio del siglo XXI. La pretensión de convertirse en la próxima década en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica, capaz de lograr un crecimiento económico sostenido, acompañado de una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y de una mayor cohesión social, se ha plasmado en la formulación de unos objetivos educativos comunes».²⁷³

Se observa que las directrices de la Unión Europea son adoptadas por los países miembros como parte de la regulación del derecho a la educación en su territorio. La forma de regulación jurídica a través de directrices también es utilizada para dotar de ciertos efectos a las exigencias civiles y políticas, además de como derechos subjetivos. Por ejemplo, aquellas suelen ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos través de políticas informativas, lingüísticas, de género, de seguridad, etcétera.

8.3. Las meras gracias

Hay un tercer tipo de relación jurídica que consideraré en tanto que un sistema jurídico puede establecerla con relación a los sujetos por lo que resulta también de interés destacar. Se trata de lo que suele denominarse una *gracia* o *favor* acordada por el Estado a los individuos. Dicha forma de relación jurídica se presenta cuando, habiéndose satisfecho ciertas condiciones requeridas, el Estado tiene la facultad –pero no la obligación– de otorgar un beneficio o prestación a una persona o conjunto de personas; vale decir, que los beneficiarios no pueden exigir tales prestaciones al Estado.

De este modo, se entendería la mera gracia como una *norma permisiva*. De tal manera, podría sin mayor arbitrariedad incluirse dentro de la noción de derecho en sentido amplio, aunque muy débil, a este tipo de relación jurídica. Se tendría en cuenta, para ello, el hecho de que quien pretende obtener el beneficio o prestación, si satisface ciertas condiciones, puede petitionar su otorgamiento a la autoridad correspondiente y eventualmente obtenerlo, más allá de que esta última no esté obligada a concederlo y de que no exista, por ende, mecanismo alguno para exigirlo. Como se ha visto, el término “derecho” se puede usar de manera amplia para aludir a un “derecho simple”, que refiere a ciertos tipos de regulación jurídica en los que no hay

²⁷³ Preámbulo de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), publicada en el Boletín Oficial de España (BOE) el 4 de junio de 2006.

obligación correlativa, ni sujeto obligado, ni acción para exigir su cumplimiento.²⁷⁴ No obstante, si se pone el énfasis en la discrecionalidad del Estado respecto de tales peticiones, también podría decirse que no cabría denominar *derecho* a dicho tipo de relación jurídica, sino diferenciarlo de todo aquello a lo cual se denomina de ese modo. Ahora bien, si se descarta el esencialismo no habría inconveniente en calificar a la gracia de uno u otro modo según se quiera resaltar las similitudes o las diferencias con los casos más paradigmáticos del uso del término “derecho”.

Aquí también habría que distinguir entre una *gracia como acción* y una *gracia como fin*. En el caso de regularse una exigencia social en la forma de gracia como acción, podría ser que una vez que el beneficio ha sido otorgado se convierte en un derecho adquirido (en el sentido de que pasa a formar parte del patrimonio –entendido ampliamente– del beneficiario) que es oponible, debe ser respetado por todos los demás y puede dar lugar a acciones en caso de desconocimiento o incumplimiento.²⁷⁵ Supóngase la decisión del Estado de proveer discrecionalmente de ordenadores portátiles a los estudiantes de escuela primaria dentro de su territorio. Esta decisión consistente en una acción podría ser instituida como gracia en el sentido de que ningún estudiante tendría el derecho de exigir que le sea entregado un ordenador portátil. Sin embargo, una vez que el Estado le ha entregado el ordenador a un estudiante, éste adquiere el derecho de uso y goce, y dependiendo de la configuración de la entrega, podría adquirir también la propiedad del mismo.

Una exigencia social también podría regularse débilmente en la forma de una gracia como fin. Se trataría de aquellos supuestos en que el beneficio consistiría en la obtención un estado de cosas o el logro de un objetivo. En este sentido, el instituto de la gracia estaría sujeto a revocación por el gobierno. Así, podríamos imaginar la decisión del Estado de favorecer a algunos estudiantes con viajes a otros países para que aprendan diversas culturas, lenguas, etcétera. El Estado, de manera discrecional, estaría facultado para otorgar la gracia y mantenerla a algunos estudiantes entre aquellos que cumplan ciertos requisitos. Asimismo, podría concluir la concesión también de manera discrecional. Si bien puede tratarse de una

²⁷⁴ Véase el punto 6 de este Capítulo.

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, en el Código civil francés los artículos 21.14.1 a 21.27 sobre los modos de adquirir la nacionalidad francesa por naturalización, y el Decreto N^o 93 del 30 de diciembre de 1993, relativo a las declaraciones de nacionalidad y a las decisiones de naturalización.

protección muy débil, que nos haga dudar que tengamos buenas razones para incorporarla como tal en un sistema jurídico, todavía deberíamos distinguir esta situación jurídica de la ausencia absoluta de regulación.

En suma, la relevancia de la distinción de los tipos de regulación jurídica de los derechos sociales entre derechos subjetivos en sentido estricto como reglas de acción y como reglas de fin, directrices y meras gracias, es doble. De un lado, es importante subrayar que aquellas exigencias sociales de prestación positiva pueden ser reguladas como derechos subjetivos sin que exista obstáculo conceptual para ello. Del otro lado y de manera complementaria, es fundamental enfatizar que es un error considerar que las exigencias sociales sólo pueden ser reguladas jurídicamente como directrices o normas programáticas por razones conceptuales.²⁷⁶ La regulación de las exigencias sociales como derechos subjetivos en sentido estricto, directrices, o meras gracias, son formas jurídicas disponibles, cuya elección para proteger las exigencias sociales en un sistema jurídico concreto dependerá de su justificación normativa. Este criterio de protección de las exigencias sociales relativo a las formas de regulación jurídica debe ser completado con el criterio de la protección institucional que examinaré en el Capítulo 2.

9. Conclusión

El objetivo de este capítulo ha sido mostrar, en primer lugar, que las características de los derechos sociales poseen una estructura similar a las de los derechos civiles y políticos. La distinción entre unos y otros, dada por su contenido diferente, no basta para excluir a los derechos sociales como genuinos derechos. En segundo lugar, que es de fundamental importancia realizar las oportunas precisiones conceptuales con vistas al estudio de la fundamentación político-moral de los derechos sociales. En este sentido, las distintas objeciones dirigidas contra los derechos sociales que se han ido analizando han servido para mostrar por un lado, que en los argumentos en contra de las exigencias sociales como derechos se confunden las cuestiones conceptuales con los argumentos morales, políticos o ideológicos. Por el otro lado, que en algunos casos la interpretación privilegiada que se les da a los derechos civiles y políticos está conceptualmente injustificada.

²⁷⁶ Por ejemplo, véase DAVIS 1992: 478.

Las precisiones realizadas acerca del estatus conceptual de los derechos sociales son relevantes para el análisis de su fundamentación político-moral, lo cual es, con frecuencia, pasado por alto en los estudios sobre el tema. Como hemos visto, dicha inadvertencia conduce frecuentemente a que las cuestiones no sean planteadas correctamente y, en consecuencia, a que las respuestas que se ofrecen como solución resulten insatisfactorias. En este sentido, es habitual sostener que las exigencias sociales *no podrían* ser establecidas como derechos jurídicos. La negativa se suele fundamentar en que el establecimiento jurídico de exigencias sociales impondría sobre el Estado deberes cuya satisfacción es sumamente costosa. Pero si lo que se pretende sostener es que *no deberían* consagrarse como derechos jurídicos algo que, por ejemplo, obligue al Estado más allá de sus posibilidades económicas desde una perspectiva político-moral e ideológica singular, lo que debería sostenerse claramente es que las exigencias sociales, no obstante podrían configurarse como derechos, el sistema jurídico en cuestión no debería hacerlo de acuerdo con el punto de vista de una particular concepción normativa.

Así, una vez entendido que, la cuestión de los costes, por ejemplo, consiste en un problema correctamente encuadrado dentro de la justificación normativa de los derechos sociales, y no relativo a su concepto o estructura lógica, queda abierto el terreno para discutir sobre la validez de los argumentos a favor o en contra del establecimiento jurídico de las exigencias sociales y de las garantías jurídicas con que se las debe tutelar según las distintas teorías normativas rivales. En el capítulo siguiente, completaré el criterio relativo al estatus jurídico con el análisis de los sistemas de protección institucional de los derechos sociales.

CAPÍTULO 2

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción

Las discusiones sobre la fundamentación político-moral a favor de la protección de los derechos sociales, o su rechazo, generalmente adoptan posiciones que empiezan y terminan en el examen de la justificación de su institucionalización constitucional. Y en la mayoría de las veces, sólo atienden a la forma robusta del control de constitucionalidad. Tales análisis parecieran pasar por alto la existencia de regímenes jurídicos alternativos, o la posibilidad de exigir la satisfacción de las exigencias sociales mediante otros tipos de regulación jurídica además de la consistente en la previsión de derechos subjetivos dotados de una garantía constitucional. Considero que la pregunta por la protección de las exigencias sociales es compleja y corresponde examinar la posibilidad de responder a aquella desde distintas aristas, previo a entrar en el debate normativo sobre su justificación en las sociedades democráticas contemporáneas. De allí que en este capítulo propongo extraer un cuadro representativo de la riqueza de posibilidades de protección jurídico-institucionales.

Entiendo que hay dos criterios fundamentales para determinar el grado de protección que un cierto sistema jurídico puede acordar con relación a una cierta situación, por caso, exigencias de orden socioeconómico: a) el tipo de estatus establecido para regular dicha situación (*i.e.*, si se trata de una mera gracia, una directriz política o un derecho subjetivo); y b) la jerarquía jurídica de la que se dota a esa gracia, directriz o derecho (*i.e.*, infraconstitucional o legislativa, y constitucional). Denominaré *modelos de*

protección jurídica a las diferentes posibilidades de protección institucional a que da lugar la combinación de estos dos criterios, los cuales, aunque distintos, están relacionados. Es importante tener presente también que el análisis de la protección de los derechos sociales no se agota en el ámbito estatal. En la actualidad hay que atender también el análisis multinivel de protección internacional, que significa para algunos países el fortalecimiento de sus instancias domésticas de protección y, para otros, una protección supraconstitucional o supraestatal de los derechos.

En mi presentación de los distintos sistemas de protección jurídica, si bien tendré en cuenta la protección prevista para los derechos civiles y políticos a título comparativo, me concentraré en desarrollar los elementos jurídicos de tutela de los derechos sociales entendidos en sentido amplio. Para ello será necesario que previamente introduzca en el punto 2 las características generales de la protección constitucional, común a todos los derechos fundamentales. A continuación examinaré el *criterio de la jerarquía jurídica* distinguiendo los sistemas jurídicos según el alcance de la protección acordada a los derechos sociales: una protección constitucional con la garantía del control robusto de constitucionalidad en el punto 3; una protección constitucional con control débil de constitucionalidad en el punto 4; y una tutela legislativa en el punto 5. Los ejemplos de regímenes jurídicos positivos de los que me valgo para ilustrar las variantes formuladas han sido elegidos teniendo en cuenta la protección que se le acuerda en cada caso a algún derecho social, no al conjunto.²⁷⁷ Aludiré en el punto 6 a la incidencia del derecho transnacional de los derechos humanos respecto de la protección de los derechos sociales en los sistemas domésticos: por un lado, los pactos regionales y, por el otro lado, los tratados internacionales. En el punto 7 examinaré ejemplos extraídos de los ordenamientos jurídicos que muestren las distintas regulaciones jurídicas de las exigencias sociales, utilizando el estudio conceptual realizado en el primer capítulo sobre las diversas formas de regulación. Por último, todo este derrotero me servirá para reconstruir teóricamente en el punto 8 tres modelos de protección de las exigencias sociales.

²⁷⁷ Entiéndase que me refiero a la protección de algún derecho social, no que el criterio de clasificación refiere al conjunto de los derechos sociales. En especial, esta aclaración es importante dado que los sistemas jurídicos no siempre otorgan el mismo tipo de protección a todos los derechos sociales contemplados. Véase el punto 8 de este Capítulo.

2. La protección constitucional

En sentido moderno la idea del diseño institucional denominado *constitucionalismo* nace con las revoluciones liberales conducidas por la burguesía a finales del siglo XVIII, fundamentalmente las revoluciones norteamericana, francesa e inglesa.²⁷⁸ Fue entonces cuando aparecieron los textos que hoy conocemos como constituciones de los Estados, fruto de la ideología liberal encarnada en la obra de MONTESQUIEU, los principios teóricos de la igualdad en las ideas de TOQUEVILLE y el pensamiento político democrático en ROUSSEAU, entre otros destacados pensadores de la época. Dichos textos constitucionales incorporaron un conjunto de derechos y libertades de las personas que se declararon fundamentales, junto con la adopción del principio democrático de que el pueblo es el titular del poder constituyente, y el principio de supremacía constitucional, según el cual se afirma la sujeción de todos los poderes constituidos y sus normas a la constitución.

Ahora bien, desde el punto de vista teórico, el hecho de que se incluyan derechos fundamentales en una determinada constitución no significa que se los está dotando instantáneamente con una garantía de protección constitucional robusta. Puesto que el carácter robusto o débil de la protección constitucional de los derechos depende no sólo de su inclusión en una constitución sino además de otros factores. Al establecimiento de estos en una carta de derechos fundamentales hay que sumarle el rasgo de la cláusula de modificación agravada o inmodificabilidad de la constitución, *i.e.*, el mecanismo de la rigidez constitucional; y el control de constitucionalidad en sus diversas formas. Dotada de estos mecanismos, la inclusión de los derechos fundamentales en general, y de los derechos sociales en particular, en una constitución, obedece a la idea de excluirlos del debate parlamentario (al menos ordinario), e incluirlos en lo que se conoce como una «esfera de lo indecible»²⁷⁹ o «coto vedado»²⁸⁰.

²⁷⁸ Véanse COMANDUCCI 2002; BAYÓN 2004.

²⁷⁹ FERRAJOLI 2001a.

²⁸⁰ GARZÓN 1989b, 1993. Los derechos que integran el «coto vedado», según este autor, «son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida» (GARZÓN 1989b: 209). Para GARZÓN quedarían comprendidos en el núcleo intangible tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, pues estos no se diferenciarían sustancialmente de los primeros «sino que tienen la misma jerarquía» (GARZÓN 1989b: 210).

Así, el constitucionalismo en su acepción restringida se caracteriza, de acuerdo con Juan Carlos BAYÓN, por la conjunción de estos tres elementos vitales:²⁸¹ el límite al poder político representado por los derechos fundamentales; la rigidez de la constitución de manera que ella goce de primacía respecto de la legislación ordinaria; y el mecanismo del control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. Este último, señala BAYÓN, aunque sería conceptualmente independiente de la idea de primacía constitucional, suele ser considerado, en la práctica, un instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.²⁸² Si bien en la actualidad es más usual la utilización de una noción amplia de constitucionalismo de manera de calificar como estados constitucionales también aquellos sistemas jurídicos que presentan sólo alguno de los rasgos mencionados.²⁸³

El supuesto de protección constitucional de los derechos fundamentales (y en especial de los derechos sociales) que mayor controversia genera, por lo tanto, se presenta frente al establecimiento de un derecho subjetivo dotado de la garantía del control robusto de constitucionalidad en un sistema jurídico con dichas características institucionales,²⁸⁴ que a continuación examino brevemente.²⁸⁵

2.1. El atrincheramiento de derechos fundamentales

El postulado de una esfera intangible que requiere la exclusión de algunos temas fundamentales de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana ha sido defendido extensamente. Según Ernesto GARZÓN, por ejemplo, desde el punto de vista jurídico,

²⁸¹ Cf. BAYÓN 2004: 3.

²⁸² BAYÓN 2004: 69. Véase también LAPORTA 2001: 461 quien con apoyo en NINO 1992 destaca la apariencia de la fuerza del argumento que sostiene necesariamente la exigencia de un control judicial como garantía de la supremacía de la constitución.

²⁸³ Por ejemplo, Holanda (con una declaración de derechos pero sin control jurisdiccional de constitucionalidad), o Australia (con una constitución rígida que no incluye declaración de derechos). Véase BAYÓN 2004: 69, nota 4.

²⁸⁴ Por ejemplo, el derecho de todos los individuos a la educación básica obligatoria y gratuita amparado en la Constitución española, artículo 27, Título I, Capítulo II, de los Derechos y Libertades.

²⁸⁵ Para una presentación de algunas de las principales objeciones y réplicas a estos rasgos del diseño constitucional véase el Capítulo 3: puntos 8 y 9.

«los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el estado socio-económico de derecho».²⁸⁶

Los derechos fundamentales desde esta perspectiva deberían constituir un límite material al poder normativo del legislador democrático, esto es, una valla infranqueable al procedimiento ordinario de toma de decisiones por parte de la mayoría. En otros términos, deberían entenderse como delimitando un perímetro respecto de aquello que las mayorías no deberían decidir. Ello sería así, según destaca BAYÓN, porque los derechos fundamentales se caracterizarían por ser «límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio», lo cual significaría que esos derechos pretender amurallar ciertos bienes que, dice el autor, deberían «asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas».²⁸⁷ Su expresión solemne en el texto constitucional, por lo tanto, pretendería recordar a los miembros de la comunidad política, y en particular a los legisladores, que tales derechos deberían entenderse con una validez y una importancia superlativa para esa misma comunidad, por lo que deberían *tomarlos en serio*²⁸⁸ en sus deliberaciones políticas regulares. Ello debería interpretarse, de acuerdo con GARZÓN, como ordenando también la adopción de medidas orientadas a la plena vigencia de los derechos.²⁸⁹ Según esta interpretación, el atrincheramiento de los derechos fundamentales en una constitución no sólo pretendería imponer límites negativos a la voluntad legislativa sino también límites positivos de garantía real de los mismos.

En definitiva, se justificaría aislar del debate político ordinario a un conjunto de derechos constitucionales en tanto expresaría los valores compartidos por la comunidad política, los cuales no deberían estar sujetos a acontecimientos temporales porque lo que se pretende es dotarla de

²⁸⁶ GARZÓN 1993: 162.

²⁸⁷ BAYÓN 2000a: 65. Véase también FERRERES 2000: 36.

²⁸⁸ La expresión corresponde a DWORKIN 1984: 153, donde sostiene que los derechos deberían entenderse como triunfos sobre la justificación de decisiones políticas que establecen objetivos de la sociedad en su conjunto. Véase también DWORKIN 1993: 147-150, 209-233, 289-290.

²⁸⁹ Cf. GARZÓN 1993: 162.

estabilidad a lo largo del tiempo.²⁹⁰ Si esto es así, no bastaría la mera declaración de los derechos y libertades fundamentales en una carta de derechos ya que se podría dudar que su establecimiento a nivel constitucional por sí mismo suponga algún límite al legislador. En cambio, si lo que se pretende es dificultar la reforma de la carta constitucional de derechos por simple mayoría deberían adoptarse ciertos mecanismos institucionales tendientes a hacer efectiva esa dificultad. Y una herramienta institucional ideada para ello es la asignación de rigidez a la constitución.

2.2. La rigidez constitucional

Se suele proteger a la constitución, en tanto norma suprema de un ordenamiento jurídico, con el mecanismo de la *rigidez constitucional*. Esta consiste en la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución «más complejo y costoso que el procedimiento legislativo ordinario» que determina la supremacía de la constitución respecto de la ley.²⁹¹ En términos generales, entonces, una constitución es *rígida* si el procedimiento para reformarla es más gravoso que el procedimiento de elaboración, modificación y derogación de la legislación ordinaria. Un ejemplo de constitución rígida está dado por la Constitución argentina que exige, para su reforma, el consentimiento como mínimo de las dos terceras partes de los miembros del Congreso de la nación y la obligación de llevarla a cabo por una Convención convocada al efecto.²⁹² Por el contrario, una constitución es *flexible* cuando el procedimiento para reformarla es el mismo para la elaboración, modificación y derogación de las leyes ordinarias, y lo lleva a cabo el mismo órgano. Por ejemplo, la Constitución de Nueva Zelanda.²⁹³

Además, un texto constitucional puede estar dotado de un mayor o menor grado de rigidez. Así lo ha mostrado por ejemplo Francisco LAPORTA mediante la presentación de una clasificación de los posibles procedimientos

²⁹⁰ Véase el Capítulo 1: punto 3.3 acerca de la indeterminación de los enunciados sobre derechos. Sobre las ventajas de una formulación abstracta de los derechos como requisito de legitimidad de una constitución rígida véanse FERRERES 2000: 33-36; y MORESO 2009.

²⁹¹ FERRERES 2000: 29.

²⁹² Artículo 30 de la Constitución argentina.

²⁹³ La distinción originaria entre constitución rígida y constitución flexible corresponde a BRYCE 1988. Véanse FERRERES 2000: 30; y ORUNESU 2012: 104.

de reforma constitucional.²⁹⁴ Según el autor, pueden distinguirse once tipos de técnicas procesales que cualifican la rigidez de una constitución, desde aquella que establece una rigidez absoluta dada por cláusulas de intangibilidad para prohibir completamente la reforma de algunas disposiciones constitucionales, hasta un grado mínimo consistente en la exigencia de una simple ley posterior que expresamente deroga o introduce modificaciones a los preceptos de la constitución. Entre ambos extremos LAPORTA menciona procedimientos que presentan una combinación o sólo una de las siguientes técnicas procesales: el veto, la exigencia de mayorías especiales, las cláusulas de enfriamiento y el referéndum.

Además, el grado de rigidez constitucional depende no sólo de la dificultad de su reforma sino también de un conjunto más amplio de factores. Según Víctor FERRERES deben considerarse, por un lado, las siguientes exigencias jurídico-formales:

- a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento se requiere para habilitar la reforma de la constitución (por ejemplo, consentimiento de los legisladores federales y estatales, o sólo de los primeros);
- b) el tamaño de las mayorías requeridas para la reforma (por ejemplo, si se exige una supermayoría parlamentaria o basta la mayoría simple); y
- c) si se exige la participación de los ciudadanos o no.

Por el otro lado, estos factores deben ser situados en un contexto político, histórico y social más extenso (caracterizado, por ejemplo, por el sistema de partidos políticos, la historia del país y las tradiciones políticas cautelosas respecto de las reformas del texto constitucional). Todo ello —los requisitos jurídico-formales y las circunstancias políticas, históricas y sociales— concluye FERRERES, debería tenerse en cuenta al momento de considerar el grado de rigidez de una constitución.²⁹⁵

²⁹⁴ Véase LAPORTA 2001: 465-469. Véase también LINARES 2008: 57, donde se presenta una distinción del grado de rigidez reducida a dos posibilidades: «la rigidez supermayoritaria» y la «rigidez mayoritaria», según que el criterio para llevar adelante la reforma constitucional sea la exigencia de mayorías reforzadas o baste una mayoría absoluta.

²⁹⁵ Cf. FERRERES 2000.

Entonces, a través de algún mecanismo de rigidez constitucional se pretende hacer efectiva la imposición de límites a aquello que los poderes políticos públicos pueden decidir. Por ejemplo, asegurar la indisponibilidad de los derechos fundamentales para el legislador. En este sentido, el rasgo de atrincherar derechos en una constitución combinado con el rasgo de su rigidez implicará en teoría dotar a los derechos constitucionales de un grado elevado de protección acotando aquello que las mayorías democráticas pueden hacer.

2.3. El control de constitucionalidad

El tercer rasgo esencial de este diseño institucional consiste en la instauración de un proceso de supervisión singular por parte de uno o más órganos del poder judicial, o de un órgano constituido al efecto, con el fin de garantizar la supremacía de la constitución. Se trata de un mecanismo mediante el cual se somete a la decisión de cierto órgano la validez de las normas infraconstitucionales según su compatibilidad o no con la constitución.

2.3.1. Criterios de distinción

Los tipos de justicia constitucional de las normas varían según los diversos sistemas jurídicos existentes en el derecho comparado. Las diferencias más relevantes se verifican respecto de a) el momento en el que se efectúa el control; b) los órganos que resultan competentes para hacerlo; c) los efectos de sus pronunciamientos; y d) la fuerza de sus decisiones.²⁹⁶

En cuanto al primer enfoque, *i.e.*, la oportunidad en la que se realiza el control, este puede ser *preventivo* cuando se lo ejerce antes de la promulgación de una norma con el objeto de evitar que se complete el acto de promulgación. Por ejemplo, en el modelo constitucional francés de 1958 las leyes se someten al Consejo Constitucional *antes* de su promulgación.²⁹⁷ De tal manera, este órgano emite *sentencias de anulación* de las leyes, o *sentencias de rechazo*, mediante las cuales declara o bien la no admisión de la queja de inconstitucionalidad, o bien la conformidad, luego de desestimada la queja, que equivaldría a una certificación de constitucionalidad y a partir de

²⁹⁶ Respecto de los tres primeros criterios véase ORUNESU, RODRÍGUEZ, SUCAR 2001: 45-46.

²⁹⁷ Nótese que el Consejo Constitucional francés realiza un control político de constitucionalidad, no judicial.

ese momento, la ley puede promulgarse.²⁹⁸ Según la oportunidad el control también puede ser *reparador* cuando se lo ejercita después de la promulgación de la norma con el objetivo de neutralizar los efectos de tal promulgación. Este control *a posteriori* es el control típico adoptado por la mayoría de los sistemas constitucionales, tales como el sistema argentino, el norteamericano, el italiano, el austríaco. También puede haber sistemas en los que se adoptan las dos variantes.²⁹⁹

Desde la perspectiva de los órganos competentes para realizar el control, el sistema de control puede ser *concentrado* cuando se confiere tal potestad a un órgano jurisdiccional específico (no vinculado a los tres poderes tradicionales). De este modo se configura una jurisdicción constitucional fuera del aparato judicial que controla la constitucionalidad de la leyes de manera exclusiva, exenta del alcance de los poderes públicos a los que el tribunal está encargado de controlar. Este tipo de órgano está compuesto por miembros designados por autoridades políticas y con mandato limitado no renovable.³⁰⁰ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional como ha sido adoptado en las Constituciones de los Estados de Europa continental a partir de la segunda mitad del siglo veinte. En cambio, se trata de un control *difuso* cuando se confiere el poder de revisión a cualquier órgano jurisdiccional, sin distinguirse la justicia constitucional de la justicia ordinaria. Además el tribunal supremo de la nación respecto del control del derecho ordinario a la vez funciona como máximo tribunal respecto de la interpretación de la constitución. Los miembros del máximo tribunal ocupan el cargo de magistrados por lo general de manera vitalicia, como por ejemplo en el sistema norteamericano y en el sistema argentino.

Según los efectos de los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad, existen sistemas de control *inter partes* (o también denominado control *en concreto*), cuyos efectos se restringen al caso particular bajo examen respecto del cual el órgano declara la inconstitucionalidad de una norma. Como por ejemplo el sistema constitucional argentino. También existen sistemas de control *erga omnes* (o también denominado control *en abstracto*), en los

²⁹⁸ Véase FAVOREU 1994: 109.

²⁹⁹ Cf. SAGÜES 1983: 79, citado por ORUNESU, RODRÍGUEZ, SUCAR 2001: 45.

³⁰⁰ Véanse los rasgos principales de los Tribunales constitucionales europeos en FAVOREU 1994: 27-35.

cuales la decisión tiene efectos generales. Así lo proyectó Hans Kelsen y es mayormente adoptado en las constituciones europeas.³⁰¹

Por último, desde el punto de vista de la fuerza o el carácter de sus decisiones, el control de constitucionalidad puede adoptar una forma *robusta* si los pronunciamientos del órgano de control significan la “última palabra” institucional respecto de la constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, el control que realiza el Tribunal Constitucional de España. En cambio, adoptaría una forma *débil* cuando el órgano de control examina la constitucionalidad de la ley pero, aunque su pronunciamiento puede tener diversos efectos respecto de aquella (tales como el veto, la declaración de incompatibilidad, la suspensión temporal), no está autorizado para invalidarla. Como ocurre, por ejemplo, con la “declaración de incompatibilidad” en el sistema jurídico del Reino Unido. Esta última es una característica novel que me interesa incluir particularmente para el análisis posterior de la protección constitucional de los derechos sociales.

Dejaré de lado la variable relativa al primer criterio mencionado, el de la oportunidad en que se efectúa el control, si *a priori* (preventivo) o *a posteriori* (reparador) a la promulgación de una norma, dado que el control de constitucionalidad en la gran mayoría de los sistemas constitucionales se realiza con posterioridad. Así, por razones de simplicidad en la exposición asumiré como fijo el criterio del control reparador y expondré en cambio la combinación de los otros tres pares de variables: según los órganos competentes (difuso/concentrado), según el alcance o los efectos del pronunciamiento (para el caso concreto/efectos generales), y según la fuerza o el carácter de la decisión (robusto/débil).

2.3.2. Modalidades de justicia constitucional

La combinación de las variables examinadas permite considerar a continuación la plausibilidad de ocho alternativas de control de constitucionalidad:

- 1) Control difuso, efectos para el caso concreto y con carácter robusto. Estas características representan, por ejemplo, el sistema norteamericano del control de constitucionalidad de los derechos civiles y políticos.

³⁰¹ Hans Kelsen es el creador de la institución del Tribunal Constitucional como un órgano especializado con competencia exclusiva para decidir la constitucionalidad de una ley y con capacidad para imponer su criterio interpretativo a los demás tribunales. Véase Kelsen 1988, 1995.

- 2) Control difuso, efectos para el caso concreto y con carácter débil. Un sistema de este tipo podría estar representado, hipotéticamente, en un sistema jurídico como el argentino o el norteamericano, en aquellos casos en los que se facultara al órgano de control a emitir un pronunciamiento respecto de la protección de un derecho social en sentido amplio, pero careciera de la potestad para imponerlo autoritativamente o para declarar la invalidez de la norma que se revisa.
- 3) Control difuso, efectos generales y con carácter robusto. Este modelo está representado por el sistema canadiense respecto de algunos derechos especificados en la Sección 33 de la *Carta de Derechos y Libertades*, tales como los derechos políticos (Sección 3 a 5), los derechos de movilidad (Sección 6), y los derechos relativos a la lengua (Sección 16 a 23).
- 4) Control difuso, efectos generales y con carácter débil. Un ejemplo de este modelo estaría dado por la cláusula “no obstante” (*notwithstanding clause*) prevista en la Sección 33 de la *Carta de Derechos y Libertades* del sistema canadiense de justicia constitucional para todos los derechos que no han sido exceptuados.
- 5) Control concentrado, efectos para el caso concreto y con carácter robusto. Por ejemplo, el sistema constitucional de Uruguay desde la Constitución de 1967.³⁰²
- 6) Control concentrado, efectos para el caso concreto y con carácter débil. Si bien no hay un sistema jurídico que se presente con estas características en la actualidad, podría pensarse en un ejemplo en el cual el órgano específico de control se pronuncia respecto de un caso particular y cuya decisión no tiene carácter final. Así, por ejemplo, en el sistema uruguayo si el órgano jurisdiccional resolviera en un caso particular que se debe alcanzar cierto fin sin especificar los medios para obtenerlo, dejando a la legislatura la adopción de estos con carácter último.
- 7) Control concentrado, efectos generales y con carácter robusto. Por ejemplo, la mayoría de las constituciones adoptadas en Europa continental (por ejemplo, las Constituciones de Austria, Alemania, Italia, España, Portugal, Bélgica, etcétera).

³⁰² Cf. ROSSEN 1974: 790, citado por LINARES 2008: 179.

8) Control concentrado, efectos generales y con carácter débil. Como por ejemplo el sistema jurídico del Reino Unido a partir de la inclusión de la *Carta de Derecho Humanos* de 1998.

De estas ocho modalidades de control de constitucionalidad, la número 1 representaría el denominado modelo *americano*³⁰³, y la número 7 encarnaría el denominado modelo *continental-europeo*³⁰⁴, como han sido tradicionalmente concebidos en relación con la revisión de constitucionalidad de las normas sobre derechos civiles y políticos.³⁰⁵

Teniendo presente esta introducción básica sobre el constitucionalismo y los sistemas de control de constitucionalidad de las normas sobre los derechos en general, a continuación me centraré en una presentación de los mecanismos institucionales de protección de los derechos sociales, distinguiendo entre el control de constitucionalidad robusto, el control de constitucionalidad débil y la tutela legislativa.

3. El control de constitucionalidad robusto de los derechos sociales

La forma robusta del control de constitucionalidad de los derechos sociales consiste en un mecanismo mediante el cual se dota a un órgano jurisdiccional con facultades para pronunciarse con *carácter final* sobre la validez de las normas que refieren a las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales. El carácter *final* de las decisiones judiciales sobrepasa la idea del mero control judicial de la legislación, pues incorpora la nota de supremacía del poder jurisdiccional sobre el poder legislativo. El control de constitucionalidad es la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales cuando revisan que las leyes promulgadas por el órgano legislativo o los actos administrativos del gobierno no violen disposiciones constitucionales. Que este control sea calificado como robusto estaría dado por la idea de

³⁰³ Nacido en Estados Unidos de Norteamérica, fue justificado por Alexander HAMILTON en «El Federalista» N^o 78, y ratificado en la famosa sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, de 1803.

³⁰⁴ Nacido del diseño que KELSEN 1988 proyectó para la Constitución austríaca de 1920.

³⁰⁵ Véase en RUIZ MIGUEL 2000 un análisis de los dos modelos. También véase en LINARES 2008: 154-157 un estudio de los principales rasgos estructurales que distinguen a estos dos modelos de justicia constitucional. Además de los ya señalados en el texto, se menciona cómo se activa el control, el tipo de acción para acceder al órgano de control, y si los jueces tienen facultades para controlar la agenda o no.

supremacía jurisdiccional la cual, de acuerdo con KRAMER, agrega la noción de que «los jueces tienen la última palabra cuando se trata de la interpretación constitucional y que sus decisiones determinan el significado de la Constitución para todos».³⁰⁶ En suma, bajo este diseño los derechos sociales constitucionales estarían protegidos robustamente mediante la máxima garantía institucional.

La protección constitucional de los derechos sociales con control robusto de constitucionalidad se podría activar a través de reclamos diferentes que darían lugar a diversas consecuencias.³⁰⁷

- 1) Podría consistir en la posibilidad de que un particular alegara la violación de un derecho social ante el órgano constitucional, y que el juez o tribunal luego de constatar dicha vulneración, ordenara a la administración pública que cumpla con su obligación de satisfacer el derecho social vulnerado.³⁰⁸ Ello a su vez significará que el Estado deberá afectar recursos para el cumplimiento de ese deber.
- 2) Podría consistir en la posibilidad de que un particular alegara que una ley dictada por el órgano legislativo no se adecua a lo establecido en la constitución en materia de derechos sociales, ya sea porque sus disposiciones vulneran la constitución, o porque aquellas son tan vagas y abstractas que permitirían interpretaciones contradictorias con la constitución, y que el juez o tribunal luego de constatar la posible contradicción, dejara sin efectos dicha ley, o subordinara su aplicación a una particular interpretación.
- 3) Podría consistir en la posibilidad de que un particular alegara que no se ha dictado ninguna ley que regule e implemente los derechos sociales reconocidos en la constitución. En este caso, lo que juez o el tribunal podría hacer es condenar a la legislatura por omisión en el cumplimiento de los deberes correspondientes a su función, y ordenarle que proceda a dotar de sustancia a los derechos sociales constitucionales. En este supuesto, la condena a hacer podría consistir en subsanar la omisión sin

³⁰⁶ KRAMER 2001: 6, citado por GARGARELLA 2006b: 248.

³⁰⁷ Véanse, entre otros, FABRE 2000c: 147-150; DIXON 2007; CORTI 2007: 914.

³⁰⁸ En varios sistemas jurídicos se reconoce la legitimidad activa para iniciar procesos de tutela de los derechos constitucionales a asociaciones representativas de los grupos afectados. Por ejemplo, en el sistema constitucional argentino esta posibilidad está establecida en el artículo 43 de la Constitución.

especificar la forma de hacerlo (más allá de la fijación de ciertos criterios a fin de que pueda evaluarse el cumplimiento de la sentencia).³⁰⁹ O también podría consistir que en virtud de la omisión legislativa el juez o tribunal determinara la prestación a cumplir y ordenara directamente hacer efectivo su cumplimiento.

Existen en la actualidad varios países que otorgan a alguno o varios de los derechos sociales la garantía constitucional del control robusto de constitucionalidad. Así, la mayoría de las Constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial,³¹⁰ las Constituciones *post* dictaduras militares que se adoptaron en Latinoamérica a partir de mediados de la década del sesenta en adelante, varias de las nuevas Constituciones *post* comunistas de los países de Europa del Centro y del Este a partir de los ochenta (por ejemplo, la reforma constitucional de Letonia de 1997)³¹¹, y la novel Constitución de Sudáfrica (*post-apartheid*) en los noventa, incluyeron disposiciones relativas a la satisfacción de las exigencias sociales en sus documentos.³¹² Asimismo, tales exigencias han sido dotadas de algún tipo de revisión de constitucionalidad de las leyes o de los actos de la administración que las regulan mediante el control jurisdiccional de la implementación de políticas que pudieran resultar contrarias a lo establecido en la constitución, o facultando alguna forma de control sobre la omisión en el cumplimiento del deber de realización de los fines establecidos.

³⁰⁹ Cf. CORTI 2007: 915.

³¹⁰ Sin embargo, es característico de las Constituciones europeas de la postguerra asignar a la mayoría de las exigencias sociales un tipo de garantía diferente de la provista a los derechos civiles y políticos constitucionales. Véase el punto 7 de este Capítulo.

³¹¹ El reconocimiento de los derechos sociales en las nuevas Constituciones de Europa del Este y Centro Europa varía según los distintos Estados. De acuerdo con SADURSKI 2005: 177-179, de un total de veinte Estados *post* comunistas, once han adoptado catálogos completos de derechos sociales, ocho reconocen un número de derechos más limitado, y dos no contienen mención alguna. Del mismo modo, varía el grado de justiciabilidad. Catorce constituciones no hacen ninguna distinción entre la protección jurisdiccional de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

³¹² Véase el punto 3.3 de este Capítulo.

3.1. El sistema constitucional argentino luego de la Reforma de 1994

El sistema jurídico argentino ofrece en este sentido un panorama singular respecto a los derechos sociales acogidos en el artículo 14 bis de la Constitución de Argentina. Este artículo establece que,

«El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. [...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna».³¹³

Tradicionalmente buena parte de la doctrina argentina ha interpretado que disposiciones como la contenida en dicho artículo no establecían derechos y no poseían carácter justiciable, sino que debían entenderse simplemente como programáticas, es decir, que establecían directrices políticas excluidas del reclamo judicial.³¹⁴ En la actualidad, esa posición ha sido superada: la doctrina mayoritaria acuerda en que los derechos sociales son derechos y tan

³¹³ Artículo 14 bis de la Constitución argentina.

³¹⁴ Cf., por ejemplo, VANOSI 1983: 298. Si bien históricamente ha habido interpretaciones dogmáticas que han asignado a los derechos sociales el carácter de normas programáticas relegándoles a un lugar secundario y negándoles la garantía de control de constitucionalidad, tal argumento interpretativo aparece cada vez menos en la doctrina argentina. Para este tipo de razonamiento véase el voto de uno de los camaristas en *Martínez, Celmira y otros c/ Chubut*, Cámara de Apelaciones Noroeste Chubut, Sala B, 18 de noviembre de 2002, JA 2003-III-510, en el que persiste en calificar a los derechos sociales constitucionales como meras aspiraciones exentas del control judicial de constitucionalidad (cf. *Martínez*, páginas 516-517).

justiciables como los demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución, no obstante se admita que en la práctica estos no tienen más que una relativa eficacia.³¹⁵ Lo cierto es que los derechos sociales están establecidos en la Constitución argentina desde la década del cincuenta³¹⁶ en un sistema jurídico que prevé el mecanismo del control robusto de constitucionalidad como garantía de los derechos fundamentales.³¹⁷

Además, mediante la reforma constitucional de 1994 se incluyeron tratados internacionales de tutela de los derechos sociales con jerarquía constitucional.³¹⁸ En particular, se hace explícita la incorporación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Asimismo, se incorporó expresamente la acción de amparo en la Constitución (artículo 43), estableciéndose que por vía de amparo se puede solicitar, y así el juez está facultado a declarar, la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde el acto o la omisión lesiva de derechos (estén estos reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley). Ello ha motivado que, poco tiempo después de la reforma de 1994, la jurisprudencia argentina ha ido avanzando en la admisión de reclamos sobre derechos sociales.³¹⁹

En este sentido, es interesante señalar sumariamente y a modo ilustrativo algunos de los hitos con relación a la protección de los derechos sociales resueltos por la justicia argentina.³²⁰ En 1998 la Sala IV de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal resolvió el renombrado caso *Viceconte* a partir de una acción de amparo relacionada con el derecho a

³¹⁵ Véanse, entre otros, GARGARELLA 1998; ABRAMOVICH y COURTIS 2001, 2002; PISARELLO 2003, 2007.

³¹⁶ La reforma constitucional de 1957 incorporó el artículo 14 bis antes citado.

³¹⁷ Véase la modalidad de control caracterizada como 1 en el subpunto 2.3.2 de este Capítulo.

³¹⁸ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina. Véase el punto 6 de este Capítulo sobre la protección internacional de los derechos sociales.

³¹⁹ Véase, por ejemplo, BERGALLO 2006 donde examina el aumento de amparos a los que la justicia argentina ha hecho lugar en el período que siguió a la crisis económica de fines de 2001 con motivo de reclamos por prestaciones de salud. Respecto de las causas del deterioro del sistema de salud en la década del '90, véase ROSSI 2003.

³²⁰ Véanse, entre otros, ABRAMOVICH y COURTIS 2001, 2002; BAZAN 2005; BERGALLO 2006; ABRAMOVICH y PAUTASSI 2008; GROSSMAN 2008.

la salud.³²¹ El pronunciamiento del tribunal de alzada ordenó al Estado argentino a cumplir con su obligación de fabricar la vacuna Candid I contra la enfermedad Fiebre Hemorrágica Argentina, derivada de la obligación estatal de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas contenida en el artículo 12.2c del PIDESC.³²² En el año 2000 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció sobre el derecho a la salud en el caso conocido como *Asociación Benghalensis*.³²³ En su sentencia, dictada en el marco de una acción de amparo promovida por diversas entidades no gubernamentales que trabajan en la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), se confirmó la condena del Estado argentino y del Ministerio de Salud y Acción Social a cumplir regularmente con «su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos» para tratar a las personas que padecen las consecuencias del virus HIV en los hospitales públicos, conforme la conducta especificada por ley.³²⁴ En el mismo año, la CSJN dictó sentencia favorable en el caso *Campodónico de Beviacqua*,³²⁵ confirmando el pronunciamiento contra el Estado argentino a continuar suministrando a un niño la medicación para el tratamiento del Síndrome de Kostmann (neutropenia congénita severa), por intermedio del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que el Ministerio de Salud había suspendido. En la resolución a este caso la CSJN hizo referencia expresa a las obligaciones de

³²¹ *Viceconte, Mariela C. c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo ley 16.986*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF), Sala IV, 2 de junio de 1998 (La Ley, Suplemento Constitucional, 5 de noviembre de 1998).

³²² Las particularidades de este caso, de acuerdo con los considerandos del pronunciamiento de la CNACAF son: a) que se trata de una enfermedad exclusiva de la Argentina, b) que afecta a la población con mayor dificultad económica en el acceso a servicios de medicina preventiva, c) que la medida sanitaria más efectiva para combatirla es el suministro de esa vacuna (con una efectividad del 95%) y, por último, d) que los laboratorios privados no la producirían en dosis suficientes (para una población en riesgo al menos de 3.500.000 habitantes) por tratarse de una vacuna “huérfana” en tanto que su producción no resulta rentable para aquellos.

³²³ *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de junio de 2000 (Fallos 323: 1339).

³²⁴ *Asociación Benghalensis*: considerando jurídico IV, en referencia al fallo de la jueza de 1º instancia.

³²⁵ *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, CSJN, 24 octubre de 2000 (Fallos 323: 3234; JA 2001-I-464).

asistir y proteger especialmente la salud de los niños derivadas de los pactos internacionales.³²⁶

En el 2003 el caso *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta* contó con la confirmación de la CSJN del pronunciamiento judicial que condenó al Ministerio de Salud a la reincorporación forzosa al Plan Médico Obligatorio (PMO) y la extensión de la cobertura del tratamiento para los enfermos de esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado que no hubieran sufrido un brote o exacerbación de su estado durante dos años.³²⁷ En el año 2007 la CSJN entendió en el caso *Defensor del Pueblo de la Nación*, figura que interpuso una acción de amparo contra la Provincia de Chaco y el Estado Nacional para que se les ordene la adopción de las medidas necesarias para modificar las condiciones de vida de ciertas poblaciones indígenas que se encontrarían en una situación de gravedad y miseria extrema como consecuencia de la inacción del Estado.³²⁸ La CSJN resolvió en primer lugar que el Estado nacional y la Provincia de Chaco presenten informes en un plazo de 30 días sobre las medidas de protección desplegadas sobre la comunidad indígena; en segundo lugar convocó a una audiencia para oír los informes de las partes; y en tercer lugar hizo lugar a la medida de cautela para suministrar agua potable y alimentos a las comunidades indígenas, y dotar de transporte y medios de comunicación a los puestos sanitarios.³²⁹

Sin embargo, la Corte Suprema argentina también se pronunció en varios casos negando la satisfacción de los derechos sociales. Por ejemplo, en el caso *Ramos* el máximo tribunal negó que existiera violación por parte de la Provincia de Buenos Aires de derechos constitucionales de la demandante y sus ocho hijos en situación de pobreza paupérrima.³³⁰ En concreto, la Corte por mayoría rechazó el reclamo de provisión de un subsidio mensual para proveer de las necesidades básicas para la actora y para sus hijos, y de una serie de prestaciones dirigidas a permitir el acceso a la escuela de seis de sus

³²⁶ Cf. *Campodónico de Beviacqua*: considerandos jurídicos 17 a 21.

³²⁷ *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud-Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, CSJN, 18 de diciembre de 2003 (Suplemento Constitucional 2004, 30; JA 12/04/2004).

³²⁸ *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento*, CSJN, 18 de septiembre de 2007.

³²⁹ *Defensor del Pueblo*: páginas 8-10.

³³⁰ *Ramos, Marta y otros c/Provincia de Buenos Aires*, CSJN, 12 de marzo de 2002 (JA 2002-IV-466).

hijos, y trasladar a una de sus hijas al hospital público donde debía ser operada de una cardiopatía congénita.³³¹ Pero en el fallo «*Q.C., S.Y.*» la Corte se pronunció a favor de un reclamo iniciado en el 2000 por una madre que solicitaba ser incluida junto con su hijo menor discapacitado (afectado por una encefalopatía crónica no evolutiva) en los programas del gobierno en materia de vivienda.³³² La Corte en el 2012, con voto mayoritario, ordenó al Gobierno de Buenos Aires asegurar la atención y cuidado del menor, y mantener la medida cautelar a través de la cual se le otorga al grupo familiar un subsidio para abonar un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad hasta que se encuentre una solución adecuada permanente.

Se podría decir que la justicia argentina ha ido generando a través de la protección constitucional robusta de los derechos sociales, en líneas generales, una jurisprudencia de reconocimiento de la existencia de «garantías mínimas indispensables» para personas que afrontan «situaciones de extrema vulnerabilidad».³³³

3.2. El sistema constitucional colombiano a partir de la Reforma de 1991

Otro sistema jurídico con control robusto de constitucionalidad que resulta interesante examinar sumariamente es el sistema colombiano que adoptó en 1991 una Constitución considerada particularmente progresista.³³⁴ Desde entonces, la Corte Constitucional de Colombia, órgano judicial máximo al

³³¹ Véanse también *Defensor de Derechos del Niño y Adolescente c/Provincia de Neuquén*, Cámara Civil de Neuquén, Sala II, 3 de septiembre de 2002 (La Ley-F-2002-477), en donde se dejó sin efecto la decisión del juzgado de instancia de acondicionar la vivienda de una niña enferma de “histiocitosis x con compromiso multisistémico” y proveer de servicios elementales al barrio donde se encontraba su vivienda; y *Martínez, Celmira y otros c/Chubut*, Cámara de Apelaciones Noroeste Chubut, Sala B, 18 de noviembre de 2002 (JA 2003-III-510), con la cual se revocó el pronunciamiento de primera instancia que ordenaba al Estado provincial a suministrar a un centro médico los recursos para la provisión de leche en polvo, medicamentos básicos y personal para la atención médica primaria.

³³² *Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*, CSJN, 24 de abril de 2012, Q 64 XLVI Recurso de hecho.

³³³ Cf. *Q.C., S.Y.*: fundamento jurídico 12. Los tribunales de instancia también han ido adoptando una trayectoria de reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos sociales en Argentina. Por ejemplo, véase sobre el derecho a la vivienda el caso *Gregorio Smolak c/Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/amparo* resuelto por el Juzgado en lo Correccional N° 3 Departamental, Mar del Plata, 20 de julio de 2001.

³³⁴ Cf. SEPÚLVEDA 2008: 144. Véase también ARANGO 2009.

que se le ha confiado «la protección y la integridad» de la Constitución,³³⁵ se convirtió en un actor destacado en las difíciles cuestiones políticas, sociales y económicas que enfrenta el país y, en particular, respecto de la protección efectiva de los derechos sociales.

El principal mecanismo que la Corte ha empleado para la protección de los derechos sociales es la “acción de tutela”.³³⁶ Esta acción puede ser ejercida por cualquier persona cuyos «derechos constitucionales fundamentales» son amenazados o violados por una acción u omisión de cualquier autoridad pública, y su efecto es el reclamo de la protección inmediata mediante un procedimiento sumario.³³⁷ Las decisiones sobre las acciones de tutela no tienen establecido un remedio específico. Según el artículo 86, la protección proporcionada consiste en una orden judicial dirigida a la imposición a otros a actuar o abstenerse de actuar. En consecuencia, los jueces tienen discreción para establecer las medidas que consideren necesarias para preservar los derechos constitucionales. Si bien la Constitución reconoce el derecho de cada persona de presentar una acción de tutela ante la Corte o cualquiera de los Tribunales inferiores para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (recogidos en los artículos 11 a 41), la Corte Constitucional ha hecho una interpretación extensiva (o no formalista) de manera de incluir bajo el mismo remedio a los derechos sociales a los que consideró que «por naturaleza» son fundamentales. De este modo, desarrolló el concepto de «derechos fundamentales por conexidad» para extender a los derechos sociales la protección de la acción tutelar.³³⁸ Según la Corte, esta noción hace referencia a las situaciones en las cuales los derechos sociales están mezclados de tal manera con los derechos fundamentales que la falta de

³³⁵ Artículo 241 de la Constitución de Colombia.

³³⁶ Artículo 86 de la Constitución de Colombia.

³³⁷ Cf. artículo 86 de la Constitución de Colombia.

³³⁸ Véanse T-406/92 (*José Manuel Rodríguez c/Empresas Públicas de Cartagena*, en la que se ordena a la empresa pública a terminar la obra de alcantarillado que dejó inconclusa en un barrio afectando la salud pública), T-571/92 (*María del Socorro Segura Sierra C/Hospital Universitario de Caldas*, que ordena al hospital a seguir prestando a la demandante la atención médica para tratar su enfermedad de “Aracnoiditis Adhesiva Extensa” de carácter permanente, dado que la interrupción del tratamiento vulneraría, entre otros, su derecho a la salud), y T-116/93 (*Ivan Elias Bader Pico c/Caja Nacional de Previsión Social-Seccional Córdoba*, en la que se ordena a la Caja a cubrir los gastos de la intervención quirúrgica de “polipectomía” en el oído derecho en nombre de la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social).

protección inmediata de los primeros violaría o amenazaría el disfrute de los segundos.³³⁹

Así, por ejemplo, en 1992, la Corte resolvió el caso *Moreno Alvarez*, donde sostuvo que se desconocía el derecho a la educación de una menor por parte de un establecimiento educativo que le negó el cupo porque no había alcanzado los resultados de las pruebas psicológicas y el diagnóstico neurológico establecido por el propio instituto.³⁴⁰ En este sentido, la Corte colombiana precisó la jurisprudencia constitucional en relación al derecho a la educación, concluyendo que se trata de «un instrumento de cambio, igualdad y democracia, un derecho fundamental constitucional, un servicio público con función social, que no puede estorbarse o negarse mediante la exigencia de requisitos cuestionables, uno de cuyos efectos puede ser, precisamente, la profundización de la segregación social, en abierta oposición a la igualdad real que el Estado debe promover adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo a los débiles y necesitados».³⁴¹ Siguiendo la misma línea interpretativa, la Corte respaldó el criterio del Juzgado de instancia en el caso *Sepúlveda Monsalve* en el que se concedió la tutela de una menor que padecía de sordera (Hipoacusia Neurosensorial Bilateral) por la vulneración del derecho a la educación, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad contra un colegio que le negó la renovación de la matrícula sosteniendo para ello que el plantel del colegio no contaba con las condiciones requeridas para suministrar el servicio educativo.³⁴²

Asimismo, en el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte de Colombia ha sostenido que los derechos sociales son de realización progresiva. Sin embargo, en línea con el Derecho internacional de los derechos humanos, a cuyos tratados refiere sistemáticamente en sus pronunciamientos, ha destacado que la

³³⁹ Véanse T-002/92 (*Patora Emilia Upegui Noreña c/Universidad Tecnológica de Pereira*, en la que la Corte confirmó el fallo de instancia negando que se desconozca el núcleo esencial a la educación por expulsión de la estudiante de los estudios de ingeniería industrial, luego de haber suspendido tres veces el examen de Matemáticas IV sin posibilidad de reingreso) y el fallo ya citado T-406/92 (*José Manuel Rodríguez*).

³⁴⁰ T-429/92 (*Carol Andrea Moreno Alvarez c/Colegio Cooperativo de Primaria y Bachillerato Comercial de Sopó*).

³⁴¹ T-429/92, punto III.

³⁴² T-1134/00 (*Sara Sepúlveda Monsalve c/Escuela Arzobispo García*). En el mismo sentido, véanse T-150/02 (protegiendo el derecho a la educación de un menor a la que el colegio le había negado su ingreso porque era invidente); y T-513/99 (en la cual se ordenó a un establecimiento educativo a recibir a un menor con parálisis de las piernas e hidrocefalia).

realización progresiva de estos derechos no debía ser interpretada como vaciando de todo contenido significativo a las obligaciones estatales. Por el contrario, ha acentuado que el reconocimiento constitucional de estos derechos impone sobre el Estado, como mínimo, el deber de crear y adoptar un plan de acción para su implementación. En este sentido, la Corte Constitucional al resolver en el 2002 el caso *Bermúdez Urrego*, sostuvo que, «las prestaciones programáticas que surgen de un derecho fundamental» imponen a la administración la obligación de que gradualmente asegure su cumplimiento en el diseño de políticas públicas.³⁴³ Y agregó que «estas prestaciones son también garantías puesto que no son meros enunciados de buenos propósitos y buenas intenciones que la administración, si así lo desea, puede tratar de alcanzar».³⁴⁴ Según el máximo tribunal de Colombia, la falta de adopción de algún plan de acción, o la constatación de medidas regresivas en el disfrute de los derechos sociales son, *prima facie*, inconsistentes con la Constitución.³⁴⁵

3.3. El sistema constitucional sudafricano desde la Constitución de 1996

Por último, me referiré al sistema representado por la *Constitución* de Sudáfrica como un novel ejemplo del establecimiento y protección constitucional de los derechos sociales mediante el mecanismo del control robusto de constitucionalidad. Luego de un intenso y extenso debate académico,³⁴⁶ y público, sobre la conveniencia o no de la inclusión de los derechos sociales a la Carta de Derechos civiles y políticos existente, en 1996 la Constitución Sudafricana fue finalmente modificada. La reforma estableció un conjunto amplio de obligaciones en cabeza del Estado, el cual de acuerdo

³⁴³ T-595/02 (*Daniel Arturo Bermúdez Urrego c/Transmilenio SA*): fundamento jurídico 4.5. En este caso Daniel Bermúdez Urrego presentó una acción tutelar por la falta de accesibilidad para personas que se desplazan en sillas de ruedas a los ómnibus alimentadores del Sistema Troncal de Transmilenio, que son los que circulan cerca al lugar de residencia del accionante.

³⁴⁴ T-595/02 (*Bermúdez Urrego*): fundamento jurídico 4.5.

³⁴⁵ Véanse, entre otras, T-025/04 (*Abel Antonio Jaramillo y otros c/Red de Solidaridad Social y otros*, en los que se declara un «estado de cosas inconstitucional» respecto de la Población Desplazada); T-602/03 (*Ana Zárate de Bernal c/Red de Solidaridad Social e Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana*); y T-006/09 (*José Miguel Monterrosa Berrío c/Acción Social*, mediante la cual se ordena la inscripción e inclusión del accionante y de su núcleo familiar en el Sistema Único de Registro de Desplazados, y que se le otorgue la ayuda humanitaria y el acceso a los programas de servicios sociales correspondientes).

³⁴⁶ Entre otros, véanse SCOTT y MACKLEM 1992; HAYSOM 1992; DAVIS 1992; MUREINIK 1992.

con el mandato constitucional «debe respetar, proteger, promover y garantizar los derechos previstos en la Carta de Derechos».³⁴⁷

Además, se incorporó un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales expresamente ejecutables por los tribunales, dotados éstos de una amplia discreción para garantizar remedios «justos y equitativos».³⁴⁸ Así, se dotó a los jueces con el poder de controlar la conformidad con los derechos sociales de leyes, políticas y demás actos estatales, debiendo para ello interpretar las nuevas disposiciones concernientes a los derechos fundamentales de todos a la vivienda, alimentos, agua, cuidado médico adecuados, y educación.³⁴⁹ Se estableció respecto de estos derechos que el Estado debía adoptar legislación razonable y otras medidas dentro de sus recursos disponibles para lograr la progresiva realización de estos derechos.³⁵⁰ En cuanto al acceso a los remedios jurídicos de los derechos sociales, se estableció en la Constitución la posibilidad de que una amplia categoría de personas y organizaciones ejercieran el recurso por la alegación de la violación de un derecho contenido en la misma,³⁵¹ demostrando tener un interés suficiente.³⁵²

El sistema de justicia constitucional sudafricano es difuso (cualquier órgano tiene jurisdicción en materias constitucionales), siendo la Corte Constitucional de Sudáfrica el órgano supremo con la función de último garante de la Constitución.³⁵³ Desde la adopción del nuevo texto constitucional, la Corte de Sudáfrica ha ido estableciendo una importante jurisprudencia sobre la justiciabilidad de los derechos sociales que ha sido

³⁴⁷ Cf. Sección 7(2) de la Constitución de Sudáfrica (*Constitution of the Republic of South Africa Act 108, 1996*).

³⁴⁸ Véase secciones 38, 167 (4) y (5), 169 (a) y 172 de la Constitución de Sudáfrica.

³⁴⁹ La Sección 26(1) establece los derechos de todos al acceso a una vivienda adecuada. La Sección 27(1) afirma el derecho de todos al acceso de (a) servicios de cuidado médico, incluyendo cuidado médico reproductivo, (b) alimento y agua suficiente, y (c) seguridad socio-económica, que incluye, en caso de imposibilidad de sostenerse a sí y a sus dependientes, asistencia socioeconómica apropiada. El derecho a la educación se prevé en la Sección 29(1.a) y (1.b) de la Constitución de Sudáfrica.

³⁵⁰ Subsecciones 26(2), 27(2) de la Constitución de Sudáfrica.

³⁵¹ Sección 38 de la Constitución de Sudáfrica.

³⁵² Véase LIEBENBERG 2008: 80 sobre el acceso al sistema jurídico de protección en el contexto sudafricano.

³⁵³ Secciones 167 y 172. La Corte Constitucional está compuesta por 11 miembros que sirven como tales por un plazo de 12 años no renovables.

seguida de cerca y analizada profusamente por los círculos académicos y organismos nacionales e internacionales.³⁵⁴

Durante este período la Corte se expidió en primer lugar en el caso *Soobramoney* sobre el alcance del derecho a la salud de un enfermo terminal con una deficiencia renal crónica.³⁵⁵ De acuerdo con los hechos del caso, Soobramoney requería un tratamiento regular de diálisis para continuar con vida, pero el hospital público se negó a suministrar el tratamiento en tanto que se habían impuesto ciertos requisitos por razones de escasez de recursos que el enfermo no satisfacía. Según la decisión de la Corte, la negativa del hospital de suministrar el tratamiento no vulneraba derechos constitucionales del reclamante dado que el caso debía examinarse en un contexto más amplio de diversas necesidades médicas que requerían satisfacción por parte del hospital, cayendo dentro de sus potestades establecer prioridades en la asignación de recursos hospitalarios escasos.

Con posterioridad, la Corte sudafricana resolvió el renombrado caso *Grootboom*.³⁵⁶ La demandante junto con otras novecientas personas fueron expulsados de un terreno que ocupaban de manera ilegal y, como consecuencia, pasaron a morar en un campo de deportes de forma precaria bajo láminas plásticas y sin servicios básicos. El caso llegó a conocimiento de la Corte donde se planteó la violación por parte del Estado del derecho a la vivienda. La Corte resolvió que el incumplimiento del Estado en desarrollar un programa para solucionar las necesidades de los grupos en situación de emergencia habitacional, dentro de los recursos disponibles, significaba una interferencia irrazonable del derecho a la vivienda de los reclamantes, y ordenó al Estado a adoptar medidas razonables para garantizar la progresiva realización de este derecho respecto de las personas en situación de necesidad imperiosa.³⁵⁷ La cuestión básica a controlar, según la interpretación de la

³⁵⁴ Véanse, por ejemplo, LIEBENBERG 1997, 2008; ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 160-168; LENTA 2004a, 2004b; BILCHITZ 2008: Capítulo 5; DAVIS 2007; FREDMAN 2009: 113-123; TUSHNET 2008: 238-239; GROSSMAN 2008: 100-101; GEARTY 2011: 79-81; KING 2012.

³⁵⁵ *Soobramoney v. Minister of Health, Kwa-Zulu-Natal*, (CCT32/97) 1997 ZACC 17, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997).

³⁵⁶ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*, (CCT38/00) 2000 ZACC, 2001 (1) SA 46 (CC), 11 BCLR 1169 (21 September 2000). Véase también sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda *Minister of Public Works and Others v. Kyalami Ridge Environmental Association and Others*, 2001 (7) BCLR 652 (CC).

³⁵⁷ Véase *Grootboom* 2000: puntos 45-46.

Corte de Sudáfrica, consistió en verificar que la legislación que adopta el gobierno, cualquiera sea el programa o política particular elegidos mediante aquella, se justifica como medio razonable para obtener el fin constitucional ordenado.³⁵⁸

En el caso conocido como *TAC* resuelto por la Corte en el 2002, se requirió que el Estado cumpliera con la provisión del medicamento antiviral Nevirapine a los hospitales públicos con el objetivo de disminuir el riesgo de contagio de HIV-SIDA de madres a hijos.³⁵⁹ La política del gobierno en Mbeke durante años, consistente en limitar la provisión del medicamentos para combatir el SIDA por razones ideológicas, fue considerada por la Corte como violatoria del derecho a la salud ordenándole a tomar medidas tendientes a facilitar el acceso al mismo. En 2009, sin embargo, la Corte Constitucional resolvió el caso *Mazibuko* en el cual negó la protección al derecho constitucional de acceso a agua potable.³⁶⁰

Del examen de los casos resueltos por la justicia en el marco de diversos sistemas jurídicos que prevén los derechos sociales en sus constituciones y los garantizan con un control robusto de constitucionalidad, se observa cómo los tribunales se pronuncian sobre la justiciabilidad de cuestiones complejas en su tarea de proteger los derechos sociales. Las decisiones judiciales mencionadas han tenido, en la mayoría de los casos, repercusiones en la asignación presupuestaria estatal. Esto a veces ha sido obstáculo para que los jueces ordenen la provisión estatal, pero en general no ha representado un impedimento. Por otra parte, en su función del control de constitucionalidad los jueces han asumido el papel de intérpretes de las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales lo cual les ha requerido la asunción de una posición significativa en el control de las decisiones legislativas a fin de protegerlos.

³⁵⁸ Véase *Grootboom* 2000: puntos 39-41. En otra situación, la Corte Constitucional ordenó al gobierno que compensara a un propietario por la apropiación de sus tierras por personas “sin techo” (*homeless*). La Corte sostuvo que la compensación en este caso sería un efectivo remedio tanto para el propietario de las tierras, como para aquellas personas sin techo a las que se les autorizó a permanecer en esas tierras hasta que el Estado les provea con tierras alternativas (u otras alternativas razonables de desalojo). Véase *South Africa v Modderklipp* CCT 20/2004 (C.C.): 58-50, 68. También *Port Elizabeth v Various Occupiers*, 2004 (12) BCLR 1268 (CC).

³⁵⁹ *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (CCT9/02) 2002 ZACC 16 2002 (5) SA 703, 2002 (10) BCLR 1075 (5 July 2002).

³⁶⁰ *Mazibuko v. City of Johannesburg* (CCT39/09) 2009 ZACC 28 (8 October 2009).

Cabe tener en cuenta que el control judicial de constitucionalidad en su forma robusta no es la única ni la última forma de proteger los derechos sociales. Existen otros mecanismos jurídicos para resguardarlos. En particular, en la actualidad ha cobrado atención el control débil de constitucionalidad cuya consideración es de interés a los fines de mostrar diseños alternativos de protección de las exigencias sociales. A continuación examinaré esta forma de concebir la protección constitucional de los derechos sociales que si bien autoriza al órgano de control la revisión de la adecuación constitucional de las normas limita la fuerza de sus pronunciamientos al respecto.

4. El control constitucional débil de los derechos sociales

La diseño básico tras los sistemas jurídicos que adoptan una forma debilitada de garantía constitucional de los derechos, dicho en términos sencillos, es el siguiente: se incorporan mecanismos jurídicos para que los legisladores puedan insistir en la defensa de una ley a pesar de que el órgano de control se haya pronunciado en contra de su constitucionalidad. Algunos sistemas jurídicos han adoptado en las últimas décadas esta forma de control de la constitucionalidad de las leyes sobre derechos fundamentales en general.³⁶¹ Me detendré a continuación a examinar aquellos sistemas cuya previsión del control débil de constitucionalidad se aplica respecto de las leyes sobre los derechos sociales en particular.

En concreto, entenderé que el control constitucional de los derechos sociales es débil si se autoriza al órgano jurisdiccional competente a examinar la compatibilidad de las leyes ordinarias en materia socio económica bajo el parámetro constitucional, o de los tratados internacionales sobre derechos sociales si fuera el caso y a interpretar por consiguiente el contenido y alcance de estos derechos. Sus pronunciamientos al respecto, no obstante tienen ciertos efectos, no son finales en tanto carecen de la autoridad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o para imponer sobre el resto de poderes públicos su interpretación acerca del contenido de los derechos sociales.

³⁶¹ Véanse, entre otros, TUSHNET 2008: 24-33; BELLAMY 2012. Este tipo de control débil de constitucionalidad se ha presentado teóricamente como un mecanismo jurídico atractivo que permite el diálogo institucional entre órganos de los distintos poderes públicos. Véanse también ABRAMOVICH y COURTIS 2001: 248-254; DIXON 2007; TUSHNET 2008: 31-33 respecto del sistema de control canadiense; LINARES: 2008: 211-220 en relación a los sistemas británico, neozelandés e israelí.

El mecanismo de justicia constitucional en el Reino Unido representa un ejemplo de la configuración de la protección del derecho social a la educación mediante la forma del control judicial de constitucionalidad atenuado: la última palabra institucional al respecto la tiene el Parlamento, aún frente a una opinión contraria por parte del tribunal sobre la constitucionalidad de una ley en la materia. En 1998 el Parlamento inglés promulgó mediante ley ordinaria la Carta de Derechos Humanos (CDH),³⁶² que incluye como parte del Derecho doméstico (en lugar del reconocimiento de una supralegalidad del derecho regional) un número de disposiciones contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y algunos artículos de sus protocolos. Sólo el derecho a la educación se encuentra considerado en la CDH, a través del Primer Protocolo del CEDH, que el Reino Unido incluyó en la Carta bajo reserva. De acuerdo con esta se acepta el derecho social a la educación en la medida en que «sea compatible con la provisión de educación y formación eficiente y la evitación de un irrazonable gasto público».³⁶³

La CDH ordena a los tribunales ingleses a interpretar las leyes de manera consistente con los derechos fundamentales reconocidos en ella. Se trataría, según Mark TUSHNET, de un modelo de «mandato interpretativo vigorizado»,³⁶⁴ esto es, a medio camino entre un mandato interpretativo simple, que dejaría a los jueces sin mayores herramientas ante una evidente vulneración de algún derecho de la Carta, y un mandato interpretativo robusto, que facultaría a los jueces a invalidar las leyes.³⁶⁵ Para los tribunales superiores, entonces, si son incapaces de interpretar consistentemente una cierta ley con dichos derechos,³⁶⁶ se optó por la autorización de emitir una opinión adversa mediante el mecanismo de la «declaración de incompatibilidad» (*declaration of incompatibility*, art. 4.2 CDH). Tal

³⁶² *Human Rights Act 1998*, en vigor desde el año 2000.

³⁶³ Reserva del Reino Unido al Protocolo del CEDH.

³⁶⁴ TUSHNET 2008: 27.

³⁶⁵ Nótese que el sistema constitucional inglés se enmarca dentro de los sistemas de constituciones flexibles, esto es, sistemas cuyos documentos constitucionales pueden ser reformados por el mismo órgano y el mismo procedimiento establecido para la promulgación de las leyes ordinarias. Véanse BAYÓN 2004; LINARES 2008: 211.

³⁶⁶ Según el artículo 3 de la CDH los jueces tiene que procurar la compatibilidad en la lectura de las leyes y su aplicación: «En la medida en que sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída y aplicada de modo compatible».

declaración no importa la inaplicabilidad de la ley cuya incompatibilidad se declara, ni afecta su validez, ni deja de producir efectos.³⁶⁷ Asimismo, en la Sección 4 de la Carta se establece que el soberano es el Parlamento, el cual, a pesar de una opinión de incompatibilidad por parte de los tribunales sobre la constitucionalidad de una ley, puede mantenerla. Esto es, se deja al poder político la consideración de si modifica la ley eliminando la incompatibilidad y se ajusta al criterio de los tribunales, o mantiene la ley tal como la promulgó. Para el primer caso está previsto un «procedimiento legislativo de reforma rápido» (*fast-track legislative procedure*) mediante el cual se autoriza al ministro a cargo de la legislación a ubicar la ley reformada en un canal rápido de enmienda, eludiendo algunos obstáculos procesales ordinarios. Es más, la Carta de Derechos Humanos también prevé la posibilidad de que un ministro que encuentra que la enmienda de la ley debe hacerse urgentemente, puede hacerlo mediante orden ministerial (y no por ley), sujeta solamente a ratificación posterior por el Parlamento.

La adopción de este mecanismo de control de las leyes y de los actos de la administración es reciente respecto de los derechos fundamentales en general. En cuanto a su empleo como mecanismo de protección de los derechos sociales sólo es posible mencionar en la actualidad el sistema británico limitado al derecho social a la educación.³⁶⁸ La tutela del resto de los derechos sociales en el Reino Unido, como en otros sistemas jurídicos que a continuación reseñaré, tiene lugar con el alcance y la cobertura dispuestos mediante la acción legislativa junto con la estructura ejecutiva establecida para tal efecto.³⁶⁹

5. La tutela legislativa y sus diversos grados

La consagración infraconstitucional de los derechos sociales remite a la protección de los mismos a través de su consideración legislativa y su inclusión en leyes ordinarias. Este tipo de protección puede corresponder a un sistema jurídico en el que o bien no tiene constitución que contenga una

³⁶⁷ Cf. HIEBERT 2006: 19.

³⁶⁸ Véase en EWING 2001: 103 una apreciación crítica de la «constitución desequilibrada» (*the unbalanced constitution*). Véase también CRAIG 1999.

³⁶⁹ Véase en BILCHITZ 2008: 248-251 un análisis de la legislación británica sobre el derecho a la vivienda. Véase también KING 2012.

carta de derechos en absoluto, o si bien cuenta con una, no hay mención en ella de los derechos sociales. Se suele señalar que este es el tipo de tutela que correspondería otorgar a las exigencias sociales cuando estas están receptadas en la constitución en forma de directrices o aspiraciones políticas orientadoras de la función legislativa. Sin embargo, en los sistemas jurídicos cuyas constituciones establecen exigencias sociales en la forma de directrices, tal regulación significa un tipo de protección constitucional que no cabe ignorar.³⁷⁰

Dentro de los sistemas jurídicos que proveen tutela legislativa a los derechos sociales encontramos distinciones destacables en cuanto a los niveles de satisfacción y alcance. Ello permite la distinción entre grados de protección de las exigencias sociales.

5.1. La tutela legislativa robusta de los países escandinavos

Un ejemplo de una larga y exitosa tradición en la protección de los derechos sociales de sus ciudadanas y ciudadanos a través de la supremacía parlamentaria estaría representado por los países escandinavos: Suecia, Noruega y Dinamarca. El ordenamiento común de los países escandinavos se ha destacado por proteger institucionalmente el bienestar socioeconómico de los individuos (vía legislación ordinaria de contenido socioeconómico) a través del establecimiento de programas sociales universales igualitarios. En este sistema, el mecanismo de protección relevante de los derechos sociales se instrumenta mediante legislación que incorpora políticas de bienestar. A través de este diseño se ha alcanzado una fuerte satisfacción de los derechos sociales.

De acuerdo con Gøsta ESPING-ANDERSON, el «tipo de régimen de Estado de bienestar» que caracteriza a los países escandinavos es el que se denomina como «socialdemócrata».³⁷¹ Este régimen estaría presente en tales países «en los que el principio del universalismo y la desmercantilización de los derechos sociales se han extendido también a las nuevas clases medias».³⁷² Así, la tutela de los derechos sociales se plasmaría en legislaciones sociales

³⁷⁰ Véase el punto 8 del Capítulo 1 sobre los tipos de regulación jurídica.

³⁷¹ Cf. ESPING-ANDERSEN 1993: 50. Nótese, sin embargo, que el autor advierte que los altos niveles de satisfacción alcanzados respecto de los ciudadanos de los países escandinavos trasciende la legislación, respondiendo a un tipo determinado de estructura de las distintas instituciones político-jurídico-sociales. Véanse también ESPING-ANDERSEN 1999; GOODIN, HEADEY, MUFFELS, DRIVEN 1999.

³⁷² ESPING-ANDERSEN 1993: 48. Véase también GOUGH 1979; BALDWIN 1990.

generosas y extensivas que buscan crear una base sólida de soporte del bienestar estatal de todos los miembros y un elevado grado de igualdad en el ingreso y en las oportunidades.³⁷³ Consideraré a este como un sistema *robusto* de tutela legislativa de los derechos sociales.³⁷⁴

5.2. La tutela legislativa intermedia del sistema canadiense

Canadá representa también un caso de tutela legislativa de los derechos sociales si bien lo podríamos calificar como *intermedio* dado que la protección de estos derechos mediante la legislación no tiene un grado de cobertura y alcance tan desarrollado (y ambicioso) como el régimen de bienestar característico de los países escandinavos y, si bien se le adiciona la protección de los tratados internacionales sobre derechos sociales, esta se presenta bajo ciertas particularidades. En 1982 Canadá incluyó la Carta de Derechos y Libertades como parte de su Constitución de carácter rígido (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Esta Carta consagró constitucionalmente los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y ciudadanas canadienses, así como el reconocimiento de la identidad y los intereses de grupos no incluidos anteriormente en el marco constitucional (mujeres, personas discapacitadas, minorías étnicas y raciales, y los aborígenes denominados *First Nations*); además de establecer estándares nacionales para su protección.³⁷⁵

El sistema de control constitucional canadiense se efectúa por parte de los jueces ordinarios y, en última instancia, por la Corte Suprema de Justicia de Canadá, la que *en principio* tiene la última palabra institucional acerca del contenido de estos derechos. Se trata de un sistema de control constitucional difuso y con efectos generales.³⁷⁶

³⁷³ Cf. ESPING-ANDERSEN 1993: 53.

³⁷⁴ Pero véase TIMONEN 2003: 4-7 sobre los problemas que han enfrentado los regímenes de bienestar de Suecia y Finlandia a partir de la década del noventa como consecuencia de la recesión económica, las presiones por una mayor integración a partir de la globalización de los mercados financieros, el envejecimiento de la población, cambios en la estructura familiar, y la inclusión de una amplia comunidad de inmigrantes (en especial en Suecia), entre otros factores. Estos han motivado la supresión o disminución de ciertos beneficios sociales, si bien los cambios en las políticas legislativas no amenazarían la estructura del modelo escandinavo de bienestar como tal (cf. TIMONEN 2003: 8). Véase también HUBER y STEPHENS 2001.

³⁷⁵ Cf. SCHNEIDERMAN 1992: 9.

³⁷⁶ Véase *Constitution Act* 1982.

La Carta de Derechos y Libertades canadiense incluyó disposiciones novedosas que, por un lado, permiten la restricción de derechos fundamentales mediante leyes ordinarias y, por el otro lado, facultan al poder legislativo a mantener una ley aunque la justicia interprete que la misma viola ciertos derechos de la Carta. Así, la Sección 1 de la Carta habilita a las legislaturas que impongan restricciones a los derechos fundamentales a través del reconocimiento de un principio de proporcionalidad según el cual los límites deben demostrarse «razonables y justificados en una sociedad libre y democrática».³⁷⁷

El otro rasgo singular incorporado en la Carta es el mecanismo previsto por la cláusula «no obstante» (*notwithstanding clause*, Sección 33), que le otorga al Parlamento la facultad de inmunizar ciertas disposiciones de una ley, *no obstante*, el órgano judicial entienda que adolecen de un vicio de inconstitucionalidad. La Sección 33 faculta a la legislatura canadiense con la capacidad de aprobar una ley por mayoría absoluta de los presentes incorporando de manera expresa la invocación de que la misma es válida «no obstante los derechos de la Carta».³⁷⁸ De esta manera, la última palabra institucional respecto del alcance y contenido de ciertos derechos fundamentales establecidos en la Carta permanecería en el Parlamento.³⁷⁹ Por lo tanto, si la legislatura estuviera resuelta a preservar una ley que podría ser considerada como violatoria de derechos fundamentales protegidos en la Carta (y por ello pasible de ser declarada inválida por la justicia) puede

³⁷⁷ Sección 1, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

³⁷⁸ Exceptuados ciertos derechos expresamente establecidos en la Sección 33: los derechos políticos (Secciones 3 a 5), los derechos de movilidad (Sección 6), y los derechos idiomáticos (Sección 16 a 23), de la Carta de Derechos, los cuales quedan protegidos en última instancia por la Corte Suprema de Justicia.

³⁷⁹ KAHANA 2002: 222 señala que a pesar de esta prerrogativa de la Sección 33, los legisladores canadienses permanecerían constreñidos de dos formas: por un lado, la legislatura debe declarar expresamente que la ley se aplicará no obstante ciertas disposiciones de la Carta de Derechos, con lo cual correría con el riesgo, y asumiría el coste, de una posible condena pública. Por el otro lado, al término de un período de cinco años (plazo que duran los efectos de la declaración legislativa con base en la Sección 33), si el poder legislativo quiere que la ley «inmunizada» continúe en vigor, se exige que la misma vuelva a ser promulgada, y con ello, posiblemente deba enfrentarse nuevamente con una protesta y condena pública. Véanse también JACKMAN 1998; KAHANA 2001; DEBELJAK 2007.

hacerlo.³⁸⁰ Este particular sistema ha llevado a considerar como *débil* al régimen de control judicial de constitucionalidad.³⁸¹

Los derechos sociales no han seguido la misma suerte. En 1991 y 1992 se desarrolló un intenso debate alrededor de una propuesta de la entonces voz política oficial de la izquierda en Canadá de proteger los derechos sociales en la Carta, propuesta que posteriormente bajo la forma de acuerdo para una enmienda constitucional (*Charlottetown Accord*) fue finalmente rechazada en referéndum nacional. De esta manera, en el sistema nacional canadiense la protección de las exigencias sociales ha quedado reservada a la voluntad de la mayoría legislativa.

Siguiendo el análisis de regímenes del Estado de bienestar formulado por ESPING-ANDERSEN, Canadá reflejaría el Estado de bienestar «liberal».³⁸² De acuerdo con el autor, en este tipo de régimen

«predomina la ayuda a los que se comprueba que no tienen medios, las transferencias universales modestas o los planes modestos de seguros sociales. Los subsidios favorecen principalmente a una clientela con ingresos bajos, generalmente de clase obrera, dependientes del Estado. En este modelo, el progreso de la reforma social ha sido circunscripto rigurosamente por normas tradicionales y liberales de la ética del trabajo; aquí los límites de la protección social igualan a la propensión marginal a optar por la ayuda social en vez del trabajo. Por consiguiente, las reglas para estos derechos son estrictas y a menudo están asociadas a un estigma; los subsidios, por lo general, son modestos. [...] La consecuencia es que este tipo de régimen minimiza los

³⁸⁰ La cláusula «no obstante» puede ser invocada *a priori*, esto es, de modo preventivo, o *a posteriori*, esto es, de modo represivo. De tal manera, el Parlamento puede promulgar una ley cuyas disposiciones se encuentran protegidas mediante la invocación de la cláusula, o puede declarar la protección de tales disposiciones invocando la cláusula luego de que se haya dictado una sentencia de inconstitucionalidad. Véase LINARES 2008: 207. En los hechos, la legislatura nacional no ha hecho uso de esta cláusula en ninguna oportunidad (cf. KAHANA 2002: 222). Se ha utilizado a nivel provincial en un número limitado de ocasiones.

³⁸¹ Véanse, entre otros, GARGARELLA 1996, 2006b; y TUSHNET 2008: 31-33. Véase RUIZ MIGUEL 2004 quien ubica el sistema jurídico canadiense entre aquellos en los que existe un diálogo genuino entre el poder judicial y el poder legislativo. En el mismo sentido LINARES 2008: 206-209. Véase el sistema caracterizado como 2 en el subpunto 2.3.2.

³⁸² Cf. ESPING-ANDERSEN 1993: 48. Además de Canadá se señalan como ejemplos paradigmáticos del Estado de bienestar «liberal» a Estados Unidos y el Reino Unido.

efectos de desmercantilización, limita con efectividad el alcance de los derechos sociales y construye un orden de estratificación.»³⁸³

Corresponde aquí hacer dos matizaciones. Por un lado, a nivel provincial la protección de los derechos sociales es variable. Así, por ejemplo, la Carta de Derechos Humanos de Quebec explícitamente reconoce los derechos sociales.³⁸⁴ Por el otro lado, a nivel internacional Canadá ratificó el PIDESC en 1976. Esta adhesión genera una serie de obligaciones al Estado en materia de protección de los derechos sociales.³⁸⁵ La Corte Suprema de Justicia de Canadá ha sostenido una «presunción interpretativa» a favor de la protección de los derechos sociales a la hora de interpretar la Carta al menos tan amplia como la asumida por disposiciones similares en los documentos internacionales de derechos humanos ratificados por Canadá.³⁸⁶ Esta presunción interpretativa, según JACKMAN y PORTER, tendría importancia no sólo para establecer el alcance de la Carta, sino también alcanzaría a la interpretación de las leyes (federales y provinciales) sobre derechos sociales, así como al ejercicio de la discreción conferida a las autoridades administrativas.³⁸⁷ No obstante la posibilidad del uso de una presunción interpretativa, lo cierto es que en los últimos años la Corte Suprema de Justicia de Canadá ha resuelto negando reconocimiento genuino a las exigencias sociales positivas.³⁸⁸

Sin embargo, cabe destacar que en un reciente pronunciamiento la Corte de Apelaciones de Columbia Británica ha hecho lugar al pedido de imposición de la obligación de no interferencia respecto del derecho a la vivienda.³⁸⁹ Según los hechos del caso, un grupo de personas “sin techo”, con el fin de tener un refugio donde pasar las noches, comenzó a levantar carpas,

³⁸³ ESPING-ANDERSEN 1993: 47.

³⁸⁴ *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12.

³⁸⁵ De acuerdo con el sistema dualista que rige en Canadá respecto del Derecho doméstico y el Derecho internacional, sin embargo, los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Canadá no son directamente aplicables por los jueces canadienses hasta tanto no sean incorporados por ley del Parlamento nacional o de las legislaturas provinciales. Véase el punto 6 de este Capítulo.

³⁸⁶ *Slaight Communications Inc. v. Davidson* (1989) 1 SCR 1038: 1056-1057.

³⁸⁷ Cf. JACKMAN y PORTER 2008: 215.

³⁸⁸ Véase *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)* 2005 1 SCR 791 (sobre la protección de un sistema médico universal).

³⁸⁹ *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, September 9, 2008 BCSC 1363.

colgar lonas entre árboles y establecer cajas de cartón en un parque público de la ciudad de Victoria, Canadá. El gobierno de la ciudad consiguió una orden municipal permanente mediante la cual se prohibía a estas personas que levantaran tales refugios en el parque. El caso fue presentado por las personas carenciadas ante la justicia argumentando que la ordenanza era inconstitucional porque violaba el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, bajo la Sección 7 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense.

El tribunal de primera instancia falló a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición de levantar refugios temporales en parques públicos, dada la falta de espacios de refugio alternativos provistos por el gobierno, limitándose a examinar la interferencia estatal en el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, sin entrar a considerar si existen obligaciones positivas sobre el Estado de asegurar el derecho a la vivienda. La decisión fue recurrida ante la Corte de Apelaciones de Columbia Británica. Esta decidió por unanimidad ratificar la decisión del tribunal de instancia, con cambios menores. Entre los principales puntos elaborados por el juzgado de instancia se encuentra la mención al Derecho internacional de los derechos sociales como herramienta interpretativa que informa el alcance del derecho reconocido en la Sección 7 de la Carta canadiense (entre otros, las presentaciones efectuadas por Canadá al Comité de la ONU sobre los derechos sociales respecto del alcance de la legislación nacional del derecho a la vivienda, la Observación General 4 sobre dicho derecho, y el reconocimiento del derecho a la vivienda en la DUDH y en el PIDESC).³⁹⁰ Asimismo, el juzgado de instancia señaló que la cuestión sobre si los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de la persona imponen obligaciones positivas sobre el gobierno canadiense que puedan correlacionarse al derecho a la vivienda no ha sido determinada por la Corte Suprema de Justicia de Canadá, y que tampoco se requería que fuera resuelta en este caso, desde que lo que se estaba cuestionando meramente era la interferencia del Estado respecto de la habilidad de las personas de proveerse por sí mismas de un refugio temporal.³⁹¹

Como corolario, mediante el análisis del pronunciamiento sobre este caso se observa, por un lado, que el reconocimiento de las obligaciones

³⁹⁰ Cf. *Victoria (City) v. Adams*: considerandos 33-34.

³⁹¹ Cf. *Victoria (City) v. Adams*: considerandos 38-41, 94-96.

negativas del Estado respecto del derecho a la vivienda, si bien podría considerarse insuficiente, su imposición no es trivial. Por el otro lado, que hasta el presente la tutela de los derechos sociales en Canadá se provee básicamente mediante legislación sin que los órganos jurisdiccionales estén autorizados a controlar el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas de los derechos sociales. El poder legislativo, por ende, tiene la facultad de definir explícitamente los derechos sociales y sus correlativos deberes. En este sentido, es a través de la legislación que Canadá tutela, por ejemplo, el derecho a la salud, estableciendo los estándares de consentimiento, la institucionalización de procedimientos y un seguro médico público.

5.3. La tutela legislativa débil del sistema norteamericano

Encontramos una protección legislativa *débil* de las exigencias sociales en el caso del sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.). En este sistema las sucesivas enmiendas realizadas a la Constitución federal original de 1778 han ido incorporando derechos civiles y políticos, prescindiendo de la inclusión de la protección constitucional de los derechos sociales.³⁹² El sistema estadounidense de control de constitucionalidad es difuso, con efectos para el caso particular y robusto,³⁹³ previsto en una constitución rígida. Así, se autoriza a la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. la adopción de la decisión final en un conflicto sobre derechos civiles y políticos, quien para ello tiene la facultad de examinar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso.

La Corte Suprema no se ha manifestado favorable a la intervención en la protección de los derechos sociales, rechazando en cambio el principio de indivisibilidad de los derechos instituido en el ámbito internacional de los derechos humanos, y negándoles remedios judiciales. En este sentido, si bien Estados Unidos ha firmado el PIDESC en 1977, hasta el presente no lo ha ratificado (para lo cual es requisito indispensable que el Senado preste consentimiento), por lo que el Pacto no le es vinculante. Tampoco se ha sujeto a la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos. En consecuencia, los derechos sociales en Estados Unidos sólo

³⁹² En el plano teórico, algunos académicos han sostenido la viabilidad de la protección de los derechos sociales a través de una interpretación originalista de la Constitución de Estados Unidos. Véanse, por ejemplo, MICHELMAN 1969; BLACK 1986; AMAR 1991.

³⁹³ Véase la modalidad caracterizada como 1 en el subpunto 2.3.2.

cuentan con una protección legislativa a nivel nacional en el marco de un régimen de estado bienestarista liberal,³⁹⁴ pero no con protección constitucional ni supraestatal.

El federalismo norteamericano³⁹⁵ ha delegado muchas de las cuestiones sociales importantes en los Estados de la Unión (tales como asistencia pública, cuidado médico y vivienda). Así, existe en Estados Unidos un sub-nivel de protección constitucional en varios de sus Estados, según el cual se han incorporado a las Constituciones estatales garantías adicionales para la protección de algunos de los derechos sociales. Por ejemplo, en casi todos los Estados se protege constitucionalmente el derecho a la educación (requiriendo que el Estado establezca un sistema educativo público y gratuito). No obstante, los derechos de vivienda y cuidado médico están contemplados sólo en unas pocas Constituciones estatales. Excepcionalmente, Hawai prevé un seguro médico obligatorio y tiene un sistema de cuidado sanitario estatal desde 1970. En general, los tribunales estatales adoptan un «criterio de deferencia» hacia las decisiones de los órganos legislativos y administrativos en estas cuestiones, los cuales tienen amplia libertad y flexibilidad en el diseño de la naturaleza y alcance de sus programas asistenciales.³⁹⁶ Además de la actividad federal y estatal, existen considerables intereses privados, mutualistas y corporativos en la provisión de los servicios sociales, como por ejemplo el servicio de atención médica.³⁹⁷

La sola idea de derechos sociales no tiene raíces en la mentalidad norteamericana popular,³⁹⁸ por lo cual la adopción de medidas nacionales tendientes a paliar los graves problemas sociales y económicos del país es

³⁹⁴ Cf. ESPING-ANDERSEN 1993: 48.

³⁹⁵ El sistema judicial norteamericano refleja la doble estructura del federalismo político. A nivel federal, la Corte Suprema de Justicia es el órgano máximo y está integrado por nueve miembros designados con carácter vitalicio por el Presidente de la Unión. A su vez, cada Estado tiene su propia Constitución que establece su Corte Suprema y demás órganos judiciales.

³⁹⁶ Sobre el principio de deferencia al legislador, véase FERRERES 1997: 38-42. La Corte Suprema de Justicia de EE.UU, según TUSHNET 2008, usa un «estándar de control deferente», con respecto a lo que llama legislación «en el área de bienestar económico y social» (TUSHNET 2008: 37). Según el autor debe distinguirse éste, que sería un estándar sustantivo de control, de un compromiso con una forma débil de control judicial en el área socioeconómica.

³⁹⁷ Véanse PRATT y OUELLETTE 2007; y MARMOR, OBERLANDER, y WHITE 2009: 488.

³⁹⁸ Véanse FORSYTHE 2007: 313-314; AVILA 2009.

fuertemente resistida,³⁹⁹ mientras que los recortes legislativos en la materia son posibles sin mayores costes políticos. La excepción está dada por el acceso a la educación que es tutelado como un derecho legal universal en todo el territorio⁴⁰⁰ (si bien con serias restricciones relativas a la adecuación y a la igualdad).⁴⁰¹ David FORSYTHE afirma que en EE.UU. «la educación primaria y secundaria es un derecho y un deber» a nivel de política pública. Para este autor, «es inconcebible pensar que la autoridad gubernamental en cualquier nivel en Estados Unidos hoy contradiría oficialmente la importancia de la educación básica o eliminara las políticas públicas en las que se basa».⁴⁰²

Es interesante referirse, si bien brevemente, a una situación actual relativa a la tutela legislativa de la atención médica en EE.UU. El sistema del seguro médico norteamericano ha sido caracterizado históricamente de deficiente con enormes falencias en cuanto al bajo alcance de cobertura y su elevado coste.⁴⁰³ En 2009 el presidente Barack OBAMA presentó un proyecto para revisar y reformar el sistema federal de salud y garantizar el acceso al seguro médico a decenas de millones de norteamericanos. La *Patient Protection and Affordable Care Act* fue aprobada por el Congreso de EE.UU. en diciembre de 2010, y sus efectos comenzaron en el 2011, si bien muchas de sus disposiciones serán realizadas durante la década que sigue. La ley actualmente referida como *Obamacare* busca extender el seguro médico a más de 30 millones de personas expandiendo el servicio de asistencia médica provisto por la empresa privada *Medicaid* y proveyendo subsidios federales para ayudar a los norteamericanos de ingresos medios y bajos (que no tienen ningún seguro médico) a adquirir su cobertura privada (mediante una «orden

³⁹⁹ Véase «Health Care Reform», en *The New York Times: Times Topics*, del 4 de marzo de 2011. Disponible en: <http://topics.nytimes.com/top/news/health>. Véase también MARMOR, OBERLANDER, y WHITE, 2009: 485; y FORSYTHE 2007: 319-321.

⁴⁰⁰ Cf. FORSYTHE 2007: 312.

⁴⁰¹ Cf. ALBISA y SCHULTZ 2008: 230. La mención que en el texto se hace del sistema norteamericano como un caso de tutela legislativa débil de los derechos sociales ha de entenderse limitado al derecho social a la educación.

⁴⁰² FORSYTHE 2007: 312.

⁴⁰³ Señalan MARMOR, OBERLANDER, y WHITE 2009 que «Estados Unidos gasta más que cualquier otro país en cuidado médico. En 2006, el gasto en atención médica fue de \$ 2.1 trillones, o 16% de nuestro producto bruto interno. Al mismo tiempo, más de 45 millones de norteamericanos carecen de seguro de salud y nuestros resultados en salud (expectativa de vida, mortalidad infantil, y mortalidad susceptible de atención médica) son mediocres comparados con otras democracias ricas» (MARMOR, OBERLANDER, y WHITE 2009: 485).

de asegurarse»). Algunas de los preceptos que ya se pusieron en funcionamiento consisten en la prohibición a las aseguradoras de la exclusión de clientes enfermos y costosos después de descubrir errores técnicos en sus solicitudes, la exigencia de cobertura médica a los adolescentes hasta 26 años bajo las pólizas de sus padres, la prohibición de negar el cuidado médico por condiciones preexistentes, etcétera.

Más de veinte impugnaciones a varias de las disposiciones de la ley fueron presentadas en diferentes Estados ante jueces federales. A comienzo de 2011, tres jueces habían confirmado su constitucionalidad, catorce rechazaron las demandas de inconstitucionalidad de la ley, y dos la declararon inconstitucional.⁴⁰⁴ La cuestión ha sido finalmente zanjada por la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en junio de 2012 que en términos generales ha validado en su mayor parte la ley con cinco votos a favor y cuatro en contra.⁴⁰⁵ El pronunciamiento de la Corte declara constitucional las disposiciones básicas de la ley de reforma del sistema de salud norteamericano afirmando que el Gobierno tiene facultades para impulsar a la gente a comprar un seguro de salud utilizando sus prerrogativas fiscales.⁴⁰⁶

He presentado brevemente tres regímenes jurídicos que tienen en común la tutela legislativa de los derechos sociales si bien con diferente intensidad. En primer lugar, el régimen de bienestar «socialdemócrata» característico de los países escandinavos se presenta como un sistema que

⁴⁰⁴ Así el caso presentado ante el juez de la Corte Federal del Distrito de Florida, Roger VINSON, quien sentenció la inconstitucionalidad de la ley como consecuencia de una demanda presentada por 26 gobernadores y fiscales estatales republicanos (más dos partes privadas y una asociación comercial, la *National Federation of Independent Businesses*). *State of Florida v. United States Department of Health and Human Services* (Case 3: 10, Document 150, January 31, 2011). El juez VINSON basó su decisión en la conclusión de que el requisito de la ley de un «mandato individual» de comprar un seguro de salud excede la autoridad otorgada al Congreso por la Constitución. Para este juez la competencia que la Constitución delega al Congreso para regular el comercio interestatal, o para promulgar leyes que son «adecuadas y necesarias» para ejecutar sus competencias constitucionales, no autorizan a regular la «inactividad». Por lo tanto, según VINSON, «si el Congreso puede obligar a una persona a que compre un seguro de salud, puede luego obligarle a comer brócoli», citado en JOST 2011.

⁴⁰⁵ *National Federation of Independent Business et. al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, Nº 11-393, June 28, 2012. Opinión por la mayoría del magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia, John G. ROBERTS, Jr.

⁴⁰⁶ *National Federation of Independent Business*: página 4.

tutela de manera robusta los derechos sociales mediante una legislación social comprometida con la universalidad y la igualdad. Como resultado se asegura a sus ciudadanos un nivel de provisión socioeconómico estatal igualitario y estable. En segundo lugar, Canadá representa un caso de tutela legislativa intermedia, en la medida en que la regulación jurídica de los derechos sociales se canaliza a través de la legislación en un régimen de bienestar «liberal» y parcialmente a través de los pactos internacionales de derechos sociales que han activado un moderado amparo judicial. En tercer lugar, Estados Unidos representa un caso de tutela legislativa débil del derecho social a la educación. La ley de reforma del sistema de salud no bastaría para que se reconozca un derecho legal al cuidado médico, si bien la validación constitucional de la ley significa un avance en el grado de satisfacción de esta exigencia social respecto de las personas económicamente carenciadas. En suma, se observa que el nivel de protección de los derechos sociales mediante la legislación está fuertemente vinculado al tipo de régimen de estado de bienestar en el que se presenta, así como a la posibilidad de influencia en la voluntad legislativa de los intereses políticos, económicos y sociales.

6. La dimensión internacional de los derechos sociales

La adhesión de la mayoría de los países a los tratados regionales e internacionales de derechos humanos en general, y de los derechos sociales en particular, el creciente desarrollo de normas jurídicas e instituciones internacionales tendientes a resguardar estos derechos, y la constante progresión del trabajo de organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas alrededor del mundo, ha significado un paulatino y constante enriquecimiento en los sistemas jurídicos domésticos de protección de los derechos, que cada vez cobra mayor relevancia. A la vez, la presencia de esta dimensión transnacional de protección nos obliga a repensar el lugar del ámbito nacional de tutela de estos derechos. En este sentido, se podría sostener que lo relevante para la tutela de los derechos humanos es desarrollar y fortalecer la protección jurídica internacional de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se observa que, si bien por un lado y desde una óptica práctica, la conciencia de la protección de los derechos en el plano internacional adiciona una nueva dimensión de protección, lo cual genera una multiplicidad de análisis de niveles que requiere organizar y compaginar las

distintas instancias tutelares, por el otro lado, desde la perspectiva teórica-institucional, la dimensión internacional y regional de amparo de los derechos incorpora una complejidad adicional a los niveles institucionales de protección identificados en el ámbito nacional. Asimismo, también en el horizonte del Derecho internacional se observa que la conjunción de ciertas características en el diseño institucional presenta un panorama de protección que permite identificar y distinguir entre un continuo gradual (desde formas robustas a débiles) de protección de los derechos.

Las características que debemos tener en cuenta como rasgos sobresalientes de la protección de los derechos a nivel internacional son: a) la *especificación* (o desarrollo) *de los derechos fundamentales* contenidos en las declaraciones (y las correlativas obligaciones que se imponen a los Estados); b) el *grado de sujeción* de los Estados nacionales al Derecho internacional de los derechos humanos; y c) el *nivel de desarrollo de los mecanismos de control* o supervisión internacional del cumplimiento de los tratados por parte de los Estados Partes.

6.1. El desarrollo del contenido de los derechos sociales en las declaraciones internacionales

El proyecto internacional de universalizar los derechos humanos ha seguido como una de las vías fundamentales el establecimiento de normas que enuncian con mayor detalle los derechos en los tratados y convenciones. Del mismo modo, se ha puesto mayor atención en la precisión de las obligaciones jurídicas correspondientes que adquieren los Estados que los ratifican, y la responsabilidad de estos por su implementación.⁴⁰⁷

Los derechos sociales conforman una parte fundamental del código normativo de los derechos humanos. Se encuentran enunciados primariamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1950 (artículos 22 a 25). En particular, se han de tener en cuenta respecto de la protección internacional de los derechos sociales fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), y su Protocolo Facultativo de 2008; en el ámbito regional, la Carta Social Europea, “Carta de Turín”, de 1961, revisada en 1996, para los países

⁴⁰⁷ Véase ABRAMOVICH y COURTIS 2001: Capítulo 2, 2002: 67-70 sobre el desarrollo de las prácticas de los órganos internacionales tendientes a dotar de precisión el contenido de los derechos sociales establecidos en los pactos y de sus obligaciones correlativas.

miembros de la Unión Europea; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988, para las partes de la Organización de Estados Americanos; y en el marco de la Organización de la Unidad Africana, la Carta Africana de los Derechos y de los Pueblos “Carta de Banjul” de 1981. Además la protección de los derechos sociales se prevé en una red de tratados tendientes a la erradicación de la discriminación y la protección de ciertos grupos vulnerables.⁴⁰⁸

Los derechos sociales han tenido (y todavía tienen) en el ámbito internacional, como también ocurre en los sistemas jurídicos domésticos, en comparación con los derechos civiles y políticos, un desarrollo conceptual, jurisprudencial, y doctrinario menor.⁴⁰⁹ En el plano internacional, la construcción conceptual de la sustancia de estos derechos se va plasmando a través de la elaboración de documentos interpretativos. El peso y el valor de esos documentos internacionales es una cuestión en desarrollo que depende en gran medida de su progresiva invocación por parte de los tribunales domésticos. En este sentido, en la actualidad se asumiría que los desarrollos conceptuales relativos al contenido y alcance de los derechos sociales y de las obligaciones de los Estados elaborados por los órganos internacionales son una importante herramienta complementaria al alcance de los magistrados nacionales para la justiciabilidad de los mismos en el ámbito doméstico.

De este modo lo ha declarado por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al señalar que su labor interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene como uno de sus principales fines el «asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus

⁴⁰⁸ Véase, entre otras, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, la Convención de los Derechos de los Niños, y la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados; así como sus pares en el ámbito regional europeo, e interamericano. Además, varias convenciones y tratados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también se ocupan de la protección de los derechos sociales a nivel internacional.

⁴⁰⁹ Véase ABRAMOVICH y COURTIS 2002 donde se afirma que una de las causas que complican el desarrollo de los contenidos específicos de las obligaciones de los Estados sujetas a justiciabilidad en materia socioeconómica sería «la falta de una práctica institucional de interpretación de los instrumentos ante la ausencia de mecanismos de aplicación adecuados» (ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 66).

obligaciones internacionales en la materia». ⁴¹⁰ Y tiene perfecto sentido que los tribunales domésticos tengan en cuenta la opinión de los órganos internacionales sobre la interpretación de los tratados sobre derechos. En el caso del sistema interamericano, desde que la posibilidad de acceder a su jurisdicción a través de denuncias individuales requiere el agotamiento de las instancias judiciales internas del Estado miembro demandado, la justicia nacional tiene la oportunidad de remediar una alegación de vulneración de derechos en sede interna utilizando los criterios interpretativos de aquella y así evitar la posible responsabilidad internacional del Estado. ⁴¹¹

De manera similar, los tribunales domésticos deberían incluir en sus pronunciamientos la interpretación sobre el contenido de los derechos sociales incluidos en el PIDESC que es realizada por el órgano internacional facultado para ello: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Si bien en el PIDESC no se establece la vía de denuncias individuales contra los Estados miembros, estos no obstante son pasibles de opiniones negativas en el ámbito internacional respecto de la falta de cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, el Comité del PIDESC ha elaborado una serie de pautas interpretativas del artículo 2.1 del Pacto que precisan el alcance de las obligaciones genéricas de los Estados Partes derivadas de su adhesión al Pacto. Entre ellas, es interesante mencionar *a)* la obligación de adoptar medidas inmediatas; *b)* la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; y *c)* la obligación de progresividad y prohibición de regresividad. ⁴¹²

El sistema europeo también ha avanzado de manera medular en esta línea de concreción y conceptualización de los derechos sociales. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado varias técnicas jurídicas relativas a cuestiones de interpretación de términos, limitaciones permisibles de los derechos, conflictos entre derechos, configuración de obligaciones estatales positivas, y el efecto horizontal de los derechos humanos, entre otras. ⁴¹³ No obstante el TEDH ha rechazado en

⁴¹⁰ CIDH, OC-14/94, diciembre de 1994, página 9.

⁴¹¹ Véase la decisión de la Corte IDH en *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, del 13 de noviembre de 1991, Serie A N° G 101/81: apartado 26, respecto de que la regla de derecho internacional que exige agotar los recursos internos de manera previa se establece en interés del Estado.

⁴¹² Véase el análisis de las distintas Observaciones Generales (OG) emitidas por el Comité que desarrollan estas obligaciones, entre otros, en CRAVEN 1995; ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 79-116; PIETERSE 2006.

⁴¹³ Véanse, entre otros HUNT 1996; ABRAMOVICH y COURTIS 2001.

numerosos casos la protección de los derechos sociales señalando que estos derechos no caen dentro del campo de protección de la Convención. En efecto, la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales “Pacto de Roma” de 1950, estatuye fundamentalmente los derechos civiles y políticos para la Unión Europea. El artículo 2 del Protocolo N^o 1 garantiza el derecho a la educación en términos negativos: «A ninguna persona le será negada la educación». La jurisprudencia del Tribunal ha interpretado que se protege el derecho a la libertad de educación (correlativo a una obligación negativa), antes que el derecho social a la educación en tanto que suponga una obligación positiva sobre los Estados miembros. Así, en el caso *Pančenko versus Latvia* el TEDH recordó que: «La Convención no garantiza, como tales, los derechos socioeconómicos, incluyendo el derecho a la vivienda gratuita, el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia médica gratuita, o el derecho a la asistencia económica por parte del Estado para mantener un cierto nivel de vida». ⁴¹⁴ No obstante, la práctica del Tribunal a través de la justiciabilidad de los derechos civiles y políticos mostraría una moderada protección judicial indirecta de los derechos sociales como resultado de la adopción de la doctrina de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. ⁴¹⁵

En suma, la legitimidad de la invocación de los tratados internacionales sobre derechos sociales en sede nacional derivaría de la voluntad (y del consecuente grado) de sujeción manifestada por el Estado respecto del tratado o convenio en cuestión.

6.2. Recepción de las normas internacionales sobre derechos sociales en el derecho interno de los Estados

La recepción en cada Estado del sistema regional e internacional de protección de los derechos fundamentales y, por lo tanto, la eficacia frente al legislador nacional de los derechos recogidos en los respectivos tratados, varía de acuerdo con las particularidades de cada sistema jurídico nacional. El efecto doméstico de las obligaciones del Derecho internacional respecto de los Derechos nacionales está, por lo general, previsto en las constituciones de los

⁴¹⁴ *Anna Pančenko v. Latvia*, Application N^o 40772/98, October 28, 1999: considerando jurídico 2, página 6.

⁴¹⁵ Para el examen de la estrategia judicial consistente en la consideración del contexto social y económico para estimar la afectación del disfrute de un derecho civil, véase ABRAMOVICH y COURTIS 2002: 217-220; BREMS 2007; y CLEMENTS y SIMMONS 2008.

Estados. Desde un punto de vista descriptivo puede ser dos tipos: a) sistema *dualista*, y b) sistema *monista*.⁴¹⁶

De acuerdo con el sistema dualista el Derecho internacional constituye un sistema jurídico independiente del sistema jurídico nacional. A través del mismo se estipula que los tratados internacionales ratificados por el Estado en cuestión requieren de la promulgación de legislación nacional para dotarlos de efectos jurídicos domésticos. Tales son los casos, por ejemplo, de Canadá e India.⁴¹⁷ Asimismo, puede mencionarse Suecia donde la implementación tiene lugar a través del “método de transformación”, esto es, mediante la enmienda de las leyes domésticas respectivas en orden de volverlas consistentes con las obligaciones de los tratados. Según el sistema *monista nacional* el Derecho internacional de los derechos humanos se incorpora en el Derecho doméstico cuando éste así lo establece. Por ejemplo, Estados Unidos, Francia, España, y Holanda.

Desde un punto de vista prescriptivo se suele mencionar también una tercera alternativa dada por un *modelo monista internacional* según el cual los Derechos domésticos deberían ser considerados como sub-sistemas que formarían parte de un único sistema jurídico global, dotando de máxima jerarquía a las normas del Derecho internacional.⁴¹⁸ La adecuación de la reconstrucción de este modelo requeriría que se consolide globalmente el reconocimiento de la supremacía del Derecho internacional respecto de los derechos domésticos, extremo que en la actualidad todavía no se verifica.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Estas dos posibilidades se suelen enunciar desde una perspectiva prescriptiva también.

⁴¹⁷ En algunos países europeos, la ratificación de la Carta Social Europea, y su posterior incorporación mediante ley al Derecho nacional, ha convertido las disposiciones del Tratado directamente aplicables por los tribunales domésticos y las autoridades administrativas. Por ejemplo, la Sección 1 de la Ley 843 del Parlamento de Finlandia de 1991 estatuye: «Las disposiciones de la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, y sus Protocolos Adicionales, en la medida que quedan comprendidas en el ámbito de la legislación, tienen vigencia en los términos acordados». Por otro lado, encontramos un caso de sistema dualista en la Constitución de Sudáfrica, con una particularidad. Se prevé la necesidad de la incorporación por ley de tratados internacionales, pero se establece la excepción de ciertas disposiciones que son directamente aplicables cuando han sido aprobadas por el Parlamento. Tales disposiciones son derecho en Sudáfrica automáticamente, a menos que sean inconsistentes con la Constitución o una ley del Parlamento (Sección 231.4).

⁴¹⁸ Véase RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 198.

⁴¹⁹ Cf. RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 201.

Jorge RODRÍGUEZ y Daniel VICENTE han analizado exhaustivamente las posibles relaciones entre los Derechos nacionales y el Derecho internacional a través de la distinción entre la noción de «validez como pertenencia», y la noción de «validez como fuerza obligatoria o aplicabilidad» en cada una de las tres versiones: dualista, monista nacional y monista internacional. A partir de esa distinción entre nociones de validez obtienen nueve modelos alternativos que muestran las complejidades que presenta este panorama.⁴²⁰

La importancia de esta distinción, según señalan los autores, estaría dada por su utilidad «para resolver posibles conflictos entre las normas de fuente internacional y las de fuente interna».⁴²¹ La conclusión a la que arriban RODRÍGUEZ y VICENTE a partir de estudiar las posibilidades presentadas consistiría en mostrar que las diferencias relevantes entre tales modelos estarían centradas, por un lado, en si el Derecho doméstico incorpora el Derecho internacional, o en cambio sólo declara sus normas aplicables sin que por ello se entienda que son incorporadas al derecho del Estado en cuestión. Por el otro lado, la cuestión estaría «en si lo que se incorpora o declara aplicable son simplemente las formulaciones normativas internacionales no interpretadas o más bien las normas internacionales en sí mismas, esto es, formulaciones normativas ya dotadas de cierta interpretación».⁴²²

Asimismo, la constitución también puede establecer la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales dotándolos de a) un estatus *legal*, que implica que se les equipara a las leyes nacionales; b) un estatus *constitucional*, es decir, otorgándoles una jerarquía superior a la legislación doméstica (por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución de Francia; el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la República Argentina

⁴²⁰ Cf. RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 198-200. Para la distinción entre diferentes sentidos de la expresión “validez jurídica” véase BULYGIN 1990; y el examen de esta distinción en RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 183-189. Básicamente, habría que distinguir entre un sentido descriptivo de “validez como pertenencia” de una norma a un sistema jurídico, y un sentido prescriptivo de “validez como fuerza obligatoria” de una norma jurídica, de acuerdo con el cual una norma jurídica es válida si debe hacerse lo que ella establece. Este sentido a su vez requiere que se distinga entre una norma jurídica que establece la obligación de cumplir con ella, de la formulación normativa que sólo indica o describe que otra norma establece la obligación de cumplir con ella.

⁴²¹ RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 201.

⁴²² RODRÍGUEZ y VICENTE 2009: 202.

que incorpora una serie de Convenciones internacionales sobre derechos fundamentales, las que deben entenderse complementarias de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución nacional; o el artículo 105 de la Constitución de Perú de 1979); o c) un estatus *supraconstitucional*, dotando de la máxima jerarquía al Derecho internacional (por ejemplo, en la Constitución de Irlanda el art. 29.6 establece la supremacía del derecho comunitario respecto de la Constitución).⁴²³

En los Estados donde los tratados internacionales sobre derechos sociales son incorporados al Derecho doméstico y pasan a pertenecer al mismo, estos tratados pueden fundamentar la protección de un derecho fundamental mediante la aplicación de los mismos por los tribunales nacionales. Así, por ejemplo, el ya referido caso *Viceconte* en el que la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal de Argentina ordenó al Estado argentino a fabricar suficientes vacunas para el tratamiento de la Fiebre Hemorrágica Argentina según el programa prescrito. Este deber fue derivado del derecho a la salud reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución.⁴²⁴

La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos respecto de la tutela de los derechos sociales por parte de los Estados nacionales se vuelve más patente en la medida y con el alcance en que cada Estado asume el compromiso de protección de las exigencias sociales en su propio ámbito doméstico, y lo hace efectivo. En el caso del sistema jurídico dualista canadiense ya referido, por ejemplo, no obstante la adhesión de Canadá al PIDESC en 1976, la falta de promulgación de las leyes incorporándolo al Derecho doméstico, lo priva de efectos directos y de la posibilidad de que los tribunales lo apliquen como Derecho vinculante. No obstante, la adhesión al Pacto genera obligaciones para el Estado canadiense,

⁴²³ El artículo 29 inciso 6 de la Constitución de Irlanda establece que los tratados internacionales tiene fuerza de ley con el alcance determinado por el *Oireachtas*. Estos es, que los tratados internacionales en los que el Estado forma parte deben ser incorporados en el Derecho doméstico por vía de la correspondiente legislación nacional antes de que sean aplicables en el Estado. Con una excepción: bajo los términos del artículo 29 de la Constitución, el derecho de la Comunidad Europea tiene fuerza de ley en el Estado. Esto significa que cualquier ley o medida, cuya adopción es necesaria por la membresía a la Unión Europea, no puede, en principio, ser invalidada por ninguna disposición de la Constitución.

⁴²⁴ *Viceconte, Mariela C. c./Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Socioeconómica) s/Acción de Amparo Ley 16.986*, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 2 de junio de 1998 (La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 1998-F-305).

a la vez que la Corte Suprema podría valerse, y así lo ha hecho, de su consideración como pauta interpretativa a la hora de proteger derechos sociales contenidos en el Pacto.⁴²⁵ En cambio, Estados Unidos de Norteamérica si bien ha firmado en 1975 el PIDESC no ha formulado la correspondiente ratificación hasta el presente y, en consecuencia, los derechos sociales allí establecidos no adquieren aplicabilidad en su Derecho doméstico ni generan obligaciones para el Estado norteamericano.

6.3. Los mecanismos internacionales de supervisión

Una de las razones fundamentales de la falta de desarrollo de la justiciabilidad de los tratados internacionales sobre derechos sociales por parte de los Estados es la carencia general de mecanismos potentes y efectivos de supervisión y control internacional previstos en los tratados en cuestión.⁴²⁶ Tal es lo que ocurre todavía respecto de las obligaciones que surgen PIDESC de 1966, y su Protocolo Facultativo de 2008 en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

El PIDESC, por ejemplo, obliga a las partes a reconocer y aplicar progresivamente derechos sociales como el cuidado médico, la educación, y un nivel de vida adecuado, pero no incluye ningún mecanismo mediante el cual estas obligaciones puedan ser jurídicamente exigidas. En cuanto al Protocolo, se creó con el objetivo de que las partes firmantes se comprometían a reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para examinar las denuncias de personas o grupos que afirman que sus derechos en virtud del Pacto han sido violados (art. 1), una vez que los denunciantes hayan agotado los remedios domésticos. Esta nueva instancia de protección a nivel internacional requiere de diez ratificaciones de entre los treinta y cuatro Estados firmantes para entrar en vigencia (artículo 18).⁴²⁷ Sólo ha sido ratificado por tres Estados. En consecuencia, en el ámbito internacional de Naciones Unidas, no podemos

⁴²⁵ Por ejemplo, el antes examinado pronunciamiento de la justicia canadiense en *Victoria (City) v. Adams* 2009.

⁴²⁶ Véase SCHEININ 2001: 29-32.

⁴²⁷ A la fecha de diciembre de 2012.

sostener que haya una instancia supraestatal efectiva de control de la protección de los derechos sociales.⁴²⁸

El lugar que ocupan los derechos sociales en el sistema jurídico de la Unión Europea es todavía controvertido, e incluso mayormente rechazado.⁴²⁹ Como órgano jurisdiccional encargado de asegurar que el derecho comunitario sea observado en la interpretación y aplicación de los Tratados para los Estados miembros, la Corte Europea de Justicia inicialmente asumió la posición de respetar la autonomía procedimental y remedial de aquellos.⁴³⁰ El derecho comunitario sólo intervendría cuando las leyes aplicadas por los tribunales nacionales fueran menos favorables en comparación con otros casos nacionales, y donde la legislación nacional hiciera imposible en la práctica el ejercicio de los derechos de la Comunidad.⁴³¹ Si bien ha habido paralelos pronunciamientos en los que la Corte ha variado el criterio de modo de no permitir que los principios del derecho comunitario desplacen las leyes nacionales.⁴³² Por otra parte, como ya se señaló, no se admiten reclamos por violaciones de los derechos protegidos en la Carta Social Europea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo. La implementación de la Carta, en cambio, es supervisada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, a través del examen de los informes estatales. Como regla general, la justiciabilidad de los derechos sociales de los Estados miembros de la Unión permanece en el ámbito nacional.

⁴²⁸ Con relación al papel accesorio (o secundario) del control o supervisión internacional, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que «el requisito de agotamiento de los remedios domésticos refuerza la primacía de los remedios nacionales en este respecto. La existencia y posterior desarrollo de procedimientos internacionales para el ejercicio de acciones individuales es importante, pero tales procedimientos son en última instancia sólo suplementarios a los remedios nacionales efectivos». Observación General N^o 9 (1998) sobre la aplicación doméstica del PIDESC, párr. 4 del Informe del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento E/1999/22 de Naciones Unidas, pp. 117-121.

⁴²⁹ Véase SZYSZCZAK 2001: 493.

⁴³⁰ Cf. SZYSZCZAK 2001: 504-505, para quien la Corte Europea de Justicia también desempeña una función central en desarrollar las disposiciones básicas del Tratado, dotando de mayor detalle la legislación secundaria relativa a los derechos sociales y asignándoles, en varios casos, interpretaciones de amplio alcance.

⁴³¹ *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* (N^o 2), C-271/91, (1993) ECR I-4367; *Cotter and McDermott v. Minister for Social Welfare and Attorney General*, C-377/89, (1991), ECR I-1155; *Emmott*, C-208/90, (1991) ECR-4269; y *Francovich*, C-6 & 9/90, (1991) ECR 5357.

⁴³² *R v. Secretary of State for Social Security, ex parte Sutton*, C-66/95, (1997) ECR I-2163.

Por su parte, el continente americano se ha dotado con un mecanismo regional de protección de los derechos fundamentales. El sistema interamericano de derechos humanos garantiza formalmente a sus ciudadanos, bajo el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la consideración de peticiones relativas a presuntas violaciones de derechos (tales como los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la salud, a la educación; y los derechos de reunión, de asociación, y de circulación y residencia).⁴³³ Esta vía está limitada al sistema jurídico nacional de cada Estado miembro en virtud del grado de compromiso a nivel internacional. Por ejemplo, un Estado que haya ratificado la CADH, el Protocolo de San Salvador y haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte brinda formalmente a sus habitantes una protección jurídica robusta a nivel internacional,⁴³⁴ mientras que aquel que sólo es parte de la Carta de la Organización de Estados Americanos, únicamente está vinculado con el alcance que permite la CADH. En la práctica institucional, no obstante, la estructura integral del sistema de protección regional de los derechos es débil, entre otras razones, porque no se ha desarrollado de manera suficiente el contenido y alcance de los derechos sociales tutelados, ni se ha especificado consistentemente el alcance de la obligación de los Estados de “desarrollo progresivo” (del artículo 26 de la Convención Americana), y porque el reclamo judicial está limitado a la protección del derecho a la educación y el derecho de asociación con fines sindicales (según el Protocolo de San Salvador).

El tercer sistema regional en crearse fue el africano a partir de la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos y del Pueblo en 1981. Tiene como rasgo especial el reconocimiento expreso de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales. Así, para los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales se reconocen, sin

⁴³³ El sistema interamericano prevé dos órganos que regulan la observancia de derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el Capítulo XV de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; los Capítulos VI, VII y VIII de la CADH, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴³⁴ En estos casos se trata de una instancia supraestatal de protección, dado que las sentencias de resolución de los casos de violaciones a los derechos humanos de la Corte de Justicia tienen carácter de decisiones vinculantes, definitivas e inapelables para los Estados (artículos 67 y 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

distinción, los mismos mecanismos de justiciabilidad. No obstante el extenso y generoso reconocimiento normativo, esta protección no se ha visto reflejada en la práctica.⁴³⁵ La Carta exige que la Comisión Africana, órgano de control y promoción de los derechos establecido en la Carta (artículo 45), opere de manera confidencial (artículo 59). Sin embargo, desde 1994 la Comisión se apartó de ese mandato, y desde entonces se hacen públicas sus decisiones, resoluciones y demás documentos. Tampoco la Carta ha dotado a la Comisión con poderes para generar remedios ante violaciones de los derechos, o para supervisar la ejecución de sus decisiones. Por su parte, los Estados no le han brindado mayor apoyo ni político ni financiero.⁴³⁶ En suma, la Comisión no habría logrado hasta el momento erigirse en un actor enérgico en el sistema regional sudafricano de protección de los derechos fundamentales.⁴³⁷ Un nuevo protocolo que estatuye una Corte de Justicia Africana fue adoptado en 1998, y entró a regir a partir de 2004 en el marco del establecimiento de la Unión Africana en 2001. A partir de estos nuevos instrumentos se ha reavivado el compromiso de los Estados africanos en la protección de los derechos, ya que no obstante la creación de normas e instituciones de control, la obligación última de implementar efectivamente los derechos sociales permanece en aquellos.

Por otro lado, de considerable relevancia en el área de la protección internacional y regional de los derechos sociales es lo que la doctrina internacional denomina “derecho blando” (*soft law*), consistente en una forma extrajurídica de regulación y control.⁴³⁸ Se trata de una variedad de instrumentos y remedios no vinculantes tendientes a contribuir en la realización de los derechos sociales con diferentes grados de eficacia. Entre ellos, los distintos instrumentos de los órganos ejecutivos y judiciales de los tratados (directivas, recomendaciones, observaciones, opiniones, resoluciones, programas de acción y estatutos), el mecanismo de informes de expertos

⁴³⁵ Cf. CHIRWA 2008: 323-338.

⁴³⁶ Cf. CHIRWA 2008: 335-336.

⁴³⁷ Véase CHIRWA 2008.

⁴³⁸ Véase, por ejemplo, WATSON 2008: 457.

independientes,⁴³⁹ la cooperación financiera, y la cooperación técnica,⁴⁴⁰ cumplen una tarea suplementaria al respecto. Los “tribunales informales”, tales como los tribunales de los pueblos, creados a partir de movimientos sociales, significan cada vez más una valiosa herramienta auxiliar. Por ejemplo, el Tribunal Permanente de los Pueblos formula acusaciones a empresas (y también a los Estados) por vulneración de los derechos laborales y sindicales y de los derechos de integridad personal de los trabajadores. Las presiones políticas y económicas de la comunidad internacional (incluidas las instituciones financieras internacionales), si bien tampoco califican como mecanismos jurídicos de protección, pueden desempeñar un papel indirecto de supervisión del cumplimiento de las obligaciones previstas en las disposiciones internacionales de derechos.⁴⁴¹

En conclusión, el sistema de protección regional e internacional de los derechos sociales es un proceso en construcción con una tendencia hacia el fortalecimiento de la tutela por numerosas vías (tales como mayor

⁴³⁹ Por ejemplo, los llamados Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC (*The Limburg Principles*), documento emitido por un grupo de expertos en Maastricht en junio de 1986, y adoptado por la ONU (UN Document E/C 4/1987/17); o la red de tratados de la OIT que es supervisada principalmente por dos comités de expertos, el *Committee of Independent Experts on the Application of Conventions and Recommendations* y el *Committee on Freedom of Association*.

⁴⁴⁰ Los artículos 2 y 22 del PIDESC mencionan a la cooperación técnica entre los medios de realización progresiva de tales derechos. Entre las organizaciones internacionales y regionales que llevan a cabo la cooperación técnica respecto de la satisfacción de los derechos humanos, se encuentra la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con sede en Ginebra, los órganos de Naciones Unidas tales como UNICEF para los derechos del niño, UNDP, y UNIFEM y agencias especializadas tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto de los estándares del derecho al trabajo, o UNESCO para cuestiones relativas al derecho a la educación, así como organizaciones regionales como el Consejo de Europa, y agencias nacionales que introducen la tutela de los derechos humanos en sus actividades bilaterales de cooperación. Asimismo, las organizaciones no gubernamentales (ONG), las organizaciones intergubernamentales y las instituciones académicas contribuyen en esta tarea. Por ejemplo el *Centre on Housing Rights and Evictions* en Ginebra. Véase ALFREDSSON 2001: 477, sobre la incipiente incidencia de la cooperación técnica como mecanismo extrajurídico tendiente a procurar la satisfacción de los derechos humanos.

⁴⁴¹ Los gobiernos y las organizaciones estatales utilizan con frecuencia la imposición de sanciones económicas sobre otros Estados para presionar en la detención de violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, tales como embargos, restricciones en las licencias sobre las exportaciones e importaciones, restricción o suspensión de asistencia humanitaria, negación de créditos, cancelación de acuerdos comerciales, etcétera.

especificación de los derechos protegidos y de las obligaciones de los Estados). Por el momento, no obstante las buenas intenciones de la comunidad internacional a favor de su vigencia, los tratados regionales e internacionales sobre derechos sociales tienen una relativa incidencia en los sistemas jurídicos domésticos de protección de estos derechos, dependiendo principalmente de la voluntad política de los Estados para hacerlos efectivos.⁴⁴²

7. La recepción jurídica de las exigencias sociales

Hasta el momento he centrado el análisis en el criterio de la jerarquía de la protección de las exigencias sociales en la forma de derechos subjetivos, esto es, derechos correlacionados con una obligación del Estado. Los ejemplos de derecho positivo han servido para mostrar cómo un derecho social así concebido puede ser garantizado con la jerarquía constitucional o sin ella. En el Capítulo 1 señalé que esta noción de derecho subjetivo es sólo una de las varias formas jurídicas de las que se puede dotar a una determinada relación jurídica. Sostuve que es posible distinguir conceptualmente aquella noción de otras dos formas de regulación jurídica de las exigencias sociales, *i.e.*, la directriz política y la mera gracia. A continuación mostraré con fines meramente ilustrativos cómo en algunos sistemas jurídicos se ha regulado el establecimiento constitucional de ciertas exigencias sociales bajo una forma diversa que la del derecho subjetivo.

En el Derecho español, por ejemplo, las exigencias sociales poseen rango constitucional, pero se establece cierta jerarquía entre ellas que se traduce en una diferente forma de regulación y un diverso grado de protección. Mientras que el derecho social de todos a la educación básica

⁴⁴² Véase LIEBENBERG 2001: 76. La Constitución de Sudáfrica, por ejemplo, expresamente exige que se tenga en cuenta el Derecho internacional cuando los tribunales u otros foros interpretan la Carta de derechos (Sección 39.1.b). La Corte Suprema sudafricana ha sostenido que el Derecho internacional público en este contexto incluiría tanto derecho vinculante como no vinculante. Véase *S. v. Makwanyane y otro*, 1995 (3) SCC 391 (CC): 35. Por su parte, el Tribunal Supremo español ha cumplido una labor relevante en España en este sentido a través de su jurisprudencia ordinaria, al judicializar los Convenios de la OIT, luego incorporados por el órgano legislativo como derecho doméstico.

obligatoria y gratuita⁴⁴³ se encuentra amparado en la parte privilegiada (Sección primera del Capítulo II) de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española,⁴⁴⁴ se regula de manera diversa otras exigencias sociales al establecerse dentro de los «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo III)⁴⁴⁵ que se reconoce el derecho a la protección de la salud, y (sólo a los españoles) el disfrute de una «vivienda digna y adecuada». Estos derechos sociales (entendidos en sentido amplio), en consecuencia, estarían regulados en la Constitución como directrices políticas y sociales orientadoras de la función legislativa en particular, y de la actuación estatal en general.

La protección constitucional de las exigencias sociales bajo la forma jurídica de directrices políticas orientadoras de la actividad estatal no genera una obligación directamente exigible sobre el Estado de asegurar el disfrute de las exigencias sociales respecto de individuos particulares. En cambio, a través del establecimiento de este tipo de mandatos, el Estado se comprometería a una tarea de protección genérica de las exigencias sociales asumiendo el deber de legislar según esas directrices plasmadas en la Constitución.⁴⁴⁶ El propio ordenamiento constitucional español, además, otorga a estas directrices políticas la protección sólo del recurso de

⁴⁴³ La Constitución establece que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Artículo 27, Título I, Capítulo II, Derechos y Libertades, Constitución de España. La mayoría de las Constituciones europeas protegen el derecho a la educación con la garantía constitucional del control de constitucionalidad, como uno de los derechos subjetivos fundamentales.

⁴⁴⁴ Se trata de una ubicación de privilegio en tanto sólo los derechos y libertades incluidos en tal sección son especialmente garantizados con el «recurso de amparo» y su procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios y ante el Tribunal Constitucional, dotándolo de inmediata exigibilidad, al igual que a los derechos civiles y políticos (esto es, un derecho social inmediatamente exigible, por lo cual los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de enseñanza y en el supuesto que no lo hicieran, el damnificado puede acudir ante el juez para que lo conceda). Cf. PRIETO 1995.

⁴⁴⁵ Título I, Capítulo III, Principios rectores de la política social y económica, artículos 39 a 52 de la Constitución española.

⁴⁴⁶ Sin embargo, algunos juristas han abogado por una «constitución legislativa», esto sería, una constitución observada por el legislador consciente quien busca cumplir con sus obligaciones políticas. Véase, por ejemplo, WEST 2009: 79.

inconstitucionalidad.⁴⁴⁷ Según el texto constitucional español, «el reconocimiento, el respeto y la protección» de los derechos a la salud y a la vivienda digna «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».⁴⁴⁸ Carentes de las técnicas de protección de las que están dotados los derechos fundamentales de la Sección segunda, «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».⁴⁴⁹

Ahora bien, una cuestión controvertida que surge a partir de este tipo de regulación jurídica en la forma de directriz política tendiente a la obtención de la satisfacción de alguna exigencia social, consiste en la situación en la que los órganos estatales competentes incumplen sistemáticamente con su deber de legislar en la dirección marcada por esas pautas constitucionales.⁴⁵⁰

Examinemos a modo de ejemplo cómo se ha entendido la función de la Corte de Justicia en tanto garante de la Constitución en el sistema jurídico constitucional de India.⁴⁵¹ La Constitución india —al igual que en el caso del Derecho español— estatuye una distinción entre derechos fundamentales y principios directivos de la política estatal, otorgándoles diferente ubicación en el texto constitucional. Entre los derechos fundamentales garantizados a todas las personas en la Parte III de la Constitución se encuentran el derecho a la vida y el derecho a la igualdad, junto con otros derechos fundamentales civiles y políticos. Para remediar la posible violación de estos derechos, sea por particulares o por el Estado, o contra leyes o actos inconstitucionales de la administración ejecutiva, se prevé la presentación de diversos recursos ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 32), máximo tribunal que ejerce un control judicial robusto de constitucionalidad. La protección de las exigencias sociales, en cambio, se encuentra listada en otro apartado (Parte IV) bajo el título «Principios Directivos de la Política Estatal». Su incumplimiento o

⁴⁴⁷ Artículo 43 (derecho a la protección de la salud) y artículo 47 (derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada) de la Constitución española. Sobre la interpretación del derecho social a la vivienda digna como directriz, véase ATIENZA y RUIZ MANERO 2004: 33.

⁴⁴⁸ Art. 53, inc. 3 Constitución española.

⁴⁴⁹ Art. 53, inc. 3 CE.

⁴⁵⁰ Algunos sistemas jurídicos prevén una sanción jurídica expresa para los casos de omisión de legislar de acuerdo con el derecho subjetivo como regla de fin. Véase el Capítulo 1: punto 8.

⁴⁵¹ Así, los derechos a la educación, vivienda y cuidado médico están previstos en los artículos 45 a 47, Parte IV, de la Constitución de India.

agravio no tiene previsto remedio jurídico expreso para obligar una acción positiva del Estado. Es más, la Constitución establece que estas directrices políticas «no serán justiciables por ningún tribunal», pero agrega que son «fundamentales en el gobierno del país y será el deber del Estado aplicar esos principios al hacer las leyes».⁴⁵²

En consecuencia, se protegen las exigencias sociales con el estatus jurídico de directrices políticas, las que constituyen normas jurídicas de relevancia interpretativa de las leyes por parte de la Corte, pero su cumplimiento no podría ser exigido mediante una acción individual ante la justicia. Esto es, no dispondrían sino una obligación general para las autoridades legislativas y administrativas de legislar y administrar, respectivamente, con el fin de establecer un estado de cosas tendiente a la satisfacción de las exigencias sociales. Ahora bien, la realidad del Estado indio muestra que durante varias décadas los órganos legislativos y administrativos han desatendido su obligación al respecto.⁴⁵³

Según puntualiza Bertus VILLIERS, la Corte Suprema de Justicia de India pasó por varias etapas en cuanto a la percepción de cuál era su propia función ante tales incumplimientos por parte de los demás órganos estatales.⁴⁵⁴ Así, siguiendo a este autor, la Corte adoptó una posición conservadora durante los primeros veinte años desde la promulgación de la Constitución, en el sentido de priorizar el peso de los derechos fundamentales por sobre los principios directivos económicos y sociales. Luego cambió ese criterio, para señalar que ambos conjuntos de derechos tenían la misma importancia, por lo que debían ser entendidos como complementarios y suplementarios unos con otros y en ese sentido armonizados.⁴⁵⁵ A partir de fines de la década de los setenta, la Corte adoptó una posición especialmente activista respecto de la protección de las exigencias sociales expresadas en las directrices políticas. El máximo tribunal interpretó que tales pautas formaban parte de los derechos fundamentales que están contenidos en la

⁴⁵² Artículo 37 de la Constitución de India.

⁴⁵³ Cf. VILLIERS 1992a.

⁴⁵⁴ Véase VILLIERS 1992a: 48. Véase también MURALIDHAR 2008.

⁴⁵⁵ VILLIERS 1992a: 39-49, con cita del fallo *Chandra Bhawan Boarding and Lodging Bangalore v. The State of Mysore*, 1970 SCR 600.

Constitución, haciéndolos *indirectamente* ejecutables.⁴⁵⁶ Así, la Corte consideró en un caso que el derecho a la vida, reconocido en la Constitución como derecho fundamental, contendría «dentro de su alcance el derecho al alimento, el derecho a la vestimenta, el derecho a medioambiente decente y a un alojamiento razonable en donde vivir».⁴⁵⁷ Con posterioridad, la Corte Suprema volvió a emplear el mismo criterio interpretativo respecto del derecho a la vivienda.⁴⁵⁸

En suma, las exigencias sociales protegidas constitucionalmente en la forma de directrices en el sistema indio serían un ejemplo de normas jurídicas que imponen obligaciones genéricas de obtención de ciertos fines sobre los órganos estatales competentes, tales como implementar los medios tendientes a facilitar el acceso a las viviendas de los ciudadanos carenciados, por caso, mediante planes de viviendas económicas. Ante la sistemática inactividad o falta de capacidad de los órganos gubernamentales en el cumplimiento de esas obligaciones genéricas, la Corte Suprema expandió el ámbito de protección de los derechos fundamentales de modo de tutelar indirectamente las exigencias sociales de los miembros carenciados de la sociedad.⁴⁵⁹

La regulación de las exigencias sociales en la forma de una *gracia*, por su propia definición, no podría ser garantizada con una acción tutelar.⁴⁶⁰ Señalé en el Capítulo 1 que este instituto consiste en una facultad del Estado de brindar un beneficio o prestación a una persona, o un grupo de personas, cuando se han satisfecho determinados requisitos. Su regulación no implicaría ningún tipo de obligación por parte del Estado. Además, este tipo de relación

⁴⁵⁶ Por ejemplo, en *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SCC 180, la Corte amplió el alcance y contenido del derecho fundamental a la vida previsto en el artículo 21, incluyendo también en el mismo el derecho al alimento. Así, ha sostenido que los medios necesarios para vivir forman parte del derecho fundamental a la vida, por lo tanto, la privación de alimento «no sólo despojaría a la vida de su efectivo contenido de significado sino que haría a la vida imposible de vivir, dejando de lado lo que hace a la vida vivible» (*Olga Tellis* 1986).

⁴⁵⁷ *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame*, AIR 1990 SCC 630-633.

⁴⁵⁸ En esta oportunidad la Corte señaló que «es el deber del Estado construir viviendas a tarifas razonables y hacerlas accesibles a los pobres. El Estado tiene el deber constitucional de proveer viviendas para dotar de significado al derecho a la vida». *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulba Khan & Ors* (1997) 11 SCC 121. Véanse KOTHARI 2007: 182-186; BILCHITZ 2008: 241-245.

⁴⁵⁹ Véanse VILLIERS 1992b: 196; COOPER 1993; MURALIDHAR 2008.

⁴⁶⁰ Véase el Capítulo 1: punto 7 donde he caracterizado al instituto de la mera gracia o favor como una posible relación jurídica débil que el Derecho puede instituir a favor de los individuos.

jurídica estaría sujeta a revocación por el gobierno. No obstante tratarse de un modo de regulación sumamente débil e inestable, existe como otra forma disponible para el Estado de regular la satisfacción de exigencias sociales. Podría mencionarse como ejemplo de esta forma de regulación los programas articulados por el gobierno de Estados Unidos tendientes a la satisfacción de ciertas exigencias sociales a nivel federal. De acuerdo con Arjun SENGUPTA, el gobierno federal de Estados Unidos provee asistencia a las personas económicamente carenciadas (individuos y familias en situación de pobreza, ancianos, y personas discapacitadas), a través de unos ochenta programas oficiales.⁴⁶¹ Entre las medidas así concebidas se encuentran, por ejemplo, el *Temporary Assistance for Needy Families* (TANF), el *Supplemental Security Income* (SSI) y el *Food Stamps* (FS), que consisten en programas que cubren necesidades de alimentación y suplementos de nutrición para mujeres, niños, lactantes, personas discapacitadas y ancianos. Para acceder a ellos las personas deben cumplir una serie de requisitos de admisión, extremadamente complicados y difíciles de satisfacer.⁴⁶² Esta forma de regulación de las exigencias sociales carece de obligación correlativa por parte del Estado, y tampoco podría exigirse resguardo adicional alguno.

Los ejemplos del derecho positivo ofrecidos alcanzan para mostrar que dotar a una exigencia social de jerarquía constitucional (en el sentido de excluirlo del debate parlamentario, al menos ordinario, y protegerlo mediante el control de constitucionalidad) o infraconstitucional, no determina necesariamente el tipo de regulación de que se trate: derecho subjetivo, directriz o mera gracia. Así, una ley puede dotar a una exigencia social de mayor protección institucional en cuanto a su exigibilidad jurisdiccional respecto de otra consagrada constitucionalmente pero que carece de la primera. No obstante, en la medida en que la consagración constitucional de un derecho subjetivo esté dotada del mecanismo del control de constitucionalidad, por ejemplo, se lo estará dotando de la máxima garantía de protección institucional. Y muy difícilmente (aunque ello no es imposible lógica ni empíricamente) se incluirá en la constitución un instituto jurídico

⁴⁶¹ Véase el informe de Arjun SENGUPTA sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos (E/CN.4/2006/43), ante la Comisión de Derechos Humanos de Ginebra; y SENGUPTA 2010. Véase también «Health Care Reform», en *The New York Times: Times Topic*, del 4 de marzo de 2011, donde se informa que existen 47 millones de personas en el Estados Unidos que no tienen cobertura médica en absoluto. Disponible en: <http://topics.nytimes.com/top/news/health>.

⁴⁶² Véanse SOSS 2005; HANDLER y HASENFELD: 2007; BRUCH, FERREE y SOSS 2010.

como el de una simple gracia. Esto muestra que la jerarquía legal de que goza una exigencia social y el tipo de regulación jurídica de que se le ha dotado, aunque diferentes, mantienen ciertas relaciones entre sí. Con esto último he abordado el criterio del estatus, junto al referido de la jerarquía, para definir los modelos de protección jurídica de las exigencias sociales (*i.e.*, derechos sociales en sentido amplio).

8. Modelos de protección de los derechos sociales

El examen de las formas de regulación jurídica de las exigencias sociales que he realizado en el Capítulo 1, se une ahora con lo desarrollado en este capítulo sobre los regímenes jurídicos de tutela. Esto es, los dos criterios de protección identificados: a) el *estatus* jurídico de las exigencias sociales (derecho subjetivo protegido, directriz orientadora de la política económico-social estatal, o simple gracia); y b) la *jerarquía* jurídica con la que se les dota (constitucional con control robusto, constitucional con control débil, o legislativa). Del cruce de estos dos parámetros se obtienen los modelos de protección que se muestran en la siguiente matriz.

TABLA 1: Matriz tipológica de protección de los derechos sociales y ejemplos

	<i>Derecho subjetivo</i>	<i>Directriz política</i>	<i>Gracia</i>
<i>Constitucional con control robusto</i>	(1) <i>Modelo I</i> (derechos sociales del art. 14 bis Constitución argentina; derechos sociales en Colombia, y en Sudáfrica)	(2) <i>Modelo IIa</i> (derechos a la salud, alimentación y vivienda en India, derecho a la salud y a una vivienda digna en España)	(3) vacío
<i>Constitucional con control débil</i>	(4) <i>Modelo IIb</i> (el derecho a la educación en el Reino Unido)	(5) <i>Modelo IIc</i> (por hipótesis, el derecho a la salud en el Reino Unido)	(6) vacío
<i>Legislativa</i>	(7) <i>Modelo IIIa</i> (derechos sociales en países nórdicos)	(8) <i>Modelo IIIb</i> (derecho a la vivienda en Canadá)	(9) <i>Modelo IIIc</i> (programas sociales en Estados Unidos)

La matriz resultante de la combinación del estatus y la jerarquía, ilustrada en la Tabla 1, genera nueve tipos de mecanismos de protección de las exigencias sociales. Del total de los cuadrantes, dos de ellos (3) y (6) están vacíos. Estos corresponden a la improbable inclusión de regulación jurídica como la gracia en una constitución.

Los restantes siete mecanismos son variables de algunos de los *tres modelos de protección* que reconstruyo a continuación.

- 1) Modelo I: representa un núcleo robusto de protección de las exigencias sociales. Resulta de la regulación de una exigencia social en la forma de un derecho subjetivo correlacionado con una obligación por parte del Estado de satisfacer el contenido del mismo y protegido con una acción procesal tendiente a hacer exigible su cumplimiento a través de la vía jurisdiccional (derecho subjetivo protegido). Además está dotado del mecanismo de control robusto de constitucionalidad como garantía constitucional (1). Lo denomino *modelo constitucional robusto* de protección de un derecho social.
- 2) Modelo II: engloba tanto una recepción constitucional de las exigencias sociales en la forma de derechos subjetivos protegidos con un control débil de constitucionalidad (2), como en la forma de directrices con un control de constitucionalidad, robusto (4) y débil (5).⁴⁶³ Lo denomino *modelo constitucional débil* de protección de un derecho social.
- 3) Modelo III: la tercera categoría está atravesada por la protección legislativa en su intersección con los distintos tipos de regulaciones jurídicas que puede adquirir la satisfacción de una exigencia social frente al Estado: como derecho subjetivo protegido (7), como directriz política que impone una obligación general de obtención de un fin (8), o como mera gracia del Estado sin un deber correlativo (9). Caracterizaré a éste como *modelo legislativo de tutela* de un derecho social.

En suma, pese a que es habitual centrar el debate sobre la protección institucional de los derechos sociales únicamente en el Modelo I, mi propósito ha sido ilustrar la existencia de otros mecanismos alternativos de protección de las exigencias sociales como los incluidos en los Modelos II y III. No obstante los diversos grados de amparo, estos tienen como rasgo común que constituyen *modelos de protección*. En comparación con ellos, un sistema que

⁴⁶³ El caso (5) es hipotético en tanto que no existe actualmente en sistema jurídico alguno.

negara todo tipo de protección jurídica a las exigencias sociales, puede ser denominado *modelo de no protección*. Aunque no parece haber sistemas jurídicos que no reconozcan ningún tipo de tutela a ninguna de las exigencias sociales, podría ocurrir que se negara todo amparo a este respecto. De hecho, algunos teóricos sostendrían que esta es la postura que debería asumir el Estado, lo cual tiene directa relevancia para el problema normativo de la justificación político-moral e ideológica de los derechos sociales.⁴⁶⁴ Así, los referidos modelos pueden ser relativos a sistemas jurídicos reales o propuestos, es decir, ser interpretados como de *lege data* o de *lege ferenda*. No obstante, tanto respecto de los modelos propuestos como de aquellos que encuentran recepción en un sistema jurídico vigente, se plantea el problema de su justificación normativa.

9. Conclusión

En el presente capítulo he procurado presentar una imagen general de los mecanismos jurídicos e institucionales de protección de los derechos sociales, así como reflejar la complejidad y diversidad de variables relevantes que cualifican los distintos sistemas como, por ejemplo, la incorporación al ámbito doméstico del Derecho internacional de protección de los derechos sociales. Si bien me he centrado principalmente en el sistema constitucional de protección y, en particular, en las modalidades que incorporan el control robusto de constitucionalidad y el control débil, he considerado también la posibilidad de la tutela legislativa que es la que prima en algunos países para resguardar los derechos sociales. Como resultado he agrupado los distintos sistemas en tres modelos: Modelo I (modelo constitucional robusto), Modelo II (modelo constitucional débil), y Modelo III (modelo de tutela legislativa).

En lo que sigue me ocuparé de la dimensión normativa centrándome en el Modelo I porque es respecto de éste que se presentan las cuestiones normativas más controvertidas acerca de la justificación filosófica y política de la protección de los derechos sociales. En especial, es el modelo que enfrenta un serio desafío señalado como la *dificultad contramayoritaria*. Su examen constituirá una parte nuclear de la discusión que emprenderé a partir del Capítulo 3.

⁴⁶⁴ Por ejemplo, NOZICK 1974.

CAPÍTULO 3

LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Introducción

Quienes argumentan normativamente a favor de la protección constitucional de los derechos sociales jurídicos enfrentan un conjunto de problemas diversos pero que se presentan en forma de una secuencia encadenada. En primer lugar, tienen que mostrar la posibilidad conceptual de los derechos sociales. Es decir, se debe examinar si estos derechos poseen una estructura semejante a la de los derechos civiles y políticos y, en tal caso, que pueden ser incluidos en la categoría de los *verdaderos* derechos. En segundo lugar, tienen que ofrecer razones para fundamentar el establecimiento de particulares derechos sociales y con qué alcance en un sistema jurídico determinado. Quienes además defienden la protección constitucional de estos derechos, en tercer lugar, tienen que ofrecer argumentos para fundamentar la instauración de mecanismos de control jurisdiccional para la protección de los derechos sociales, a la vez que evaluar y calibrar el peso de los contraargumentos elevados contra esos mecanismos institucionales y las razones para preferirlos frente a otros mecanismos como la tutela legislativa.

En el Capítulo 1 he analizado el primer conjunto de problemas relativo a la posibilidad conceptual de los derechos sociales y he concluido que los derechos sociales poseen una estructura similar a los derechos civiles y políticos. En el Capítulo 2 he presentado tres modelos de protección institucional de los derechos sociales: el modelo constitucional robusto, el modelo constitucional débil y el modelo de tutela legislativa. A partir de ahora me centraré en analizar la validez de las razones para justificar la

posibilidad de los derechos sociales en un cierto sistema jurídico y examinaré los argumentos para defender su resguardo institucional.

En este Capítulo 3 me ocuparé en el punto 2 de introducir el problema que surge a partir de la idea de los desacuerdos persistentes en las sociedades democráticas contemporáneas. Si se lo toma en serio, se presenta como un verdadero desafío a todo intento de justificación o negación de los derechos sociales. En el punto 3 introduciré la estrategia de justificación de los derechos sociales, y su negación, basada en consideraciones de lo que exige la justicia social. A continuación me centraré en el problema que presenta la delimitación del contenido de los derechos sociales desde la perspectiva de la justicia a partir del estudio de tres posiciones que fundamentan un alcance diverso de la satisfacción de las exigencias sociales. En particular, en el punto 4 evaluaré el enfoque de las necesidades básicas de todos los seres humanos en tanto noción fuertemente intuitiva y extensamente reivindicada. En el punto 5 examinaré la noción del “mínimo social” en la teoría de la justicia defendida por John RAWLS. En el punto 6 analizaré la propuesta de Cécile FABRE de justificación de los derechos sociales a “los recursos adecuados” como una demanda de la justicia social igualitaria.

En el punto 7 mostraré que desde posiciones de justificación de los derechos sociales como las examinadas es habitual defender también que las exigencias que articulan estos derechos tienen tal relevancia que deben ser resguardadas a través de un modelo constitucional robusto de protección. Analizaré dos objeciones a las que se enfrenta tal estrategia. Por un lado, en el punto 8 examinaré la cuestión de la falta de competencia de los jueces para controlar cuestiones de contenido socioeconómico. Por el otro lado, en el punto 9 examinaré la objeción contramayoritaria al poder judicial para garantizar los derechos sociales. Concluiré este capítulo sosteniendo que la estrategia de protección constitucional de los derechos sociales desde lo que exige la justicia social es problemática porque, contrariamente a lo que se pretende, no permite justificar un modelo robusto de protección constitucional de los derechos sociales en las sociedades democráticas contemporáneas.

2. El problema de los desacuerdos en las teorías de la justicia

Una primera consideración central relativa a la fundamentación normativa de los derechos sociales se refiere a validez de las razones que pueden ser

esgrimidas justificadamente para admitir o negar el establecimiento de derechos sociales en cierto ordenamiento jurídico. Tradicionalmente, las posiciones relevantes al respecto han sido avanzadas desde concepciones de lo que exige la justicia social.⁴⁶⁵ Una discusión profunda de las distintas posiciones requeriría entrar a valorar las diversas teorías de la justicia en competencia. En este sentido, sería posible afirmar que existen mejores razones para apoyar una frente a otras desde la asunción de una teoría particular.

Esta afirmación, sin embargo, tiene que dar cuenta de un serio inconveniente en las “circunstancias de la política”, *i.e.*, la necesidad de tomar decisiones políticas colectivas en un marco de persistentes desacuerdos sobre el contenido de estas.⁴⁶⁶ El problema surge cuando se sostiene que cierta provisión pública de bienes y servicios sociales se tiene en tanto exigencia de justicia que debe ser establecida en una sociedad justa como cuestión de derecho, configurando un límite a lo que puede ser decidido mediante la legislación ordinaria. Bajo esta estrategia se asumiría que la correspondiente delimitación del alcance de los derechos sociales es susceptible de reconocimiento objetivo que puede ser legítimamente impuesto a los individuos de la sociedad. Pero desde posiciones que acentúan la relevancia de lo que exige un procedimiento legítimo de toma de decisiones en las sociedades democráticas se destaca que las ciudadanas y ciudadanos tienen razones para estar en desacuerdo sobre las diferentes políticas distributivas que debería adoptar el Estado. Por ello, para este tipo de enfoque, presuponer que existe un contenido de provisión pública de bienes y servicios justo o correcto importaría no tomarse en serio la dificultad de los desacuerdos. Dado el hecho de los desacuerdos y la inevitabilidad de la diversidad, la estrategia para dotar de contenido a los derechos sociales desde lo que exige la justicia social parecería enfrentarse a un problema inescapable a la hora de argumentar a favor de los derechos sociales.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Véase RITTICH 2007: 109 quien argumenta que los derechos sociales continúan ocupándose fundamentalmente de la justicia distributiva.

⁴⁶⁶ Cf. WALDRON 2005a: 123-124; y WEALE 2007: 12-18. La noción de las “circunstancias de la política” es adaptada de la idea de las “circunstancias de la justicia”, de RAWLS 1971: 126-130, de acuerdo con las cuales el mundo estaría caracterizado por la escasez moderada de recursos y los intereses en conflicto debido a que las personas tienen planes de vida diferentes y por ello formularían reclamos encontrados sobre el reparto de los beneficios sociales.

⁴⁶⁷ Se trata del hecho del pluralismo razonable y la diversidad de intereses, puntos de vista y concepciones del bien característico de las sociedades contemporáneas sobre el que John RAWLS ha llamado la atención. Cf. RAWLS 1993: 36-37.

El respeto hacia las personas en tanto *agentes morales* exigiría tomarse en serio esa diversidad. No se las tomaría en serio si se les impusiera una particular concepción, o si se las tratara como irracionales buscando convencerles de la corrección de cierta concepción sobre las demás. De allí que, en las sociedades pluralistas, tomarse en serio la diversidad de puntos de vista se traduce en el reconocimiento de que las personas tienen desacuerdos profundos sobre cuál debe ser el contenido de las decisiones socioeconómicas y, por ende, sobre la determinación del alcance de los derechos sociales. El problema de los desacuerdos importa considerar una cuestión fundamental generalmente relegada desde las concepciones de la justicia. Se trata de traer al frente la pregunta relativa a quién tiene autoridad para decidir legítimamente sobre el contenido de los derechos sociales. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esos desacuerdos?

Una noción extensamente utilizada en filosofía política y moral es la idea de sólo tienen relevancia moral los desacuerdos razonables. Su empleo evoca de manera casi automática una referencia al liberalismo político de John RAWLS y al examen que éste ha hecho de tal tipo de desacuerdos.⁴⁶⁸ Desde la perspectiva de la justicia como equidad, RAWLS ha procurado distinguir los desacuerdos razonables de aquellos que no lo son. Según el autor, habría un «rasgo limitativo» de toda concepción de la justicia liberal razonable dado por «el criterio de reciprocidad».⁴⁶⁹ Para RAWLS todas las concepciones políticas razonables de justicia deberían coincidir en una serie de rasgos comunes acerca de ciertos derechos básicos de todos los ciudadanos que serían sostenidos por todas las personas razonables. Si bien estas podrían no estar de acuerdo en la interpretación adecuada de esos rasgos aquellas reconocerían que cualquier concepción política de la justicia que las incluye satisface el criterio de reciprocidad y, por lo tanto, las trata de manera equitativa.⁴⁷⁰ En este marco rawlsiano, entonces, todas las personas razonables coincidirían en respaldar una misma idea *general* de justicia. Esto es, según RAWLS los desacuerdos *razonables* serían desacuerdos entre distintas «doctrinas comprensivas», todas ellas razonables, en tanto diversos sistemas de valores que comparten «el principio liberal de

⁴⁶⁸ Véase RAWLS 1993: 36-37, 63-65. Véase un examen de los tipos de desacuerdos en el liberalismo político de RAWLS en WALDRON 2005a: 177-194; y 2006b: 56-57.

⁴⁶⁹ Cf. RAWLS 2005: 450; véase también 2005: xlvi, 375; 1999: 14.

⁴⁷⁰ Cf. RAWLS 1993: 48-54.

legitimidad». ⁴⁷¹ En cambio, aún cuando personas razonables respalden una misma concepción política de la justicia (por ejemplo, la justicia como equidad), podrían no estar de acuerdo acerca de la mejor manera de implementarla en su sociedad. ⁴⁷²

Respecto del tipo de desacuerdos dado por la condición de razonabilidad, aquellos que no califican como razonables serían considerados irrazonables y, por consiguiente, posiciones de este tipo deberían quedar fuera de la discusión en el foro político. ⁴⁷³ En cambio, quienes quedan incluidos en el debate político según el filtro de razonabilidad, si bien podrían tener desacuerdos razonables entre ellos, compartirían el principio de legitimidad. ⁴⁷⁴ Joseph RAZ ha objetado la condición de razonabilidad de los desacuerdos como es entendida en concepciones contractualistas como las de RAWLS, NAGEL y SCANLON, entre otros. ⁴⁷⁵ Según el autor, esa forma restringida de pensar los desacuerdos sería objetable porque, por ejemplo, no se tomaría en serio a las personas en sí mismas, dado que la idea de los desacuerdos razonables podría referirse a las creencias de las personas, creencias que aunque irrazonables podrían ser revisadas y modificadas por personas razonables. ⁴⁷⁶ Pero además, para RAZ, se estaría omitiendo reconocer que personas razonables podrían rechazar los argumentos de principio de tales teorías de la justicia por sostener valores diferentes, sin que por ello sus desacuerdos deban ser considerados irrazonables. ⁴⁷⁷

Así, según esta crítica, una noción de los desacuerdos razonables como la que emplea RAWLS se presentaría injustificadamente restringida para

⁴⁷¹ Cf. RAWLS 1993: 137. Por ejemplo, el budismo, el catolicismo romano, el humanismo secular, o el utilitarismo (como parte del «hecho del pluralismo razonable», en RAWLS: 1993: 63-66). Véase NEUFELD 2011: 260.

⁴⁷² Nótese que RAWLS 1993 reconoce que los desacuerdos podrían persistir sobre cuál es la mejor interpretación de las libertades básicas (por ejemplo, la libertad de expresión), pero tales desacuerdos no serían ni tan serios ni tan profundos como los desacuerdos caracterizados en primer lugar. Cf. NEUFELD 2011.

⁴⁷³ Cf. RAWLS 1993: 138-139.

⁴⁷⁴ Cf. RAWLS 1993: 137.

⁴⁷⁵ Véase RAZ 1998: 32-37.

⁴⁷⁶ Cf. RAZ 1998: 33-34.

⁴⁷⁷ Cf. RAZ 1998: 36. Véase también WALDRON 2005a: 177-194, y 2006b para un examen de los tipos de desacuerdos en el liberalismo político de RAWLS; y MARTÍ 2006: 100-102 para una crítica similar a la noción de desacuerdos razonables en la concepción de la justicia rawlsiana.

considerar seriamente a las personas y sus diversas creencias y valores.⁴⁷⁸ La distinción entre desacuerdos fundacionales que deberían tomarse en serio y aquellos que no, es ciertamente una cuestión importante y controvertida que, desde la filosofía política, varios autores han procurado establecer.⁴⁷⁹ Sin embargo, los desacuerdos entendidos de una manera amplia serían en general un problema porque, como sostiene David ENOCH, «estamos requeridos moralmente a tratar a las personas con respeto incluso cuando están equivocadas, sus opiniones cuentan incluso cuando son erróneas, estamos requeridos moralmente a permitir a los demás a ser los autores de sus propias vidas incluso cuando no son muy buenos como autores».⁴⁸⁰ Estas razones, que sirven para tomarse en serio el problema de los desacuerdos, conforme destaca el autor, no podrían utilizarse para sostener una distinción entre los desacuerdos que son razonables de aquellos que no los son. En lo que sigue de este trabajo asumiré esta noción amplia de desacuerdos.

Como puede observarse, RAWLS procura distinguir, por un lado, entre tipos de desacuerdos según satisfagan o no la condición restrictiva de razonabilidad. Por el otro lado, destaca también que entre personas que acuerdan sobre una concepción política de la justicia común pueden surgir desacuerdos relativos a la implementación de aquella en sociedad. De allí que no todos los desacuerdos opondrían el mismo problema ni se situarían en el mismo ámbito. Mi objetivo ahora es dirigir la atención a la segunda distinción entre tipos de desacuerdos según los diversos ámbitos, aquella que refiere a la idea de la existencia de *desacuerdos sobre los valores* como distintivos de los *desacuerdos acerca de las creencias*.⁴⁸¹ Siguiendo esta distinción entre desacuerdos sobre valores y desacuerdos sobre creencias, podría admitirse una noción amplia de desacuerdos sobre valores sin que ello signifique que las personas desacuerdan profundamente sobre todo. En otras palabras, no habría porqué asumir que aunque existieran desacuerdos profundos y persistentes acerca de un amplio rango de cuestiones valorativas,

⁴⁷⁸ Véanse también ENOCH 2006: 24; WALDRON 2006b: 57.

⁴⁷⁹ Véase, por ejemplo, GUTMANN y THOMPSON 1996: 2-3, sobre la distinción entre desacuerdos deliberativos y desacuerdos no deliberativos, con base en el criterio de lo que exige la reciprocidad, en la línea adoptada por RAWLS 1993. Pero véase una discusión y crítica del principio de reciprocidad en CHRISTIANO 2008: 190-230.

⁴⁸⁰ ENOCH 2006: 24.

⁴⁸¹ Una distinción similar puede rastrearse en RAWLS 1993.

no quedaría espacio para ciertos acuerdos en un sentido mínimo, donde sería posible acomodar las creencias de las personas.

Por ejemplo, piénsese en una política estatal tendiente a adoptar un sistema público de salud. Podría surgir un desacuerdo en la sociedad respecto de la adopción de esa política entre los que están a favor de aquella porque realizaría el valor de solidaridad en su comunidad, y quienes están en contra porque violaría los derechos de libertad. Por otro lado, algunos podrían considerar que la política en cuestión repercutirá negativamente en los puestos de trabajo, y otros podrían creer que incrementará el número de personas empleadas. Mientras que en el primer caso las personas desacordarían sobre los valores que debería encarnar una política estatal, en el segundo caso los desacuerdos serían sobre creencias acerca de qué consecuencias tendrá esa política en el mercado laboral, no obstante podrían coincidir en rechazar políticas que disminuyen los empleos.

En un sentido amplio, entonces, ciertos desacuerdos se podrían considerar como desacuerdos *fundacionales*.⁴⁸² Los desacuerdos fundacionales serían aquellos que existen respecto de los principios o los valores morales, políticos, religiosos y filosóficos fundamentales.⁴⁸³ De este tipo, por ejemplo, serían los desacuerdos sobre la permisión o prohibición del aborto, la pena de muerte, o el consumo de drogas. Estos podrían ser distinguidos de los desacuerdos *operativos*, que serían desacuerdos en las creencias relativas a la implementación práctica de cuestiones sobre las que existiría un consenso mínimo. Las creencias sobre cómo es el mundo y sobre cómo funciona, esto es, acerca de hechos, estarían sujetas a desacuerdos que podrían ser corregidos o resueltos mediante el acceso a la información necesaria o a través de experimentos, estudios empíricos, etcétera.⁴⁸⁴

Esta distinción entre ámbitos de desacuerdos es importante porque permitiría destacar la siguiente consecuencia. Si se impone, por caso, una determinada política sobre valores sin tomar en cuenta los puntos de vista, intereses, o preferencias de las personas sobre tales valores, no se estaría tomando seriamente a las personas. Porque tomarse en serio a las personas como agentes morales requiere tomar en serio los diversos puntos de vista

⁴⁸² Cf. GUTMANN y THOMPSON 1996: 5.

⁴⁸³ Véanse RAWLS 1993: 48-63 y 133-172; NAGEL 1987; COHEN 1996: 95-119; GUTMANN y THOMPSON 1996: 18-26 sobre las fuentes del desacuerdo moral; BAYÓN 2004: 23-25; WALDRON 2005a, 2006b: 60-63.

⁴⁸⁴ Cf. GOODIN 2003: 79.

que estas tienen sobre cuestiones fundacionales. En cambio, podría tratarse de corregir las creencias de las personas sin por ello vulnerar su agencia moral. De allí que los distintos tipos de desacuerdos podrían justificar la intervención de diferentes órganos institucionales para adoptar decisiones colectivas en la sociedad, como por ejemplo, la asamblea representativa o un órgano jurisdiccional.⁴⁸⁵

3. El contenido de los derechos sociales y las exigencias de la justicia

La justificación de los derechos sociales ha sido objeto de preocupación y estudio, durante los últimos años, fundamentalmente por los teóricos liberales de la justicia social.⁴⁸⁶ Dentro de este marco se asume el presupuesto básico de que los individuos tienen intereses morales fundamentales, sea en la autonomía, la dignidad, la igualdad o el bienestar particular, y se afirma que una sociedad justa debe organizarse siguiendo unos principios distributivos que protejan esos intereses de quienes carecen de los medios para proveerse por sí mismos.

Una primera aproximación requiere distinguir entre posiciones que justifican un derecho social individual o un conjunto de derechos sociales. Así, se advierte el enfoque consistente en sostener una justificación político-moral concreta para fundamentar un particular derecho social. Por ejemplo, la justificación tradicional del derecho social a la educación en el valor de la participación política en el foro público, o en el valor de la autonomía política.⁴⁸⁷ En general, sin embargo, es habitual postular una fundamentación político-moral para justificar la adopción de varios derechos como integrantes de la categoría de los derechos sociales, como por ejemplo el derecho a la educación, la vivienda, y el cuidado médico.⁴⁸⁸ Así, se suele justificar un

⁴⁸⁵ Véase GOODIN 2003.

⁴⁸⁶ En términos generales, las propuestas suscriben alguna versión del denominado liberalismo igualitarista, siguiendo a autores como RAWLS 1971, 1993, 2001; SEN 1992; y DWORKIN 2000.

⁴⁸⁷ Véanse, por ejemplo, SAWARD 1994: 17-18; NEWMAN 2012.

⁴⁸⁸ Esta estrategia argumentativa va desde la justificación de un conjunto de derechos sociales específicos que se consideran nucleares (tales como los derechos a la educación, a la salud, a un ingreso mínimo y a la vivienda adecuados, en FABRE 2000c; o el derecho a un estándar de vida adecuado -incluido el cuidado de la salud, la vivienda y los servicios de seguridad social-, el derecho al trabajo y el derecho a un ingreso básico, en los términos de los arts. 23, 25 y 26 de la DUDH, en HERTEL y MINKLER 2007: 3), hasta la justificación de todos los derechos sociales referidos en los convenios internacionales de derechos humanos como requisito del respeto a la humanidad de los individuos.

conjunto de derechos con base en el interés fundamental de vivir una vida digna;⁴⁸⁹ la realización de la igualdad sustantiva o social;⁴⁹⁰ el reconocimiento de la libertad como no dominación;⁴⁹¹ o el valor de la autonomía personal.⁴⁹² En esta línea, una posición que cuenta con amplio apoyo, en especial en el ámbito internacional de los derechos humanos, es la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos sociales, civiles y políticos.⁴⁹³ Esta es la estrategia seguida para justificar, por ejemplo, la apelación a la libertad, la justicia y la paz como fundamentos de todos los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Ahora bien, entre los partidarios de la justificación moral de las exigencias sociales a través de derechos no todos atribuyen a su resguardo jurídico los mismos alcances. La diferencia entre las distintas posiciones consistiría, por tanto, en cuáles son los bienes o servicios que cada una estima que merecen una protección a través de derechos por razones de justicia social. Estas posiciones tienen en común que parten de una cierta concepción general de los derechos de corte liberal y, por consiguiente, acuerdan que el lenguaje de los derechos es apto para asegurar ciertos intereses a los que se les concede importancia moral y política. Asimismo, sus posiciones teóricas legitiman un papel activo del Estado y otorgan un lugar relevante a alguna noción de la igualdad material (o económica) a través de la distribución de recursos. De allí que argumentan a favor de la defensa de los derechos sociales para la viabilidad de dicha distribución (*i.e.*, con el objetivo de asegurar el acceso de todos a ciertos bienes y servicios), si bien con diferente alcance.

⁴⁸⁹ FABRE 2000c: 3. Para NICKEL 2005, por ejemplo, los derechos sociales «pueden ser defendidos plausiblemente dentro de un marco plural que comienza con normas abstractas relativas a la vida, a conducir una vida, a evitar tratos crueles severos y a evitar la injusticia severa» (NICKEL 2005: 402).

⁴⁹⁰ Véanse SEN 1982, 1985, 1992; ANDERSON 1999; NUSSBAUM 2003.

⁴⁹¹ Véase PETTIT 1997, 2001, 2012.

⁴⁹² Véanse RAZ 1986; COHEN 1989; RAWLS 1993; VAN PARIJS 1995.

⁴⁹³ Por ejemplo, véanse, en las Observaciones Generales (OG) del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros, el punto 6 de la OG 2 (1990) «Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto); el punto 8 de la OG 3 (1990) «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); o el punto 10 de la OG 9 (1998) «La aplicación del Pacto».

En el Capítulo 1 analicé la crítica particular de que algunos casos de derechos sociales podrían ser concebidos conceptualmente como insaciables, en el sentido de que sus exigencias se expandirían requiriendo potencialmente infinitos recursos por lo que nunca podrían ser completamente satisfechos.⁴⁹⁴ Sostuve entonces que ello no es obstáculo para caracterizarlos como derechos fundamentales dado que la satisfacción absoluta de las exigencias morales no es un rasgo propio de los derechos fundamentales. Por ello, tampoco representa un problema justificar normativamente un nivel de satisfacción determinado de las exigencias sociales, como de hecho se hace con los derechos fundamentales civiles y políticos.

Por ejemplo, no obstante nadie negaría el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión personal, se suele debatir extensamente su alcance.⁴⁹⁵ Si bien no se concibe que tal derecho signifique darle libertad ilimitada a cada individuo, porque en tal caso se permitiría que cada uno vulnerara la libertad de su vecino, se acepta de manera habitual el criterio de que cada persona pueda ejercer su libertad hasta el límite donde comienza la libertad de otra. Este criterio sumamente abstracto no está exento de problemas de indeterminación, no obstante, sirve como una pauta más para señalar el alcance limitado de este derecho fundamental. Del mismo modo, lo importante para la fundamentación de las exigencias sociales son las razones normativas que se dan para justificarlas, no que algunos derechos puedan ser concebidos como insaciables.

Antes de pasar a analizar tres posiciones que justifican los derechos sociales, cada una con un alcance diverso, es necesario que antes me refiera de modo general a las concepciones que niegan toda justificación de la posibilidad de los derechos sociales. Desde diversas posiciones se ha argumentado en contra de la fundamentación de los derechos sociales generándose una controversia sobre la justicia de las exigencias a prestaciones positivas que muchos de estos derechos contienen. Algunos autores sostienen que el uso expansivo del lenguaje de los derechos presenta problemas, que se agravan al pretender incluirlos en una constitución.⁴⁹⁶ En particular, se afirma que su abuso conduciría a una pérdida de la fuerza de las demandas

⁴⁹⁴ Véase el Capítulo 1: punto 5.2.

⁴⁹⁵ Véase el Capítulo 1: punto 3.2.2.

⁴⁹⁶ Respecto del cargo de inflación de los derechos, véase el Capítulo 1: subpunto 3.2.1.

de justicia realmente importantes, lo que ocurriría, por ejemplo, con la inclusión de los derechos sociales.

Así, se han formulado críticas al uso del lenguaje de los derechos para exigencias sociales desde enfoques libertarios. En esta línea se ubican autores clásicos como Milton FRIEDMAN, Friedrich HAYEK y Robert NOZICK.⁴⁹⁷ Estos autores basan sus teorías político-morales en derechos de abstención o libertades negativas, y propugnan un Estado mínimo (*i.e.*, la no interferencia del Estado en la dinámica del mercado y la no justificación de políticas distributivas) como el único modelo de Estado moralmente justo que no viola los derechos de ninguna persona. En consecuencia, se niega toda fundamentación moral a la provisión obligatoria de exigencias sociales. Para esta corriente crítica, no hay modelo de protección estatal de tales exigencias que pueda ser justificado. La solución de los problemas que la falta de satisfacción de exigencias sociales plantea a los individuos materialmente carenciados debe dejarse a la cooperación voluntaria de las personas afectadas, a la caridad privada de los individuos, o bien al desarrollo del sistema económico, entre otras alternativas. Por ejemplo, típicamente NOZICK ha puesto en tela de juicio, con diversos argumentos, que sea el Estado el que deba garantizar las exigencias que los derechos sociales tienen por objeto satisfacer.⁴⁹⁸ Según este autor, «el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a las personas actividades para su propio bien o protección».⁴⁹⁹

De acuerdo con otras teorías morales, algunas de las denominadas “concepciones adversas” al liberalismo,⁵⁰⁰ se cuestiona la justicia de la noción de derechos. Estas críticas radicales provienen principalmente de los comunitaristas⁵⁰¹ y de los marxistas.⁵⁰² A partir de los postulados de estas concepciones adversas al liberalismo, los derechos sociales han sido objetados en tanto exigencias que se reivindican dentro de una concepción liberal. Así, desde estas posiciones se reconoce la existencia de ciertas necesidades de las

⁴⁹⁷ Véanse FRIEDMAN 1962; HAYEK 1972, 1973; NOZICK 1974. Véase TOMASI 2012 para una referencia contemporánea de esta línea de pensamiento si bien se distancia de las tesis clásicas.

⁴⁹⁸ Véase NOZICK 1974.

⁴⁹⁹ NOZICK 1974: 7 (énfasis en el original).

⁵⁰⁰ Así denominadas por GEWIRTH 1996.

⁵⁰¹ Véanse SANDEL 1984, 2000; TAYLOR 1979, 1985; MACINTYRE 1981; WALZER 1983.

⁵⁰² Véase MARX 1996 [1891]. Para una discusión general de la concepción marxista sobre los derechos véase WALDRON 1987: 119-150.

personas pero se niega la justificación de su regulación institucional como derechos individuales.

En tal sentido, la línea de ataque sostenida por parte de los comunitaristas, si bien favorece el papel del Estado en la provisión de bienestar a los individuos materialmente carenciados, niega que el discurso de los derechos sea la vía adecuada para defender su protección. Según ATRIA, por ejemplo, el individuo que reclama un derecho se separa de la comunidad e incluso se sitúa en contra de ella.⁵⁰³ Así, para un enfoque comunitarista, los derechos subjetivos, en sí mismos, serían demasiado individualistas para quienes postulan una forma de asociación en la cual sus miembros se relacionarían a través de vínculos de solidaridad y reciprocidad.⁵⁰⁴ Por ende, se continúa afirmando desde posiciones comunitaristas, poner la atención en los titulares de los derechos implicaría abstraerlos de un contexto social más amplio y además, les permitiría a aquellos imponer demandas sobre el resto, a expensas de relaciones más ricas y menos polémicas.⁵⁰⁵

Para ciertas teorías marxistas el reconocimiento de los derechos fundamentales se considera por esencia conservador y, por lo tanto, no debería ser respaldado en absoluto. Desde este enfoque Joel BAKAN sostiene, por ejemplo, que el establecimiento de los derechos sociales no haría más que «legitimar una oscuridad de equívocos sociales».⁵⁰⁶ Abogar por estos derechos, enfatiza el autor, significaría convertir en invisibles e irrelevantes las causas políticas y económicas de la pobreza, relegando implícitamente a los más necesitados al mundo «privado y despolitizado» de la biología, la elección y la capacidad individual, la familia y el mercado. BAKAN agrega finalmente que a través de la idealización de la ciudadanía «en términos de cómo la gente es tratada por el Estado, [se dejan] sin discusión las causas de su explotación y sufrimiento en las así llamadas relaciones sociales del mundo privado».⁵⁰⁷

Concepciones de la justicia como las libertarianas, las comunitarias y las marxistas, todas ellas contrarias a la fundamentación de los derechos sociales, conforman particulares teorías acerca de cómo debería desarrollarse

⁵⁰³ Cf. ATRIA 2005: 51-52.

⁵⁰⁴ Según SANDEL 1984 las personas se definirían a sí mismas en parte «a través de la comunidad de la que forman parte» (SANDEL 1984: 204-205); véase también SANDEL 2000.

⁵⁰⁵ Véase SANDEL 1984, 2000.

⁵⁰⁶ BAKAN 1992: 93.

⁵⁰⁷ BAKAN 1992: 93.

una sociedad justa. Como adelanté, considero que desde este tipo de concepciones no se toma en serio el problema de los desacuerdos fundacionales en las sociedades democráticas contemporáneas, razón por la cual, en general, se desconoce la importancia de que las decisiones sobre qué debe ser objeto de satisfacción por parte del Estado se adopten a través de un procedimiento legítimo. En la medida en que los argumentos avanzados desde estas concepciones presuponen que ciertos valores que subyacen a tales teorías pueden ser reconocidos objetivamente, e impuestos sobre el resto de la sociedad, no se tomarían en serio la diversidad de puntos de vista de las personas.

4. Necesidades básicas y derechos sociales

El primer candidato a considerar como criterio de justicia para la identificación del contenido de los derechos sociales está dado por la referencia a un conjunto de “necesidades básicas” de todos los seres humanos.⁵⁰⁸ Se trata de una posición extendida entre los defensores de los derechos sociales que consiste en convenir en que los individuos tienen determinadas necesidades existenciales que se traducen en exigencias morales. Los derechos sociales establecidos en los sistemas jurídicos serían la consecuencia de comprender la situación real, existencial de cada persona, y de establecer el deber del Estado de satisfacer esas necesidades serias, dada su «fuerza especial e impacto político».⁵⁰⁹

Más recientemente se ha procurado establecer la noción de un “núcleo mínimo”, o “contenido esencial” de los derechos sociales,⁵¹⁰ concibiéndose como un ámbito claro y preciso que puede ser identificado mediante algún criterio objetivo, como la referencia a las necesidades básicas de los seres humanos. No obstante, a este tipo de nociones se dirige una crítica que apunta a las dificultades de identificar un núcleo o contenido esencial. Por

⁵⁰⁸ Véase MILLER 1976: 122-153, 1999: 203-229. Según este autor, sólo para una perspectiva minoritaria en filosofía política la noción de necesidad no tiene nada que ver, desde el punto de vista conceptual, con el concepto de justicia (cf. MILLER 1976: 122). En torno a la relación entre necesidad y derechos, véanse, entre otros, MILLER 1976: 122-153, 1999: 203-229; BRADSHAW 1972: 640-643; AÑON 1995; WALDRON 2000.

⁵⁰⁹ WIGGINS 1998: 33. En torno a la relación entre necesidad y derechos, véanse MILLER 1976: 122-153, 1999: 203-229; BRADSHAW 1972: 640-643; WALDRON 2000.

⁵¹⁰ Véanse EIDE 1989; DROVER 1992; BERNAL 2005: 125-127; YOUNG 2008, 2012.

ejemplo, Carlos BERNAL las tacha de «artificio argumentativo que únicamente enmascara el decisionismo».⁵¹¹

Así, sobre la base de las necesidades básicas de los seres humanos se ha elaborado buena parte de la justificación del establecimiento jurídico de una lista de derechos sociales básicos y de la exigencia de su protección institucional.

4.1. Una intuición poderosa

La idea intuitiva compartida detrás de la noción de las necesidades básicas consiste en la afirmación de la existencia de necesidades humanas inevitables, que se caracterizan por ser de una urgencia tal que provocan o disparan una obligación moral a ser satisfechas.⁵¹² Este tipo de necesidades es caracterizado por READER y BROCK como de tipo “no contingente”, en tanto serían condiciones necesarias para “fines no contingentes”.⁵¹³ Según los autores, un fin es no contingente sólo si una persona necesariamente no puede existir sin él, como por ejemplo, la vida, la agencia o la evitación del daño. Por lo tanto, las necesidades no contingentes apuntan a que la propia existencia del ser necesitado, su agencia, o su indemnidad están en juego.⁵¹⁴

Un punto común en estas posiciones consiste en señalar la importancia de distinguir entre las necesidades básicas, por una parte, y los deseos subjetivos, las preferencias o las voliciones, por la otra parte.⁵¹⁵ Se sostiene

⁵¹¹ BERNAL 2005: 126, 2007: 400.

⁵¹² Véanse, entre otros, SCANLON 1975; AÑON 1995; SCHUPPERT 2013.

⁵¹³ Cf. READER y BROCK 2004: 252.

⁵¹⁴ Cf. READER y BROCK 2004: 252. Otros teóricos que se han ocupado del estudio de la noción de necesidad también destacan asimismo la inescapabilidad y urgencia de las necesidades no contingentes. Pero no suscriben que las mismas sean medios necesarios para salvaguardar la propia existencia, sino más bien afirman que su satisfacción es necesaria para evitar un daño grave y constante. Véanse DOYAL y GOUGH 1991: 50-55; DOYAL 1998: 158-161; THOMSON 1987; WIGGINS 1998: 35; FABRE 2000c: 18-21.

⁵¹⁵ Véanse, sobre la distinción y no reducibilidad de la noción de necesidad a volición, interés, deseo o preferencia, SCANLON 1975: 661; MILLER 1976: 129; FRIED 1978: 120-121, 1999: 203, 207, 211; BRAYBROOKE 1987: Capítulo 1, 1998: 58; DE LUCAS y AÑON 1990: 60-61; DOYAL y GOUGH 1991: parte 1; DOYAL 1998: 157-158; WIGGINS 1998: 40; FABRE 2000c: 33-35; SCHUPPERT 2013: 28. Para una posición que niega la posibilidad de desarrollar una teoría de las necesidades que se distinga de las voliciones, véase por ejemplo SHAPIRO 1994, donde sostiene que «una vez que la innovación se toma en cuenta, las necesidades humanas son potencialmente infinitas, la escasez inevitable, y los conflictos distributivos inescapables» (SHAPIRO 1994: 128).

que las necesidades básicas son objetivas, en tanto que son externas al sujeto, y es posible medirlas, a diferencia de los deseos, las voliciones o las preferencias.⁵¹⁶

En este sentido, según FRANKFURT, se deben distinguir las “necesidades categóricas” de los deseos, y de las necesidades derivadas de esos deseos (*free volitional needs*), por dos condiciones.⁵¹⁷ FRANKFURT especifica, por un lado, que «la necesidad debe ser tal que la persona no solamente quiera satisfacerla, sino que lo necesite»; y por el otro lado, que «lo que la persona necesita debe ser de tal tipo que no pueda evitar necesitarlo».⁵¹⁸ Así, una persona puede tener un fuerte deseo, o querer algo con vehemencia, pero ese hecho no tiene ninguna relevancia respecto de si la persona realmente lo necesita. Por ejemplo, si una persona necesita beber agua para mantenerse con vida, no tiene importancia si en realidad quiere o desea beber agua. Tampoco se sigue del hecho de que quiera beber el agua de un vaso particular, que *necesita* exactamente beber *ese* agua. Asimismo, no tiene relevancia para la configuración de las necesidades básicas el hecho de que los individuos a menudo experimentan los deseos y las voliciones de manera subjetiva como estados de necesidad.

Ahora bien, la definición de las necesidades básicas como aquellas absolutamente necesarias para la vida en tanto existencia material, agencia mínima o indemnidad del ser humano necesitado, en la medida en que este no puede ser y hacer sin la satisfacción de aquellas, reforzaría la noción de necesidad básica desde la perspectiva normativa, pero también evidenciaría sus límites conceptuales.⁵¹⁹ Las exigencias para lograr una agencia mínima y la existencia continuada (incluida la evitación del daño) tendrían un alcance relativamente restringido. Piénsese que la agencia mínima y la subsistencia comprenderían la capacidad mental para identificarse uno mismo, formar intenciones, y considerar razones, la seguridad física de actuar con determinación y la satisfacción de aquellas necesidades relevantes para asegurar la propia existencia a lo largo del tiempo.⁵²⁰ Entre las necesidades

⁵¹⁶ DE LUCAS y AÑON 1990: 78-79. Sobre la voluntariedad de las preferencias, SCANLON 1975: 663-664, razón por la cual no serían una base adecuada para la adjudicación de exigencias en competencia.

⁵¹⁷ Cf. FRANKFURT 1998: 22.

⁵¹⁸ FRANKFURT 1998: 23.

⁵¹⁹ Cf. SCHUPPERT 2013: 29.

⁵²⁰ Véase SCHUPPERT 2013: 30.

básicas relevantes para mantenerse con vida, se suelen mencionar alimento y agua potable, cuidado médico básico, refugio de las inclemencias del tiempo y vestimenta, y seguridad física básica.⁵²¹

Ocurre que los requisitos de las necesidades básicas así caracterizadas estarían limitados a contextos de supervivencia («escenarios de vida y muerte»), cuestión que para la mayoría de los teóricos de las necesidades sería objetable. En este sentido, Jeremy WALDRON señala que si bien la noción de necesidad es a menudo asociada a la de supervivencia (necesidades básicas existenciales), esta es una noción empobrecida de la idea de necesidad, dado que se reduce a «la necesidad biológica», cuando lo que está en juego es «la necesidad humana».⁵²²

Así, la noción de necesidad básica y, por consiguiente, la exigencia de satisfacción de los derechos sociales basada en aquella, presentaría varios problemas. Una primera cuestión aparece con la dificultad de precisar qué es aquello que debe ser entendido como necesidad, más allá de las necesidades biológicas básicas.⁵²³ Podría acordarse en la determinación de una serie de necesidades básicas de subsistencia comunes a todos los seres humanos, pero parece que esta noción no responde a las exigencias de justicia sostenidas por la mayoría de los teóricos que adoptan esta perspectiva.⁵²⁴ Desde esta perspectiva, conectar las necesidades con la idea de agencia, o la de evitación del daño, significa que una concepción de la justicia que se fundamenta en la idea de necesidad podría justificar un conjunto de derechos sociales que irían más allá de asegurar la sola supervivencia básica de las personas.

⁵²¹ Véanse, por ejemplo, SHUE 1996: 23; COPP 1992; BEETHAM 1995; HERTEL y MINKLER 2007: 1-2; BILCHITZ 2008: 7, 38-40, 133. Se ha señalado además que las necesidades básicas tienen una doble vertiente de naturales o derivadas. Ejemplos de necesidad básica natural serían el comer y el contar con un refugio donde, y abrigo para, protegerse de las inclemencias climáticas. Un ejemplo de una necesidad básica derivada sería, en sociedades democráticas contemporáneas, el saber leer y escribir. Mientras que las primeras son las mismas en todas las sociedades, las segundas cambian según los tiempos y las sociedades y, además, tendrían una tendencia a la expansión. Cf. GARZÓN 1989b: 209. Véanse otros tipos de necesidades en DE LUCAS y AÑÓN 1990: 62-63.

⁵²² WALDRON 2000: 120-121.

⁵²³ Véanse MILLER 1999; WIGGINS 1987, 1998.

⁵²⁴ Así, entre otros, IGNATIEFF 1986; WIGGINS 1987, 2005; THOMSON 1987, 2005; BRAYBROOKE 1987; BROCK 1998. DE LUCAS y AÑÓN 1990; DOYAL y GOUGH 1991; FABRE 2000c: 124; READER y BROCK 2004;

4.2. *El dilema*

Muchos de los teóricos de la justicia parten de la posibilidad de determinar objetivamente un contenido mínimo de las necesidades humanas de existencia material, para luego convertir ese contenido en fundamento de lo que exige la justicia y exigir su respeto y garantía por parte de la sociedad. De allí que una noción demasiado limitada de necesidad, como necesidades básicas para la mera supervivencia humana, no parecería dar cuenta de las exigencias que la mayoría de estos teóricos sostienen respecto de lo que nos debemos unos a otros. Por ejemplo, piénsese en concepciones robustas de la autonomía personal, bienestar o de una agencia racional completa, cuyas exigencias sobrepasarían el alcance de las necesidades básicas.⁵²⁵ En este sentido, Fabian SCHUPPERT observa:

«La falta de una autonomía personal sustantiva, y una agencia racional libre no pueden ser consideradas como existencialmente necesarias para el ser humano desde la óptica de las exigencias de las necesidades. [...] Las exigencias de necesidades básicas son relativas a la necesidad existencial, mientras que la agencia libre y la autonomía sustantiva parecen referirse a las ideas de justicia y la vida buena.»⁵²⁶

Los partidarios de las concepciones de la justicia basadas en las necesidades básicas, en consecuencia, se enfrentarían con el siguiente dilema caracterizado por SCHUPPERT.⁵²⁷ Por un lado, se aludiría a la urgencia moral especial y a su poderosa intuición para fundamentar las exigencias basadas en las necesidades mientras, por el otro lado, se intentaría justificar sobre esas bases un conjunto de derechos sociales básicos y principios de justicia social que irían más allá de la supervivencia de los seres humanos. Como consecuencia, de acuerdo con SCHUPPERT, aquellos no podrían mantener

⁵²⁵ Para un análisis comprehensivo de las exigencias sociales y morales en la línea de estas posiciones expansivas, véase la “teoría de la capacidades” (*the capability theory*) en SEN 1982, 1985, 1992; NUSSBAUM y SEN 1993; NUSSBAUM 2003. Pero véase también un examen de los problemas que presenta esta tesis de las capacidades como derechos en VAN HEES 2012.

⁵²⁶ SCHUPPERT 2013: 30-31.

⁵²⁷ Cf. SCHUPPERT 2013: 32.

ambos extremos sin desdibujar la noción de necesidades básicas que es la que provee de base moral sólida en primer lugar.⁵²⁸

Pero además, al establecerse esa relación entre satisfacción de necesidades básicas y principios de justicia social, la estrategia de justificar la existencia de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos porque protegen necesidades esenciales de los individuos se enfrenta con la objeción de los desacuerdos profundos en las sociedades democráticas contemporáneas. Según sea el alcance que se tenga de lo que exige la justicia, se requerirá mayor o menor amplitud del contenido de las necesidades.⁵²⁹ Un enfoque semejante no puede ser impuesto a las personas de una comunidad como *el* criterio para determinar el contenido de los derechos sociales al margen de los desacuerdos. Y por eso esta estrategia falla en justificarlos. Ante el argumento de que un cierto núcleo o contenido mínimo de los derechos sociales basado en las necesidades básicas como exigencias de la justicia debería ser protegido en una sociedad justa, es razonable discrepar con la determinación de ese contenido y ese alcance, y preguntarse por qué no debería establecerse otro en su lugar, según las exigencias de una concepción de la justicia alternativa.⁵³⁰

La noción de las necesidades urgentes y perentorias para justificar el contenido de los derechos sociales es, en sí misma, insatisfactoria. Lo atractivo de la intuición compartida inicial de que el contenido de las necesidades básicas está dado por aquellas necesidades biológicas urgentes justificaría la atención sólo de un conjunto tan mínimo de bienes socioeconómicos (aquellos estrictamente necesarios para evitar la muerte por desnutrición, deshidratación, inclemencias climáticas extremas, y poco más) que parecería una noción insuficiente salvo para ciertas regiones de una pobreza paupérrima. Este enfoque restrictivo, asimismo, apelaría a una intuición desprovista de variables contingentes socioculturales e inter-

⁵²⁸ Véase también FRASER 1989 quien afirma que más allá de una noción muy restringida de necesidades, todas las nociones robustas son eminentemente controvertibles. Véase FRIED 1978: 122 para una crítica a la posición de las necesidades como derechos a su satisfacción en tanto que las necesidades serían voraces o no tendrían fin.

⁵²⁹ Véase, por ejemplo, BRAYBROOKE 1998: 57-58 quien sostiene que el utilitarismo se podría beneficiar de un uso sustancial del concepto de necesidad.

⁵³⁰ Véase DE LUCAS y AÑON 1990 quienes señalan que afirmar la existencia de una obligación estatal de establecer los derechos sociales como exigencias de satisfacción de las necesidades básicas sería susceptible también a la crítica de la “falacia naturalista”.

generacionales (por ejemplo, las denominadas “necesidades derivadas”⁵³¹ o “necesidades socialmente determinadas”⁵³²), y extremadamente rudimentaria. En este sentido, la noción de necesidad básica justificaría un contenido tan mínimo que no se configuraría en un candidato demasiado atractivo para dotar de contenido a los derechos sociales.⁵³³ Pero además, tal intuición no sería lo suficientemente robusta como para justificar la exclusión de algunas exigencias sociales típicas como, por ejemplo, la exigencia social a la educación básica, o la exigencia social a una vivienda digna.

Por el otro lado, no bastaría con mostrar la existencia de una necesidad y asumir que por el hecho de que algo lo es tiene fuerza moral.⁵³⁴ Es necesario identificar la conexión normativa. Como he dicho antes, una exigencia de satisfacción de necesidades urgentes y perentorias, vinculada con la desesperación frente a privaciones materiales requeridas para la supervivencia, constituye probablemente una «razón *prima facie*» para justificar su evitación en cualquier sociedad, y la provisión estatal de ciertos bienes socioeconómicos.⁵³⁵ Sin embargo, una teoría de las necesidades que pretenda justificar algo más que las rigurosas necesidades biológicas requeriría de una teoría de la justicia que la fundamente para configurarlas como el contenido de los derechos sociales. Una defensa de los derechos sociales de tal manera vinculada con una teoría de la justicia no podría ser impuesta sobre la sociedad al margen de otras teorías de la justicia rivales. Lo contrario, postular un contenido que puede ser reconocido objetivamente y que debe ser asegurado en una sociedad significaría no tomarse en serio el problema de los desacuerdos y la objeción de la diversidad.

⁵³¹ Cf. GARZÓN 1989b: 209.

⁵³² Véanse SEN 1992: Capítulo 3; MILLER 1999: Capítulo 10.

⁵³³ Incluso respecto de la noción de necesidad como supervivencia se podría discrepar con relación a cuánto tiempo de carencias materiales llevaría a un ser humano a una situación próxima a la muerte, y cuáles bienes sociales serían los necesarios para escapar de una privación absoluta semejante. Para responder a ello sería necesario apelar a algún principio de justicia social.

⁵³⁴ En un sentido amplio, el término “necesidad” puede referirse a necesidades para fines de todo tipo. Sin embargo, sólo unos pocos fines podrían justificar otorgarles fuerza moral a ciertas necesidades. Cf. WALDRON 1993d: 264.

⁵³⁵ Véase WALDRON 1993d: 264-265. También DE LUCAS y AÑÓN 1990 sostienen que «no todas las necesidades pueden ser trasladadas al lenguaje de los derechos, porque no todas ellas constituyen buenas razones o razones suficientes para entender que exigen el tipo de protección jurídica que despliega el derecho» (DE LUCAS y AÑÓN 1990: 81).

5. El mínimo social en la teoría de la justicia rawlsiana

Un segundo candidato a examinar como criterio de justicia para determinar el contenido de los derechos sociales se encuentra en la *teoría de la justicia como equidad* de RAWLS.⁵³⁶ Esta teoría de la justicia se ha configurado como una concepción de relevancia fundamental en la filosofía política contemporánea, en tanto que RAWLS ha buscado acomodar dentro de los postulados del liberalismo político la idea de la exigencia de satisfacción de un *mínimo social*. Además, el autor ha sostenido que existen buenas razones para configurar las instituciones políticas de la sociedad de manera que protejan las exigencias sociales de todos otorgando un lugar privilegiado a los individuos materialmente desaventajados de la sociedad.

5.1. Los principios de justicia

En la “posición original” utilizada por RAWLS para justificar criterios neutrales de evaluación de las instituciones básicas,⁵³⁷ los participantes elegirían los siguientes dos principios que deben regir en la «estructura básica de una sociedad bien constituida»:⁵³⁸

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema de iguales libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos (*el principio de las libertades*).

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas han de ser ordenadas de manera que conjuntamente:

(a) redunden en el mayor beneficio de los menos favorecidos (*el principio de la diferencia*), consistente con el principio de ahorro justo, y

⁵³⁶ RAWLS 1971, 1993. Dado que la teoría de la justicia rawlsiana es una teoría compleja y que trata muchos y diversos aspectos, me limitaré a continuación a ofrecer una breve ilustración de aquellas nociones que son pertinentes para explicar el punto que aquí me interesa analizar.

⁵³⁷ Cf. SELEME 2004: 112.

⁵³⁸ Cf. RAWLS 1971: 453-462. La estructura básica de la sociedad, señala RAWLS, es el sujeto primario de la justicia, esto es, «la forma en la cual las instituciones sociales principales distribuyen derechos y deberes y determinan la división de las ventajas de la cooperación social» (RAWLS 1971: 7). En concreto, las principales instituciones sociales comprenden la constitución política y los acuerdos sociales y económicos cardinales. Véase RAWLS 1971: 7-11.

(b) vinculado a posiciones y oficios abiertos a todos bajo condiciones de igualdad equitativa de oportunidades (*el principio de igualdad de oportunidades*).⁵³⁹

RAWLS incorpora unas reglas de prioridad que señalan que el primer principio es lexicográficamente anterior respecto al segundo.⁵⁴⁰ Dentro del segundo principio, el de la igualdad de oportunidades es prioritario en relación con el principio de la diferencia, con lo cual éste último que justifica las desigualdades económicas y sociales siempre que redunden en el mayor beneficio de los más desaventajados, quedaría postergado a la satisfacción de los previos.

A partir de los dos principios de justicia RAWLS proyecta el diseño institucional en una secuencia en cuatro etapas.⁵⁴¹ La primera etapa consiste en la ya mencionada posición original en la que se eligen los dos principios de justicia. La segunda etapa establece las normas constitucionales que garantizan el principio de igual libertad para todos. En esta encuentran lugar los elementos esenciales constitucionales (*constitutional essentials*).⁵⁴² Estos, según RAWLS, integran la segunda etapa, cuyo resultado es el establecimiento de una constitución. Son de dos tipos: *i*) los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: las competencias de la legislatura, del ejecutivo y del poder judicial; el alcance de la regla de la mayoría; y *ii*) las libertades y los derechos básicos iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: tales como el derecho al voto y a la participación política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las garantías del Estado de derecho, y un mínimo social.⁵⁴³ En la tercera etapa se sancionan las leyes conforme a los principios de justicia, según los cuales las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia respetando los derechos blindados en la segunda etapa. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos particulares por parte de los órganos de aplicación y el seguimiento de tales reglas por los ciudadanos.

⁵³⁹ Cf. RAWLS 1971: 60-78, 124, 150-161, 175-183, 302-303; la última formulación en RAWLS 2001: 42-43.

⁵⁴⁰ Véase, para las reglas de prioridad lexicográfica, RAWLS 1971: 302-303.

⁵⁴¹ Cf. RAWLS 1993: 195-201.

⁵⁴² Cf. RAWLS 1993: 199; 2001: 336-337.

⁵⁴³ Cf. RAWLS 1993: 227-229.

La regla de prioridad del primer principio de las libertades, en la teoría rawlsiana, tendría lugar sólo una vez que el mínimo básico de recursos está disponible para todos los ciudadanos. En ausencia de esta condición, de acuerdo con el autor, las transacciones de libertades a cambio de un aumento en el nivel de recursos se encontrarían permitidas.⁵⁴⁴

5.2. *El mínimo social*

En diferentes pasajes a lo largo del desarrollo de su teoría de la justicia, RAWLS hace referencia a la exigencia de un “mínimo social”,⁵⁴⁵ sobre cuyo significado y alcance se ha discutido extensamente.⁵⁴⁶

Una manera en que se ha interpretado el contenido de la noción del “mínimo social” ha sido a través de vincularlo específicamente con la idea de necesidades básicas o de supervivencia.⁵⁴⁷ En este sentido, WALDRON concibe al mínimo social referido por RAWLS como un «principio de utilidad promedio sujeto a la restricción de que se asegure un mínimo de bienestar a cada individuo».⁵⁴⁸ WALDRON afirma que su enfoque como contenido del “principio del mínimo social” es alternativo al “principio de la diferencia” de RAWLS, y que es el que éste debió haber reconocido por su mayor plausibilidad.⁵⁴⁹ Según WALDRON, su interpretación pondría de relieve la importancia de la cuestión ya reconocida por RAWLS respecto de las “cargas del compromiso” (*the strains of commitment*), a las que los participantes en la posición original se someten. Estas cargas refieren a la dificultad de asegurar que cada uno se obligue solamente en la medida en que se sienta confiado de que puede cumplir con aquello a que se obliga.⁵⁵⁰

Para WALDRON, los participantes a la hora de elegir los principios de justicia, sentirán mayor determinación hacia un principio que les garantice la satisfacción de las necesidades básicas de supervivencia, incluso frente a un

⁵⁴⁴ Véase RAWLS 1993: 276, 285, 304, 316. Sobre este punto véase SELEME 2004.

⁵⁴⁵ Véanse RAWLS 1971: 284-287, 303-304, RAWLS 1993: 141-142, 229.

⁵⁴⁶ Véanse, entre otros, MICHELMAN 1989, 2003; WALDRON 1993d. Por ejemplo, FREEMAN 2003 sostiene que el igualitarismo es lo que distingue la justicia como equidad: «define el mínimo social en término del principio de la diferencia» (FREEMAN 2003: 9).

⁵⁴⁷ Véanse MICHELMAN 1989: 346, 2003; WALDRON 1993d: 250-252, 262-263.

⁵⁴⁸ Cf. WALDRON 1993d: 252.

⁵⁴⁹ Cf. WALDRON 1993d: 256-257.

⁵⁵⁰ Cf. RAWLS 1993: 285-286.

posible escenario de enorme desigualdad.⁵⁵¹ Por eso, para este autor, los participantes en la posición original,

«[e]stando conscientes de los problemas de las cargas del compromiso, deberían optar por un principio que fije el mínimo social justo encima del nivel de pauperización —cualquiera que sea— el que, sobre la base de los hechos de la psicología social, resulta ser el nivel bajo el cual el sacrificio del bienestar no puede normalmente esperarse de los individuos sin desafección y descontento serios».⁵⁵²

Así que el principio del mínimo social, según la interpretación de WALDRON de su lugar como principio de justicia en la teoría rawlsiana, debería prescindir de toda preocupación sustantiva de la igualdad,⁵⁵³ y limitarse a establecer la garantía de «un nivel mínimo de bienestar material» para cada ciudadano con el fin de evitar que caiga en la desesperación y en la privación más horrenda.⁵⁵⁴

Hasta aquí parece claro que WALDRON aboga por un principio de justicia que fundamenta la satisfacción de las necesidades más perentorias.⁵⁵⁵ Y sin embargo, en una aclaración final sostiene que la cantidad de recursos materiales que el Estado debe proveer tiene que ser suficiente para conseguir, no sólo el consentimiento de los más desaventajados, sino «un apoyo activo suficiente para constituir una estructura social entera a través de las circunstancias ordinarias de la vida política».⁵⁵⁶ Este agregado parece adicionar algo más a la mera garantía de que la gente no se muera de hambre y sed. Esto es, WALDRON al igual que otros teóricos que parten de la justificación de la satisfacción sólo de las necesidades materiales extremas para extender luego su alcance, terminaría justificando una noción de necesidad más amplia que comprendería un sentido robusto de ciudadanía y pertenencia social. Esta parecería ser la interpretación que se desprende cuando finaliza diciendo que,

⁵⁵¹ Cf. WALDRON 1993c: 225-249. Véase también WALDRON 1993d.

⁵⁵² WALDRON 1993d: 262.

⁵⁵³ Cf. WALDRON 1993d: 267.

⁵⁵⁴ Cf. WALDRON 1993d.

⁵⁵⁵ Véase también WALDRON 1993c: 225-249.

⁵⁵⁶ WALDRON 1993d: 270. Véase también WALDRON 2000: 120-121.

«si las circunstancias de la gente son tales que son incapaces de mantener un sentido de sí mismos como ciudadanos activos de su sociedad [...] o carecen de un sentido de que la sociedad es de ellos también, organizada en su nombre para respetar y promover sus intereses, entonces el umbral de preocupación social es establecido muy bajo».⁵⁵⁷

En suma, considero que la exigencia de un status de ciudadanos con sentido de “pertenencia constitutiva” no se satisface con la caracterización que previamente presentó del principio de mínimo social como satisfacción de las necesidades básicas más perentorias. O bien, la noción de necesidades materiales básicas que WALDRON ha adoptado no puede abarcar también un sentido de ciudadanía activa, porque ésta requiera algo más que los recursos necesarios para evitar que la gente muera de desnutrición, o bien debe darnos algún otro fundamento para justificar la exigencia de recursos materiales extra en una sociedad que ya no se limita a evitar que sus ciudadanos caigan bajo condiciones paupérrimas sino que respeta y promueve sus intereses.⁵⁵⁸

Pero además el propio RAWLS especifica que «un mínimo social que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos» es un elemento constitucional esencial, mientras que lo que ha llamado «el principio de la diferencia no lo es».⁵⁵⁹

Así, en la estructura institucional propuesta por RAWLS el principio de la diferencia aparece en la tercera etapa, ajeno al contenido de una constitución. Es decir, en la etapa constitucional se garantiza el primer principio, en el cual se aseguran las libertades fundamentales de la persona, se protege la libertad de conciencia y de pensamiento, y se garantiza que el proceso político como un todo sea un procedimiento justo, y un mínimo social; mientras que las dos manifestaciones del segundo principio actúan en la etapa legislativa, donde se instituye que las políticas socioeconómicas consigan maximizar las expectativas a largo plazo de los menos favorecidos

⁵⁵⁷ WALDRON 1993d: 270.

⁵⁵⁸ Se evidenciaría también aquí el problema señalado en el punto 3 de partir de la adopción de la noción intuitiva de las necesidades básicas de supervivencia para luego tratar de justificar una posición de justicia político-moral materialmente más demandante. Véase WALDRON 2010a sobre el lugar de los derechos sociales en las teorías de la justicia.

⁵⁵⁹ RAWLS 1993: 230.

bajo condiciones de equitativa igualdad de oportunidades, sujeto a que se mantenga el esquema de iguales libertades.⁵⁶⁰

5.3. Una noción compuesta

Parece oportuno considerar, entonces, el empleo de una noción compleja del término “mínimo social” en la teoría de RAWLS a partir de un uso no uniforme de la misma.⁵⁶¹ En efecto, podría interpretarse que RAWLS emplea una noción compuesta de mínimo social que comprende (para los fines que aquí interesa discutir) dos significados diferentes: a) relativo a las libertades políticas; y b) relativo a la justificación de cierta distribución socio-económica.⁵⁶²

El mínimo social entendido en el primer sentido, en vinculación con el ejercicio de las libertades políticas, se apoyaría en un criterio de suficiencia. Esto es, el “valor de equidad de las libertades políticas” (*the fair value of political liberties*) requeriría que estén cubiertas ciertas necesidades básicas de supervivencia respecto de todos los individuos. Si bien en la lista de derechos y libertades exigidas por el primer principio de las libertades RAWLS no menciona el mínimo social, no obstante, lo clasifica como un “elemento constitucional esencial” (*constitutional essential*).⁵⁶³ Así, sostiene RAWLS, «la libertad de movimiento y la libertad de elección de empleo, así como un *mínimo social* que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos, cuentan como elementos esenciales constitucionales».⁵⁶⁴

De esta manera, podría interpretarse que el principio de las libertades estaría precedido por un principio superior según el cual las necesidades socioeconómicas básicas deben ser satisfechas, al menos en la medida en que dicha satisfacción constituya una condición necesaria para que los ciudadanos comprendan y estén preparados para ejercer las libertades y derechos

⁵⁶⁰ Cf. RAWLS 1993.

⁵⁶¹ Agradezco a Hugo SELEME por las conversaciones ilustrativas relativas a la conveniencia de realizar esta distinción de acepciones de “mínimo social” en la teoría de la justicia rawlsiana.

⁵⁶² RAWLS 1971: 284-287 también utiliza la expresión “mínimo social” para referirse a la justicia intergeneracional. Puede verse un análisis detallado del problema de la justicia entre generaciones y el papel del mínimo social en este contexto, en SELEME 2007: 111-117.

⁵⁶³ Cf. RAWLS 1993: 7, 227-230, 2001: 44.

⁵⁶⁴ RAWLS 1993: 229.

políticos básicos productivamente.⁵⁶⁵ En otros términos, algunos derechos sociales básicos deben estar establecidos y garantizados en la constitución de una sociedad para que los ciudadanos puedan ejercer las libertades políticas básicas a lo largo de sus vidas.

En un segundo sentido, podríamos decir que RAWLS se refiere al mínimo social cuando lo vincula al principio de la diferencia como pauta de justificación de las desigualdades socioeconómicas en una sociedad. De acuerdo con esta segunda acepción, el *mínimo social* se fija conforme a un principio prioritarista que señala cómo distribuir los recursos de una generación, una vez satisfechas las necesidades básicas y apartado lo necesario para cumplir el deber de ahorro justo que corresponde a otras generaciones, con lo cual esta noción de mínimo social sería todavía más exigente en la teoría rawlsiana dado que no tendría tope. Así, luego de completar la descripción del sistema de instituciones que satisfacen los dos principios de justicia, una vez que la tasa de ahorro está establecida, observa RAWLS,

«tenemos un criterio para ajustar el nivel de *mínimo social*. La suma de transferencias y beneficios desde los bienes públicos esenciales debería ser acordada de manera que aumente las expectativas de los menos favorecidos, consistente con el ahorro requerido y el mantenimiento de las libertades iguales.»⁵⁶⁶

En esta caracterización, el principio de la diferencia está subordinado al primer principio de las libertades básicas y al principio de equitativa igualdad de oportunidades. Asimismo, la discusión acerca de la implementación del principio de la diferencia debería relegarse, según RAWLS, a la etapa legislativa.

Conforme a esta interpretación compleja de la acepción de “mínimo social”, no habría lugar para suponer que el primer sentido, limitado a la satisfacción de necesidades básicas de supervivencia, podría cumplir la función concebida según RAWLS para el segundo sentido, el principio de la diferencia.

Ahora bien, podría sostenerse que ésta es una mejor interpretación de las distintas exigencias de la teoría de la justicia rawlsiana (en lugar de

⁵⁶⁵ RAWLS 1993: 7, 2001: 44, nota 7. Véanse MICHELMAN 1989: 345-346; WALDRON 1993d; ARANGO 2003: 143; MORESO y MARTÍ 2003: 560-561.

⁵⁶⁶ RAWLS 1971: 303-304 (énfasis agregado). Véase también RAWLS 1993: 141-142.

suscribir una noción de mínimo social según la cual se evidenciarían incoherencias en su propia teoría⁵⁶⁷). Y aún así, no parece que nos ayude a escapar a las dificultades para establecer el contenido de las exigencias sociales básicas.

Considero que el contenido de las exigencias sociales básicas como requisito del ejercicio de las libertades políticas, o bien se entiende que no está especificado (¿cuál es el alcance real del mínimo social en tanto exigencia de satisfacción de las necesidades básicas en la teoría rawlsiana?), o bien deberíamos concluir que su contenido debería ser determinado según los principios de la teoría de la justicia en la que se inserta.

En el primer caso (*i.e.*, referencia a las necesidades básicas pero cuyo alcance no se especifica), no basta para brindar un punto de partida adecuado para establecer el contenido de ciertos derechos sociales a prestaciones positivas que reflejen la satisfacción de las necesidades básicas. Al respecto, podría dudarse si el contenido de las necesidades sociales debe ser aquel que satisface un criterio suficientarista con el alcance defendido por WALDRON a través del principio del mínimo social, o las libertades básicas exigen una interpretación de las necesidades básicas más extensa, verbigracia, una que satisfaga un criterio de «igualitarismo de la suerte» en la distribución de recursos.

En el segundo caso, suponiendo que se pudiera concretar el alcance del mínimo social a través de lo que exige el principio de las libertades de la concepción de la justicia rawlsiana, dicha extensión sería vulnerable a la crítica según la cual, al establecer ese contenido como elemento constitucional esencial se demandaría su imposición sobre la sociedad en tanto exigencias de la teoría de la justicia como equidad, con lo cual se estaría favoreciendo una teoría de la justicia particular al margen de los desacuerdos considerables al respecto.

6. Recursos adecuados y una vida mínimamente decente

El tercer y último candidato que examinaré como criterio de justicia para dotar de contenido a los derechos sociales se base en la noción de “recursos adecuados” según ha sido defendida por Cécile FABRE. De manera notable, en *Social Rights under the Constitution* FABRE ha presentado una robusta

⁵⁶⁷ Véase MORESO y MARTÍ 2003: 572.

justificación de estos derechos apelando a las exigencias de la justicia distributiva desde el liberalismo igualitario.⁵⁶⁸

La autora parte de una posición kantiana, ampliamente seguida en la filosofía política y moral, que asume el enunciado según el cual los seres humanos no deberían ser tratados como medios sino como fines en sí mismos, dado que tienen un valor moral intrínseco. Tomando esta afirmación como básica, FABRE sostiene que se debería otorgar especial valor moral al hecho de que las personas lleven una vida decente, privilegiando su autonomía, esto es, su capacidad de decidir reflexivamente qué hacer con sus vidas; y su bienestar, plasmado en la exigencia de que no se debería causar sufrimiento deliberado a los individuos.⁵⁶⁹

Desde esta perspectiva, FABRE afirma que se deberían asignar derechos contra otros para que respeten los intereses de las personas. Asignar un derecho, para esta autora, significaría que el titular del derecho puede demandar a otro para que actúe de cierta forma y, por consiguiente, controlar su conducta. Y agrega que si la gente no está educada y motivada a comportarse hacia los demás en la forma en que se respeten sus intereses, se justifica poner tales controles sobre su comportamiento. Según FABRE, «[e]n la medida en que la autonomía y el bienestar, necesarios como son para nuestras perspectivas de llevar adelante una vida decente, son nuestros intereses fundamentales, es particularmente importante que la gente los respete, por vía de los derechos».⁵⁷⁰

6.1. El interés fundamental en llevar una vida decente

Los derechos sociales, para FABRE, consisten en la exigencia de los recursos adecuados para que las personas que carecen de aquellos puedan acceder a una educación adecuada, una vivienda adecuada, un cuidado médico adecuado y un ingreso mínimo adecuado.⁵⁷¹ El argumento que desarrolla FABRE para justificar la posibilidad de estos cuatro derechos sociales morales, entonces, parte de asignar un interés fundamental de todas las personas en vivir una vida decente, lo que a su vez se sustenta en los

⁵⁶⁸ Cf. FABRE 2000c.

⁵⁶⁹ Cf. FABRE 2000c: 9-13. La autora construye fundamentalmente las nociones de autonomía con base en RAZ 1986; y COHEN 1989; la de bienestar en SEN 1992; y NUSSBAUM y SEN 1993.

⁵⁷⁰ FABRE 2000c: 18.

⁵⁷¹ Cf. FABRE 2000c: 7, 33-39.

intereses de todos en la autonomía y el bienestar. Asume que todos los individuos tienen, en primer lugar, derechos morales a que se respeten estos intereses, es decir, derechos de no interferencia contra todos los demás, justificados en el valor moral de ser una persona que lleva una vida decente. Ahora bien, continúa FABRE, si las necesidades materiales no están satisfechas, las personas no pueden ser autónomas y alcanzar su bienestar, lo cual significa que aquellas no pueden vivir una vida decente. Por lo tanto, concluye, las personas tienen, en segundo lugar, derechos morales a la satisfacción de esas necesidades. Es decir, aceptar que los individuos tienen intereses en llevar una vida decente, y en la autonomía y el bienestar, nos comprometería según la autora, además de la admisión de los derechos de no interferencia, con derechos de promoción de los mismos, correlacionados con deberes positivos a proveer los recursos necesarios para conseguirlos.⁵⁷²

Esta primera parte de la argumentación requiere que compartamos con la autora algunas posiciones controvertidas. Según FABRE, todos acordaríamos en que los recursos adecuados para satisfacer los derechos sociales son los requeridos para que la gente lleve una vida decente. Ahora bien, qué es tener o llevar una vida decente significa cosas muy distintas para cada una de las personas y, según cuál sea la concepción de la vida decente a la que se adhiera, se requerirán diferentes porciones de recursos para satisfacerla. La propia autora restringe en varios pasajes la noción de decencia a un umbral mínimo, sosteniendo que los recursos cuya provisión estaría justificada serían los necesarios para llevar «una vida *mínimamente* decente».⁵⁷³ Entonces, ¿cuál es el alcance de la noción de *decencia mínima*?

Para algunos la noción de decencia mínima se satisface con la provisión de las necesidades de subsistencia.⁵⁷⁴ Pero no es esta la idea de derechos sociales que FABRE tiene en cuenta.⁵⁷⁵ FABRE descarta que el umbral requerido por los derechos sociales se deba detener en la satisfacción de las necesidades básicas o de subsistencia.⁵⁷⁶ Alcanzar la autonomía y el bienestar necesarios para llevar una vida decente, para esta autora, requiere una

⁵⁷² Cf. FABRE 2000c: Capítulo 1. Nótese que FABRE 2000c: 14-16 suscribe la perspectiva de la teoría de los intereses de RAZ 1986 para justificar la atribución de derechos a los individuos.

⁵⁷³ FABRE 2000c: 23.

⁵⁷⁴ Véase el punto 3 de este Capítulo.

⁵⁷⁵ FABRE 2000c: 124.

⁵⁷⁶ Véase FABRE 2000c: 35-36, 124-125.

extensión mayor, aquella que satisface las necesidades que se tienen por la propia vida en una cierta sociedad. Según FABRE, se trata de necesidades socialmente determinadas que las personas tienen en virtud del grado de desarrollo económico y social de cada país.

Asimismo la autora aclara que el interés en la autonomía no justifica la exigencia de la provisión de todos los recursos necesarios para perseguir cada concepción de vida que se ha elegido. En este sentido, FABRE sostiene que dado que los seres humanos «han *elegido* esa concepción», deberían ser responsables por ello en algún grado.⁵⁷⁷ Por tal razón, en su concepción sólo se justifica la imposición al Estado o a terceros de aquellos deberes de provisión a otros de los recursos necesarios para que sean capaces de llevar una vida mínimamente decente, cuando quienes los necesitan no son responsables de carecer de aquellos recursos.

6.2. Inconvenientes en la especificación

La noción de decencia mínima adoptada por FABRE destinada a facilitar el establecimiento de un nivel mínimo de recursos que todos deberían tener satisfecho no parece brindar un tipo de pauta clara y precisa que permita establecer el contenido de los derechos sociales. Su caracterización consiste en que, por encima de la provisión de las necesidades básicas de subsistencia, comunes a todos los seres humanos y, por ende, objetivas e invariables, lo que la noción de decencia mínima exige es la provisión de los recursos adecuados para satisfacer las necesidades relativas (o subjetivas) y variables según el nivel de desarrollo económico y social de cada sociedad.

Así caracterizada, esta es una noción problemática para precisar el alcance de lo que requiere la satisfacción de los derechos sociales. En primer lugar, si se considera que el umbral de recursos requeridos por los derechos sociales depende de una noción de decencia relativa a la variable de desarrollo económico de cada país, se estaría confundiendo la capacidad económica que tienen los distintos Estados con la obligación de satisfacer las exigencias sociales. En el Capítulo 1 me referí a esta cuestión al discutir una objeción en contra del concepto de los derechos sociales según la cual, se afirma, dado que los Estados no tienen una obligación de satisfacer

⁵⁷⁷ FABRE 2000c: 23 (énfasis en el original). Véase también FABRE 2000c: 8, y nota 1 donde la autora asume que las personas no tendrían derechos a la satisfacción de sus necesidades cuando son responsables por encontrarse en tal situación de necesidad o por no poder satisfacerlas.

exigencias socioeconómicas más allá de sus recursos, no corresponde afirmar que se hallan bajo ninguna obligación y, por lo tanto, se niega el carácter de derechos a las exigencias sociales.⁵⁷⁸ Pero como allí observé, hay una confusión conceptual en esa objeción. Una cosa es que haya razones para el reconocimiento de los derechos sociales, y sus correspondientes obligaciones, y otra diferente es que algunos Estados tengan una excusa legítima por la cual no pueden satisfacer esas obligaciones. En esos casos, puede que los Estados estén justificados en su incumplimiento pero ello no significa que no existe obligación ni que la no realización de lo debido no equivale a una falta de cumplimiento.

Esta distinción es importante por al menos tres razones. En primer lugar, porque el Estado tiene la carga de demostrar que no tiene los recursos necesarios para satisfacer las obligaciones emanadas de los derechos sociales establecidos en su ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque si su situación económica mejora, ese incremento debería ser destinado a la satisfacción de las obligaciones jurídicas incumplidas. Y en tercer lugar, porque aunque el Estado no pueda satisfacer sus obligaciones en el presente, permanece la obligación de ordenar sus prioridades de manera de tomar las medidas necesarias para mejorar su situación económica en el futuro. Mientras que si se sostiene la no existencia de obligación alguna, el Estado ni tiene esa carga de la prueba, ni debe destinar los nuevos recursos para mejorar la situación de los sujetos económicamente carenciados, ni está obligado a adoptar ciertas medidas antes que otras.

De la misma manera, creo que es incorrecto vincular la noción de derechos sociales a la provisión de los recursos adecuados necesarios para llevar una vida decente, «donde adecuados significa “adecuados según el nivel de desarrollo económico que se obtiene en sociedad”». ⁵⁷⁹ De ese modo se sujetaría indebidamente la noción de derechos sociales a la posibilidad que tiene cada sociedad de satisfacer con mayor o menor alcance las exigencias sociales y, en este sentido, la noción de vida decente de los individuos de cada sociedad dependería de su desarrollo económico, lo cual no sería siempre correcto. Por ejemplo, cuando FABRE ilustra con el ejemplo de la vivienda su caracterización del umbral de los recursos adecuados, sostiene que lo que cuenta como una vivienda decente, en parte es común a todos y no varía, pero, «parte de lo que

⁵⁷⁸ Véase el Capítulo 1: punto 5.

⁵⁷⁹ FABRE 2000c: 124.

cuenta como vivienda decente, y en particular la noción de tamaño decente, varía con el nivel de desarrollo económico y social». ⁵⁸⁰ Así, para la autora, no cuenta de la misma manera ciertas condiciones de tamaño de la vivienda en India que en el Reino Unido, porque hay consideraciones climáticas que hacen que en el Reino Unido la gente tenga que vivir la mayor parte del tiempo dentro, se considera importante que los niños tengan un espacio propio para hacer sus tareas y se valora la privacidad de los padres, entre otras cosas, que no corresponde pensarlas respecto a India. ⁵⁸¹

Ahora bien, el ejemplo que utiliza FABRE para ilustrar que las necesidades de los británicos son diferentes que las que tienen los indios no tiene que ver con el nivel de desarrollo económico de cada sociedad. Las diferencias climáticas existentes en diversas regiones del mundo, como a las que refiere el ejemplo, son diferencias contextuales. Es indudable que en contextos diferentes las necesidades varían. Quien vive en Canadá tiene necesidades de vestimenta que no son las mismas de quien vive en Cuba.

FABRE continúa sosteniendo que «el derecho a la vivienda decente [...] debe ser especificado por vía del recurso a algo como el umbral de pobreza aplicado a la vivienda». ⁵⁸² Pero cabe preguntarse: ¿cómo se debería caracterizar la noción de vivienda decente en Irlanda, por ejemplo, dónde las condiciones climáticas generan las mismas o mayores necesidades que el Reino Unido pero cuyo desarrollo económico actual es inferior? ¿Debería decirse a los ciudadanos y ciudadanas irlandeses que no tienen un derecho a una vivienda decente como la de sus vecinos ingleses, porque aunque el clima es tan severo que hace que deban pasarse la mayor parte del tiempo en la casa, su sociedad no está económicamente tan desarrollada o es tan pobre como para considerar que tienen derecho a pasar ese tiempo en un tamaño de vivienda decente similar?

La caracterización de FABRE parece fusionar una noción de decencia relativa al contexto climático, cultural, social, histórico de cada sociedad con la variable de desarrollo económico. Nuevamente, no me parece acertado sostener que el nivel de decencia y, en consecuencia, el alcance de los derechos sociales que tienen los ciudadanos y ciudadanas de cada país depende de la riqueza o pobreza de su sociedad.

⁵⁸⁰ FABRE 2000c: 36.

⁵⁸¹ Cf. FABRE 2000c: 36.

⁵⁸² FABRE 2000c: 36.

Tampoco me parece que en todos los casos sea afortunado referir al contenido de los derechos sociales mediante una noción de decencia contextual, aunque dejemos de lado la relación con la variable económica. A primera vista, como dije, no sería discutible que las diferencias contextuales generaran necesidades diferentes. Ahora bien, el contexto diverso puede ser algunas veces una pauta admisible para incidir en la justificación de la satisfacción de diferentes necesidades entre grupos de personas, pero en otras ocasiones podría no estar moralmente justificada una distinción de trato basada en dicha pauta. Del hecho de que históricamente, por ejemplo, los miembros de ciertas sociedades se han adaptado a vivir en ciertos espacios, no se sigue necesariamente que no tengan derecho a vivir en otro tipo de espacios, de diferente tamaño o con mayores comodidades, justificado en lo que significa «llevar una vida decente».

Imagínese dos sociedades, una en la que existe igualdad de género, y otra en la que impera una enorme desigualdad entre hombres y mujeres, estando éstas sujetas a las decisiones de aquellos. En la primera sociedad, tanto las mujeres como los hombres, mayoritariamente, tienen empleos fuera de la casa, y distribuyen las tareas domésticas en partes iguales. En la segunda sociedad, se considera que las mujeres deben desempeñar el papel social asignado de encargadas de las tareas domésticas y de cuidado de la familia, con lo cual pasan gran parte de su tiempo en la casa, y en particular en la cocina. Desde una noción de decencia basada en una pauta contextual de tipo cultural se podría concluir que el derecho social a la vivienda de las mujeres en la segunda sociedad, para satisfacer la exigencia de llevar una vida decente, comprende un tamaño de cocina más grande que lo que exigiría honrar el mismo derecho social respecto de las primeras.

En suma, el proyecto de FABRE de anclar la determinación del contenido requerido por los derechos sociales a la idea de decencia mínima según ciertas variables contextuales falla porque si bien puede haber cuestiones contextuales que parece sensato tomar en cuenta a los fines de determinar el alcance de las necesidades, en ciertas situaciones el contexto no justificaría moralmente un trato distintivo. Como parte de ello, la pauta propuesta por FABRE relativa al desarrollo económico de cada sociedad para establecer el grado de decencia a la que los miembros de una sociedad tienen derecho no parece un criterio apropiado para establecer el contenido y alcance de las obligaciones de los derechos sociales en todos los casos.

Finalmente, el criterio para dotar de contenido a los derechos sociales a través de la noción de recursos adecuados enfrenta el mismo problema que las otras dos nociones examinadas, las necesidades básicas y el mínimo social. La recurrencia a alguno de estos tres criterios de justicia para dotar de contenido a los derechos sociales no permite avanzar en la determinación del contenido de los derechos sociales. En definitiva, defender una concepción de la justicia social particular respecto de la cual no hay acuerdo entre los miembros de la sociedad como pauta que debe ser retirada de la esfera de decisiones colectivas en materia socioeconómica no resulta ser la estrategia adecuada en las circunstancias de la política características de las sociedades democráticas contemporáneas.

7. Exigencias de justicia y protección constitucional

A partir de posiciones sobre lo que exige la justicia social como las examinadas en los puntos previos, por lo general y como ya he adelantado, también se defiende que las exigencias que articulan los derechos sociales tienen tal relevancia que deben ser protegidas con la máxima garantía institucional consistente en la incorporación de los derechos sociales en una carta de derechos rígida dotada de un control robusto de constitucionalidad.⁵⁸³ Sin embargo, he mostrado que la estrategia de justificación de un cierto alcance de los derechos sociales según las exigencias de la justicia es una de las cuestiones normativas controvertidas en las sociedades democráticas actuales. Desde esa estrategia no parecería tomarse en serio el problema de los desacuerdos. Ello tiene un impacto importante sobre la justificación del modelo de protección defendido. El paso posterior en la argumentación consistente en basar la justificación de la protección constitucional robusta

⁵⁸³ Véase que BILCHITZ 2008: 57-65 con fundamento en la igual importancia de los seres humanos, sostiene que debe garantizarse judicialmente a cada uno los prerequisites necesarios para realizar una vida valiosa. Véase también HERTEL y MINKLER 2007: 1-2 quienes comienzan señalando cifras del sufrimiento inconmensurable de miles de millones de personas en el mundo por la falta de protección de sus derechos sociales, para luego justificar el control judicial como mecanismo para disminuir tales cifras. En general, este tipo de estrategias teóricas se dirigen a fundamentar el establecimiento de los derechos sociales y su efectiva protección a través de un control judicial robusto de constitucionalidad en la urgencia de resolver la pobreza (por ejemplo, véase SAGER 1998: 256). Por su parte, FREDMAN 2009: 9-62 fundamenta la protección constitucional de los derechos sociales en un concepto de libertad material junto con una perspectiva de la igualdad sustantiva.

de los derechos sociales en la fundamentación de su valor como exigencias de justicia no hace sino intensificar tal problema cuando se pretende que tales exigencias de justicia sean atrincheradas en un modelo robusto de protección.

El tipo de problemas que conllevan los distintos argumentos justificativos del contenido de los derechos sociales y cómo estos se trasladan al particular diseño institucional defendido, deben ser distinguidos de otro tipo de problemas (y de las razones que se dan para solucionarlos) que se presentan respecto de la fundamentación de determinados modelos institucionales de protección o garantía de esos derechos sociales. Es decir, existen dificultades propias relativas al tipo de protección institucional moralmente justificada (tutela legislativa, o constitucional: modelo débil, o robusto).⁵⁸⁴ La falta de distinción entre estos dos conjuntos de problemas ha llevado a oscurecer la importancia distintiva de la justificación normativa de los derechos sociales y de sus implicaciones para una sociedad, desdibujada por la preocupación sobre si deberían o no ser materia del control de constitucionalidad característico del modelo robusto de protección.⁵⁸⁵

En efecto, la estrategia de los teóricos que defienden los derechos sociales con base en consideraciones de justicia social por lo general comprende también la afirmación de que la importancia fundamental de los intereses que aquellos representan justifica adoptar un mecanismo institucional robusto para su protección.⁵⁸⁶ En el Capítulo 2 referí al sistema constitucional de protección de los derechos como un particular diseño que resulta de la combinación de la primacía de una constitución que incluye un catálogo de derechos indisponibles para el legislador, complementado con un mecanismo de control de constitucionalidad. De manera habitual, entonces, los defensores de los derechos sociales argumentan a favor de la incorporación de estos en una constitución rígida como derechos fundamentales subjetivos protegidos con el control de constitucionalidad y, en general se defiende que este control debe ser robusto ejercido por un órgano jurisdiccional que vele por la satisfacción de tales derechos.

Pero esta línea de defensa de la protección constitucional de los derechos sociales ha sido especialmente criticada. Aún cuando se conceda que los derechos sociales poseen una estructura similar a la de los derechos civiles

⁵⁸⁴ Véase el Capítulo 2.

⁵⁸⁵ Por ejemplo, BILCHITZ 2008: 102-103.

⁵⁸⁶ Véase el Capítulo 2 sobre el diseño de protección constitucional de los derechos.

y políticos,⁵⁸⁷ se insiste en que permanecerían ciertas diferencias irreductibles entre ambas categorías de derechos, de modo tal que aunque se acepte la constitucionalización de estos últimos, se cuestionaría la protección constitucional de los primeros.⁵⁸⁸ Así, el control robusto de constitucionalidad de los derechos sociales ha sido puesto en cuestión porque asignaría un papel extenso, inapropiado y fundamentalmente ilegítimo a los jueces constitucionales. Se sostiene que los derechos sociales, en tanto derechos a prestaciones positivas de contenido difícil de determinar, muestran un rasgo particular tal que podría, e incluso debería, excluirse de la protección constitucional.

En el Capítulo 2 también he señalado que la tarea de los jueces de proteger los derechos sociales constitucionales mediante un control robusto de constitucionalidad puede ser diferente según las circunstancias del caso y de los sistemas jurídicos.⁵⁸⁹ Brevemente, frente a la alegación por parte de una persona por la vulneración de un derecho social constitucionalmente garantizado, el órgano jurisdiccional podría ordenar a la administración pública la satisfacción de la prestación para el caso concreto; podría invalidar una ley que se considera que vulnera derechos sociales de los individuos, o sujetar su aplicación a una interpretación singular (según el sistema, los efectos del pronunciamiento serán *inter partes* o *erga omnes*); podría ordenar a la administración a realizar el derecho constitucional si ésta sistemáticamente ha omitido toda regulación y, en tal caso, la decisión judicial podría contener pautas de ejecución, evaluación, plazos, etcétera, o bien podría determinar la propia prestación que la administración debe cumplir en virtud de la omisión legislativa. En la mayoría de los casos en que los pronunciamientos judiciales sean favorables a la protección de los derechos sociales será necesario que el Estado disponga la afectación de recursos públicos para su cumplimiento.

Al respecto, los críticos a la constitucionalización de los derechos sociales garantizados con el control robusto consideran, por un lado, que los jueces, bajo pretexto de proteger estos derechos, *no pueden* ordenar la satisfacción de exigencias individuales ni controlar ciertas decisiones legislativas (o su omisión), que tendrían naturaleza política, relativas en el fondo a la asignación presupuestaria. Es interesante notar que esta

⁵⁸⁷ Véase el Capítulo 1 donde he concluido que no existe ninguna diferencia estructural relevante entre los derechos sociales, económicos, civiles y políticos.

⁵⁸⁸ Excepción hecha por los teóricos de la democracia procedimental que, en general, objetan la constitucionalización de todos los derechos fundamentales. Véase el Capítulo 4.

⁵⁸⁹ Véase el Capítulo 2: punto 3.

afirmación refleja una ambigüedad presente en el verbo “poder”, donde la expresión “no pueden” significaría tanto “no están en condiciones de”, como “no deben”. De allí que la revisión de los derechos sociales constitucionales sería, tanto *imposible*, dado que lleva a los jueces a conocer de hechos y políticas públicas para las cuales carecen de conocimiento técnico; como *impropia*, pues al valorar políticas públicas los jueces, por una parte, se involucrarían en “cuestiones policéntricas” para las que no estarían bien situados y, por la otra parte, incidirían en cuestiones políticas que se consideran no justiciables, excediendo su función de control para entrar activamente en funciones privativas del poder legislativo y del poder ejecutivo. Bajo la interpretación compuesta de esta objeción, los jueces no serían *ni técnica ni normativamente competentes*, por las restricciones propias de su función, para asegurar los derechos sociales constitucionales.

Por el otro lado, se alza una objeción mayor dirigida a la protección constitucional de los derechos fundamentales pero que, se sostiene, adquiriría especial fuerza cuando se dirige contra el examen judicial de cuestiones de distribución económica y social. Se trata de la crítica a la falta de legitimidad contramayoritaria de los jueces para controlar las leyes adoptadas por el poder legislativo sobre derechos sociales, o su falta de legislación al respecto. Esta objeción, como se verá, adquiere una fuerza particular respecto de las posiciones que defienden el atrincheramiento en una constitución de los derechos sociales cuyo contenido debería ser determinado con base en los principios de cierta teoría de la justicia social.

Por último, es interesante señalar que, de modo habitual en la objeción dirigida a la falta de competencia judicial para examinar la decisión del gasto público por el riesgo que representa al principio de la separación de poderes se mezclarían los presupuestos de la denominada “objeción contramayoritaria”. Ahora bien, si lo que se quiere sostener es que no se debe permitir que, en su condición de último intérprete, el órgano jurisdiccional revise decisiones políticas porque carece de legitimidad democrática, se trataría entonces de un problema filosófico que requiere el examen de las nociones de legitimidad democrática, de autoridad, y de las distintas concepciones de la democracia en juego. Esta ya no se configuraría como una cuestión de la competencia práctica de las funciones del poder judicial sino como un problema de los fundamentos de la autoridad de los jueces en un Estado de derecho democrático. La distinción es relevante porque la objeción a la falta de competencia práctica de los jueces, bajo sus diversas formas, es una crítica

relativa a *cuestiones contingentes* en tanto su fuerza dependerá de consideraciones como la configuración institucional de cada ordenamiento jurídico, la formación y capacitación de los jueces, el grado de compromiso con las exigencias sociales en cada sociedad, etcétera. Este tipo de consideraciones pueden eventualmente tratar de resolverse mediante remedios institucionales. En cambio, la objeción que se dirige a la falta de legitimidad mayoritaria de los jueces constituye un verdadero desafío para los defensores de los derechos sociales constitucionales en tanto que se pretende invalidar la intervención jurisdiccional en la protección de los derechos como *cuestión de principio*.

A continuación, analizaré estos dos conjuntos de problemas de la protección constitucional de los derechos sociales en el orden enunciado, teniendo en cuenta que la que trataré en segundo lugar, la objeción contramayoritaria, es la que presenta un desafío mayor a la protección constitucional de los derechos sociales. Mi objetivo en los siguientes apartados no será justificar tal protección, sino examinar el alcance de las objeciones que se dirigen a los derechos sociales constitucionales cuando estos son entendidos y justificados como exigencias de la justicia social.

8. La falta de competencia judicial

Sostener que los derechos sociales deben ser incluidos en una constitución rígida y protegidos con un control robusto de constitucionalidad significa que se autoriza a un órgano jurisdiccional, llegado el caso, a pronunciarse con carácter final respecto de la validez de las normas que prevén la regulación de los derechos sociales.⁵⁹⁰ Asimismo, dotar de la máxima garantía institucional a los derechos sociales establecidos en una constitución podría requerir en ciertas ocasiones que sean los jueces quienes tendrán que decidir sobre el contenido de esos derechos. Cuando este sea el caso, dado que las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales por lo general se expresan en formulaciones vagas, serán los jueces los que tendrán que tomar decisiones sobre el contenido de esos derechos y, en última instancia, sobre la pauta de justicia social aplicable.

⁵⁹⁰ Véase el Capítulo 2 donde distinguí el control judicial de constitucionalidad entre robusto y débil según la fuerza de los efectos de sus decisiones. A los fines de la discusión normativa de la justificación del control robusto de constitucionalidad por parte de un órgano judicial me referiré indistintamente con las expresiones “última palabra”, “palabra final”, o “efectos inmediatos” de la decisión.

Contra ello se dirige la crítica a la falta de competencia de los jueces para valorar tales cuestiones socioeconómicas exigidas por la justicia. Esta objeción apunta a varios aspectos de su intervención: el déficit de conocimiento experto, la impredecibilidad de las consecuencias de las sentencias judiciales y la incorrección de la intromisión judicial en materia presupuestaria.

8.1. La cuestión del conocimiento experto de los jueces

Un primer argumento en contra de la intervención de los jueces se apoya en una supuesta comprobación fáctica de la incompetencia técnica de los jueces para juzgar conflictos relativos a los derechos sociales. Se sostiene que, dada la naturaleza fundamentalmente prestacional de estos derechos, a fin de protegerlos los jueces tendrían que tomar decisiones para las cuales no son profesionalmente idóneos.⁵⁹¹ En otras palabras, los críticos señalan que los jueces carecen de la capacidad técnica y del conocimiento experto, necesarios en materias tan complejas como son las comprendidas por los derechos sociales, para darles adecuado resguardo.

Mediante esta dificultad, entonces, se afirma que los órganos judiciales no son aptos en términos de formación, información y especialización técnica para comprender y evaluar los hechos relevantes de los casos particulares sobre cuestiones sociales, el manejo de las alternativas en disputa y, sobre todo, las necesidades presupuestarias –como los cálculos de costes, los niveles de beneficios sociales, etcétera–, y el diseño y articulación de remedios funcionales y apropiados.⁵⁹² Así, se impugna que los jueces tengan competencia técnica para valorar si un Estado ha empleado todos los esfuerzos para asegurar el respeto de los derechos sociales con el fin de dictaminar un posible incumplimiento de una obligación estatal. En términos interrogativos, ¿cómo podrían los jueces ocuparse de cuestiones sociales y económicas tan complejas, que requieren tiempo y conocimiento experto para realizarlas, dada la limitación de estos en un proceso judicial?⁵⁹³ Semejante evaluación requeriría, en concreto, que los jueces reúnan información sobre los recursos públicos, estudien detenidamente la ley de presupuesto estatal y

⁵⁹¹ Por ejemplo, CROSS 2000: 893.

⁵⁹² Cf. HOROWITZ 1977: 293.

⁵⁹³ Por ejemplo, véase LENTA 2004a: 21-22.

los informes de las políticas públicas, y valoren el complejo proceso socioeconómico en acción.

Por ejemplo, J. DIDCOTT ha enfatizado que una Constitución no puede establecer una función de control que los jueces, en los hechos, no tienen capacidad de realizar por carecer del conocimiento experto, en especial, para intervenir en el incremento de las partidas presupuestarias.⁵⁹⁴ En este sentido, el autor afirma que la razón de la oposición al control judicial «no es solamente que los tribunales, sus jueces, carecen de los conocimientos y de la infraestructura para involucrarse en la gestión de la legislación o de la administración. Es que también, y de forma más contundente, no pueden recaudar el dinero».⁵⁹⁵ Además, varios autores han destacado que dadas las dificultades y limitaciones técnicas, temporales y financieras requeridas para obtener toda la información necesaria para proteger los derechos sociales y someterla a la crítica pública adecuada, los jueces constitucionales tampoco, se agrega, estarían dispuestos a (no tendrían la voluntad de) resolver a favor de los derechos sociales, lo cual daría a su protección judicial constitucional un valor meramente simbólico.⁵⁹⁶ Por el contrario, para Craig SCOTT y Patrick MACKLEM la justiciabilidad de los derechos sociales juega una función valiosa porque pone al alcance del dominio público la información que, tradicionalmente, no estaba disponible desde el poder legislativo, tales como cuestiones relativas a concretas violaciones de derechos, especialmente respecto de grupos excluidos del espacio político, social y económico.⁵⁹⁷

Ahora bien, una evaluación concluyente de esta dificultad requiere considerar cuál es, en concreto, el contenido y alcance de los derechos sociales.⁵⁹⁸ De acuerdo con Malcom LANGFORD, el conocimiento experto que los jueces necesitan para juzgar casos de violaciones de los derechos sociales estará determinado, en parte, por lo que le requerimos a estos.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ Cf. DIDCOTT 1988.

⁵⁹⁵ DIDCOTT 1988: 58.

⁵⁹⁶ Véanse, entre otros, HOROWITZ 1977; SUNSTEIN 1992; CROSS 2000: 887; FABRE 2000c.

⁵⁹⁷ Cf. SCOTT y MACKLEM 1992: 45-71. Véanse también FISS 1979: 13, sobre la superioridad de la posición institucional del juez para atender reclamos que el proceso político muchas veces prefiere ignorar, así como escuchar los argumentos de diversos sujetos; GARGARELLA 2006b y BILCHITZ 2008.

⁵⁹⁸ Véase el Capítulo 5.

⁵⁹⁹ Cf. LANGFORD 2008b: 35.

Supongamos, por ejemplo, que el poder legislativo argentino dicta una ley mediante la cual las viviendas ocupadas sin título legal deben ser desalojadas, e instruye al poder ejecutivo para que arbitre las medidas necesarias para proceder de inmediato a su cumplimiento. Como consecuencia de las acciones policiales de desalojo, muchas personas económicamente carenciadas pronto se encontrarán a la intemperie. Imaginemos que una de ellas presenta una acción de amparo ante un órgano jurisdiccional mediante la cual solicita la suspensión de la medida de desahucio, alegando la violación del derecho constitucional a la vivienda. El juez encargado de resolver la acción debería decidir si hay un derecho en peligro de vulneración y, en su caso, podría ordenar el cese inmediato de la medida de desalojo.⁶⁰⁰

Asimismo, el juez argentino podría recurrir a consideraciones indicativas técnicas, tales como las directivas emitidas por un órgano externo. Estas no son vinculantes para los jueces nacionales en el sistema jurídico argentino, sin embargo, podrían ser utilizadas como indicadores que faciliten su tarea.⁶⁰¹ Respecto del derecho social a una vivienda podría pensarse en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas. Este comité ha elaborado un documento en el que se considera que la esfera de la garantía el derecho a la vivienda incluye:

«a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los Tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamos contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas».⁶⁰²

⁶⁰⁰ En el sistema constitucional argentino está prevista la acción de amparo a particulares ante cualquier órgano judicial por la violación de un derecho fundamental. Véase el Capítulo 2: punto 3.1.

⁶⁰¹ Véanse EIDE 2001; TOMASEVSKI 2001.

⁶⁰² Observación General N° 4, punto 17, según informe de Rajindar SACHAR, Relator Especial de la Subcomisión de Prevenciones de Discriminación y Protección a las Minorías, «Derecho a una vivienda adecuada», Nueva York, 1996.

Esta enumeración, que no tiene pretensiones de exhaustividad, precisa un conjunto de acciones que pueden servir de pauta interpretativa a los jueces constitucionales para evaluar actos del poder ejecutivo o leyes emanadas del poder legislativo. Esto es, mediante el control judicial de constitucionalidad los jueces evaluarían si los otros poderes del Estado (o los actores privados con obligaciones al respecto, según los distintos sistemas jurídicos positivos) han cumplido con ciertas obligaciones jurídicas derivadas del derecho social en cuestión. Para esto no sería necesario que los propios jueces sean especialistas en cuestiones sociales y económicas.

Por lo demás, dependiendo de los distintos sistemas jurídicos considerados, los tribunales se dividen de forma habitual según su especialidad. A la vez, es usual que los jueces recurran a los beneficios de las áreas de pericia y especialización de las distintas ramas del derecho. Así, por ejemplo, la existencia de tribunales específicos y especializados en varios países, tales como los Tribunales Laborales de Justicia. En este dominio, también hay que considerar el desarrollo del derecho laboral patrocinado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el nivel internacional.⁶⁰³ Los criterios interpretativos expresados en sus observaciones son de fundamental ayuda para dirimir cuestiones técnicas en la materia en el nivel estatal. O, con una finalidad similar, puede pensarse en la incorporación al litigio de los informes de peritos expertos en distintas materias de criminología (pericia caligráfica, balística forense, genética, sangre, etcétera) disponibles para los jueces penales.

Es cierto que los jueces no tienen el conocimiento experto y especializado de todas las cuestiones complejas involucradas en los conflictos judiciales, en general, no sólo en los de contenido socioeconómico. Para ello el procedimiento jurisdiccional, de cualquier materia (tanto del derecho público, como del derecho privado), articula la intervención de distintos especialistas que incorporan al mismo los conocimientos técnicos y la experiencia, y colaboran en este sentido con el juez. De modo similar, cuando se trata de conocer sobre los hechos previos que llevaron al dictado de una determinada ley, el juez podría requerir la documentación relativa a los mismos (por

⁶⁰³ Por ejemplo, en el ámbito europeo el Comité de Expertos Independientes lleva adelante una tarea en estas líneas. Una de sus funciones es supervisar el cumplimiento de los Estados con lo establecido en la Carta Social Europea. Como resultado, emite decisiones que se apoyan en estudios requeridos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y el Consejo de Europa.

ejemplo, actas parlamentarias, informes de comisiones, etcétera). En esta línea se orientan las nuevas teorías del diálogo constitucional que sostienen que el órgano jurisdiccional tiene mayor capacidad técnica para hacer frente a las fallas políticas en la realización de los derechos sociales.⁶⁰⁴

8.2. El problema del policentrismo

La segunda variante que adopta la objeción de la falta de competencia técnica hace referencia al tipo de conflictos que involucran las cuestiones sociales. Estos tendrían una naturaleza policéntrica de tal grado que los haría inadecuados para su protección judicial. Esto es, su consideración y decisión por parte de los jueces en un caso particular excedería las propias atribuciones de la función judicial por las repercusiones imprevisibles que se dispararían como consecuencia de una decisión judicial respecto del resto de los ciudadanos. Se trata de una controversia instalada en el debate filosófico-político británico sobre el diseño institucional de protección de los derechos a partir de un ensayo de Lon FULLER de 1978 y que es conocida como el problema del “policentrismo” (*polycentricity*).⁶⁰⁵ En la actualidad la discusión sobre el policentrismo se ha extendido al ámbito internacional de los derechos sociales.⁶⁰⁶

En su ensayo FULLER se propuso responder a dos preguntas. En primer lugar, se interrogó por la cuestión de los límites del procedimiento judicial: cuáles son las funciones sociales que pueden ser asignadas apropiadamente a los órganos judiciales. Y en segundo lugar, la cuestión relativa a su forma: en qué consiste el procedimiento judicial, y si es posible detectar un desvío o abuso del mismo.⁶⁰⁷ Ahora bien, para FULLER existen tres formas de orden social mediante las cuales se toman decisiones y se regulan las relaciones entre las personas: el contrato, las elecciones y el procedimiento judicial.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Véanse, entre otros, WALDRON 2004b, 2006a; GARGARELLA 2004b, 2006a, 2006b; TUSHNET 2004b, 2008; BATEUP 2005, 2009; DIXON 2007, 2012.

⁶⁰⁵ FULLER 1978. FULLER 1978 derivó la idea de policentrismo del científico húngaro-británico POLANYI 1951, citado en FULLER 1978: 394. Véase KING 2008: 102 quien destaca la naturaleza eminentemente libertaria de los trabajos filosóficos de POLANYI.

⁶⁰⁶ Véanse, entre otros, ABRAMOVICH y COURTIS 2001: 249; LANGFORD 2008b: 36-37; LIEBENBERG 2008: 81; GROSSMAN 2008: 125-133; KING 2008, 2012.

⁶⁰⁷ Cf. FULLER 1978: 354-355.

⁶⁰⁸ Cf. FULLER 1978: 357, 363.

Según el autor, lo que distingue a cada uno de los procedimientos de toma de decisiones es la forma en que se regula la participación de las partes afectadas. En el caso del procedimiento judicial, la forma de participación distintiva consistiría en la presentación que hacen las partes de pruebas y argumentos.⁶⁰⁹ Por consiguiente, cuando en ciertas cuestiones se hace imposible esa participación significativa en el procedimiento judicial de todas las partes afectadas significa, según el autor, que esas cuestiones están más allá de la capacidad de decisión judicial o, lo que es lo mismo, que traspasan los límites de este tipo de procedimiento de toma de decisiones.⁶¹⁰ Tal es el caso, para FULLER, de las cuestiones de naturaleza policéntrica.⁶¹¹

Una cuestión tiene naturaleza policéntrica, según la caracterización de FULLER, cuando se refiere a una materia amplia y compleja, que tiene relaciones interdependientes con otras cuestiones, en un modo tal que el cambio de un elemento en una de las situaciones produce imprevisibles repercusiones en los elementos de otras situaciones relacionadas.⁶¹²

Así, FULLER sostuvo que la intervención de los jueces en situaciones que tienen repercusiones extensas, complejas, y especialmente imprevistas, que afectan a una multitud de partes más allá de las presentes en el particular procedimiento judicial y de la situación fáctica introducida por estas, excede los límites de la función judicial.

Nótese que el problema del policentrismo no es, como muchos sostienen, una dificultad necesariamente relativa a temas o contenidos complejos. Como advierte Jeff KING, puede ser que nos encontremos frente a una cuestión compleja, pero que no tiene naturaleza policéntrica.⁶¹³ Por ejemplo, cuando en el punto anterior me referí a la complejidad para los jueces del tratamiento de asuntos económicos y sociales, observé que ciertas cuestiones científicas o técnicas que se presentan ante los tribunales pueden ser enormemente complejas. Sin embargo, aquellas no tendrían naturaleza

⁶⁰⁹ Cf. FULLER 1978: 363-365.

⁶¹⁰ Cf. FULLER 1978: 364.

⁶¹¹ Cf. FULLER 1978: 371.

⁶¹² Cf. FULLER 1978: 395. El autor explica este fenómeno mediante la imagen de una telaraña para visualizar la idea de «cómo un tirón en uno de los hilos distribuiría tensiones a través de los otros hilos en toda la red. Si se duplica la fuerza del primer tirón, probablemente, no se duplicará cada una de las tensiones resultantes, sino que se creará, más bien, un nuevo patrón complicado de tensiones» (FULLER 1978: 395).

⁶¹³ Cf. KING 2008: 103.

policéntrica si la decisión judicial afectara sólo a una o varias personas determinadas. Por el contrario, la característica de las cuestiones policéntricas de acuerdo con FULLER es que su complejidad alude a la dificultad de calcular o prever los distintos efectos que se sucederán respecto de otras partes, también imprevisibles, a partir de una decisión sobre un asunto con el cual aquellas se encuentran relacionadas.⁶¹⁴

Este tipo de situaciones, sostiene FULLER, sobrepasan los límites de la tarea judicial porque sería prácticamente imposible para el juez determinar quiénes deberían ser llamados y admitidos en un procedimiento judicial en tanto posibles “partes afectadas” por su decisión en cuestiones de esta naturaleza. Es cierto, admite FULLER, que esta complejidad no desaparece, ni disminuye su intensidad, cuando quienes tienen que adoptar las decisiones en cuestiones policéntricas son los representantes legislativos y las autoridades administrativas, con información y tiempo limitados.⁶¹⁵

Sin embargo, permitir que los conflictos policéntricos sean dirimidos en un procedimiento judicial, para FULLER, tendría particulares desventajas: a) daría lugar a repercusiones impredecibles que podrían volver a la decisión impracticable; b) animaría a los jueces a buscar soluciones fuera de la ortodoxia del procedimiento judicial como, por ejemplo, consultas a partes no representadas en las audiencias o suposición de hechos no probados en la causa, y c) induciría a que los jueces recondujeran el problema a través de los canales del procedimiento judicial, en lugar de emplear un procedimiento que se adapte a la situación policéntrica.⁶¹⁶

A partir del ensayo de FULLER, la doctrina según la cual las cuestiones policéntricas son inadecuadas para ser tratadas por el poder judicial ha tenido una influencia singular para impugnar la protección de los derechos sociales mediante el control de constitucionalidad.⁶¹⁷ Es decir, en el contexto de conflictos particulares sobre asignación de recursos económicos pareciera que, tal como lo sugirió FULLER, el argumento del policentrismo adquiriría mayor fuerza en contra de su protección judicial.⁶¹⁸ De allí que varios autores

⁶¹⁴ Cf. FULLER 1978: 397-398.

⁶¹⁵ Cf. FULLER 1978: 399-400.

⁶¹⁶ Cf. FULLER 1978: 401.

⁶¹⁷ Para una reseña sobre la amplia aceptación de la doctrina de la policentricidad en materia de asignación de recursos públicos en la dogmática inglesa del Reino Unido, véase KING 2008: 106-109.

⁶¹⁸ Cf. FULLER 1978: 400.

han adoptado este razonamiento para sostener que las exigencias al Estado de proveer con educación, vivienda y cuidado médico a sus ciudadanos, por ejemplo, no deberían ser incluidas como derechos subjetivos en una constitución rígida con control judicial de constitucionalidad porque ello habilitaría a los jueces a juzgar y decidir conflictos que tienen naturaleza policéntrica para los cuales su función sería inapropiada.⁶¹⁹

Tal fue el criterio utilizado en el ya mencionado caso *Soobramoney*, por el juez Arthur CHASKALSON, en su momento titular de la Corte de Justicia de Sudáfrica, quien justificó la negativa al recurso de una persona con enfermedad renal crónica que necesitaba un tratamiento de diálisis para continuar viviendo, por tratarse de un problema de tipo policéntrico.⁶²⁰ En dicha sentencia se hizo referencia a la existencia de tal característica mediante la alusión a una decisión de un tribunal inglés en la que se sostuvo que «es despreciable que la justicia disponga cómo deberían distribuirse los recursos médicos escasos», y se advertía «del peligro de ordenar que los recursos sean utilizados por un paciente particular, lo cual podría tener el efecto de negar esos recursos a otros pacientes a quienes podrían brindárseles mayores beneficios».⁶²¹ El juez CHASKALSON incorporó esos criterios para evaluar el caso sudafricano y agregó que hay momentos en que se requiere adoptar «un enfoque holístico comprensivo» de las exigencias mayores de la sociedad, antes que focalizar sobre exigencias específicas de individuos particulares dentro de la sociedad.⁶²²

En definitiva, quienes asumen esta crítica sostienen que los derechos sociales son de naturaleza policéntrica y en consecuencia deben quedar fuera de la competencia judicial. Ello porque, por un lado, se sostiene que se trataría de derechos a prestaciones positivas con efectos presupuestarios extensos y complejos. Así, Dennis DAVIS afirma que cada vez que un juez resuelve una concreta asignación de recursos a favor de la demanda de un particular por la violación de un derecho social, se sigue una multitud de repercusiones indirectas imprevistas por aquel como, verbigracia, la disminución de recursos públicos ordenados para otros objetivos o proyectos

⁶¹⁹ Por ejemplo, CROSS 2000.

⁶²⁰ *Soobramoney v. Minister of Health, Kwa-Zulu-Natal* (CCT32/97) 1997 ZACC 17, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997); voto del juez CHASKALSON: considerandos 28-31. Véase el Capítulo 2: punto 3.3.

⁶²¹ *Soobramoney*: considerando 30.

⁶²² *Soobramoney*: considerando 31.

públicos, respecto de los cuales otras partes serían afectadas.⁶²³ Para este autor, si un juez tiene que decidir en un caso en el que un particular demanda al Estado la provisión de una vivienda amparado en su derecho constitucional a la vivienda, tal resolución tendría repercusiones más allá del demandante y el Estado, afectando los intereses de todos los ciudadanos en hacerse oír sobre si ese dinero debería ser destinado a la construcción de un orfanato, un hospital o un estadio deportivo, quienes carecerían de la posibilidad de participar en el procedimiento judicial.⁶²⁴ Por el otro lado, se sostiene que los derechos sociales implican exigencias colectivas de cambio social,⁶²⁵ no demandas individuales, para cuya decisión los jueces no tendrían competencia, dado que afectarían directamente a una pluralidad de intereses de individuos cuya participación en el procedimiento sería igualmente imposible.⁶²⁶

Este doble aspecto señalado como característico de los derechos sociales para argumentar en contra de su justiciabilidad evidencia equívocos conceptuales examinados en el Capítulo 1. Según la imagen utilizada por la crítica, en el primer caso las exigencias sociales sólo podrían ser reguladas jurídicamente como directrices que establecen objetivos sociales que han de ser perseguidos como mera agregación de preferencias. He sostenido que los sistemas jurídicos pueden regular las exigencias sociales como derechos subjetivos, directrices o meras gracias.⁶²⁷

En el tipo de argumento avanzado por DAVIS, por ejemplo, no se estarían considerando a las exigencias sociales como derechos subjetivos garantizados, sino como meros intereses o preferencias. Si las exigencias sociales fuesen reguladas mediante directrices que encarnan simples intereses, sería correcto objetar que estos tendrían que ser balanceados junto con todos los restantes intereses en juego. En cambio, si las exigencias sociales están jurídicamente reguladas como derechos subjetivos en sentido estricto, qué intereses puedan resultar afectados cuando el órgano jurisdiccional adopta una decisión tendiente a su protección sería una consideración irrelevante. Por ejemplo, en aquellos ordenamientos jurídicos que establecen un

⁶²³ Cf. DAVIS 1992: 478. Véase también VIERDAG 1978: 69.

⁶²⁴ Cf. DAVIS 1992.

⁶²⁵ Véase, por ejemplo, CROSS 2000.

⁶²⁶ Véase, por ejemplo, DAVIS 1992.

⁶²⁷ Véase el Capítulo 1: punto 8.

procedimiento civil en materia de sucesiones los jueces desconocen, a la hora de declarar abierto el proceso sucesorio, las personas que podrían tener un derecho sobre los bienes dejados por el difunto. A los efectos de permitir su participación, se prevé como requisito procesal la obligación de la publicación del inicio del proceso sucesorio con el fin de llamar a los interesados, sean herederos o acreedores del causante.⁶²⁸ Estas previsiones se establecen para salvaguardar los derechos de terceros, y no meros intereses. Es decir, el proceso sucesorio no es ajeno al riesgo que una declaración judicial de herederos puede significar para quienes podrían tener un interés directo en los bienes pero que el juez desconoce, y por ello se establece una medida procesal que facilite su incorporación.

En el segundo caso, se concebiría a los derechos sociales como derechos colectivos a prestaciones positivas, y en tanto tales, se sostiene que exceden el campo de la acción judicial. Al respecto, he sostenido que las exigencias que encarnan los derechos sociales representan demandas de intereses individuales que son conceptualmente distintas de los intereses colectivos.⁶²⁹

Por lo demás, la crítica a la justiciabilidad de los derechos sociales por su naturaleza policéntrica pasaría por alto, una vez más, que el control judicial de constitucionalidad de derechos civiles y políticos, sin dudas, involucra la justiciabilidad de asuntos fuertemente policéntricos. FULLER reconoció que el policentrismo es una característica común presente en casi todo el Derecho y que, por lo tanto, aparecería en prácticamente todos los conflictos a ser resueltos por el poder judicial, por lo que su relevancia dependería del grado en que se presenta.⁶³⁰ Sostuvo que se trata de «una cuestión de saber cuándo los elementos policéntricos se han convertido en algo tan significativo y predominante que los propios límites de la justiciabilidad se han alcanzado».⁶³¹ Ahora bien, cómo distinguir el grado de policentrismo presente en asuntos sociales y económicos, del grado de policentrismo que exhibe el resto de los procedimientos sujetos al control de los jueces, los cuales muchas veces también involucran cuestiones sociales y económicas.

⁶²⁸ El artículo 683 del Código Procesal Civil argentino prevé la publicación de edictos por tres días y un plazo de 30 para comparecer y acreditar la legitimación.

⁶²⁹ Véase el Capítulo 1: punto 3.2.1.

⁶³⁰ FULLER: 1978: 403.

⁶³¹ FULLER 1978: 398-401.

Piénsese, por ejemplo, en el proceso judicial para determinar la condición de refugiados, o en el proceso judicial contra un individuo acusado de crímenes de lesa humanidad en otro país del juzgador. De acuerdo con KING, si bien en este tipo de casos también existiría un «déficit de competencia institucional», los tribunales a menudo estarían dispuestos «a examinar cuidadosamente los hechos, posiblemente introducir una interpretación forzada, o recurrir a un concepto con textura abierta como “equidad” o “razonabilidad” en un modo más exigente» en el contexto del control judicial.⁶³² En general, todas las cuestiones examinadas en procedimientos de control de constitucionalidad, y no sólo las socio-económicas, desatarían consecuencias de tipo policéntrico como las advertidas por FULLER ya que cada decisión judicial de un tribunal o una corte constitucional invariablemente tendrá un impacto amplio y afectará a una multitud de personas.

En este sentido, es interesante observar que FULLER concebía el procedimiento judicial según la tradición de su época.⁶³³ Para este autor, era posible individualizar ciertas funciones asignadas convenientemente al poder judicial y distinguirlas de otras que por su propia naturaleza serían ajenas a su control. Su concepción del poder judicial corresponde al tipo de procedimiento del derecho civil, caracterizado por la justicia correctiva que procura resolver conflictos de tipo bipolar entre individuos con intereses limitados, pero dejaría fuera los procedimientos de derecho público, incluido el derecho constitucional de las sociedades democráticas actuales. Por ello, la de FULLER no sería una imagen adecuada de la función judicial como es concebida en las democracias contemporáneas, y así lo han puesto de manifiesto varios autores.⁶³⁴

Por ejemplo, en un artículo que examina la omnipresencia de la policentricidad en el derecho, KING sugiere que el derecho está plagado de contraejemplos.⁶³⁵ Lo notable, según observa el autor, es que en muchos de ellos el problema del policentrismo no parece generar controversias respecto

⁶³² KING 2008: 123-124.

⁶³³ La versión inicial del ensayo de FULLER data de 1957, posteriormente revisada en varias ocasiones, según reseña su editor Kenneth WINSTON en FULLER: 1978: 353.

⁶³⁴ Véase STURM 1991: 1355-1446 donde también señala que los tribunales constitucionales deciden en cuestiones de naturaleza policéntrica de manera habitual, como cuando resuelven demandas de violación de derechos humanos. En el mismo sentido, CHAYES 1979: 1298.

⁶³⁵ Véase KING 2008.

de la función judicial. KING menciona, en particular, casos extraídos del derecho tributario inglés que mostrarían que el policentrismo es una característica omnipresente en las cuestiones tributarias, pero respecto de estas no se cuestionaría la competencia de los jueces. Para el autor, si bien el derecho tributario estaría plagado de policentrismo, allí el concepto no se discutiría porque los contribuyentes no admitirían la disminución de la intervención judicial dado que verían a los tribunales «como protegiéndolos contra el ejercicio de poder descontrolado y unilateral del gobierno, sea en la interpretación de una ley o en el ejercicio de la discreción administrativa».⁶³⁶ Sin embargo, observa KING, estas cuestiones tendrían un eco directo con la preocupación de FULLER sobre las consecuencias no previstas y la falta de participación de las partes interesadas, porque la interpretación judicial de las leyes sobre evasión de impuestos puede tener importantes ramificaciones para la hacienda pública, la exportación e importación de productos, y la operación de los mercados y de las compañías comerciales nacionales e internacionales, entre otros ámbitos.

Análisis como el de KING podrían ayudar a iluminar el modo en el que el concepto de policentrismo es invocado de manera selectiva. Pero sobretodo, siguiendo a este autor, serviría para mostrar que para justificar la limitación al control jurisdiccional debería refinarse antes el concepto de modo de volverlo consistente con el papel de este control en la práctica jurídica contemporánea.⁶³⁷

8.3. La ley de presupuesto como cuestión política no justiciable

Por último, una tercera forma que suele adoptar la objeción de la falta de competencia de los jueces para tratar con cuestiones de contenido económico y social y, por ende, para proteger los derechos sociales, se dirige a subrayar la incorrección de la justiciabilidad de la asignación de recursos estatales (o de la falta de asignación).

De acuerdo con ella, dado que los derechos sociales impondrían obligaciones sobre el Estado a proveer ciertas prestaciones costosas a sus ciudadanos de manera permanente, al constitucionalizar estos derechos, se habilitaría eventualmente a los jueces a intervenir en la decisión de la

⁶³⁶ KING 2008: 101.

⁶³⁷ Cf. KING 2008: 124. Véase también KING 2012: Capítulo 7 para una propuesta que refina la idea primitiva de “adjudicación” reformulándola como “principio de restricción judicial”.

asignación de recursos (concretamente, en la ley de presupuesto), función que les estaría vedada. Lo contrario, permitir a los jueces tener injerencia en el proceso de diseño del gasto público violaría el principio de separación de poderes característico del Estado de derecho.

En esta línea se sostiene que tratándose de “cuestiones políticas” por naturaleza, como serían las decisiones relativas al presupuesto nacional (*i.e.*, cómo éste ha de ser recaudado, invertido, gastado, etcétera), los jueces no deberían tener competencia en la materia. Por lo tanto, si se aceptara el establecimiento de derechos subjetivos sociales y su exigibilidad judicial a través del control robusto de constitucionalidad, significaría que importantes decisiones se sustraerían al proceso legislativo de decisión política con la consecuente merma en el procedimiento democrático.⁶³⁸ En consecuencia, la crítica asume que las decisiones relativas a los recursos estatales, esto es, las decisiones financieras de tipo presupuestarias, son cuestiones políticas no justiciables. De este modo se hace alusión a un tipo de doctrina elaborada con cierto éxito por la dogmática administrativa que en varios países se ha vuelto tradicional y establecida.⁶³⁹ De acuerdo con esta posición común, no es posible el control judicial de ciertas decisiones institucionales puesto que realizar ese control importaría rechazar el principio de división de poderes. La decisión presupuestaria se caracterizaría así por ser un producto de una relación institucional entre los poderes ejecutivo y legislativo, que tendría por objetivo posibilitar el funcionamiento esencial del Estado y que, en tal carácter, no sería susceptible de agraviar a los particulares (en consecuencia, no habría sujeto legitimado), por lo que estaría exenta de su consideración judicial.

Por ejemplo, según Frank CROSS, esta tarea significaría una intromisión inadmisibles en la esfera privativa de los poderes legislativo y ejecutivo, excediendo la competencia asignada al poder judicial en un Estado de derecho.⁶⁴⁰ Por su parte, Francisco RUBIO sostiene que por más deseable que

⁶³⁸ Véase, por ejemplo, WALZER 1981: 391-392.

⁶³⁹ Por ejemplo, en el derecho administrativo argentino se conoce como “la doctrina del acto institucional”, según la cual los actos institucionales serían «actos administrativos, de conducción política, caracterizados por: a) ser esenciales para la subsistencia de las instituciones fundamentales de la organización constitucional, y b) carecer de efectos jurídicos inmediatos sobre terceros administrados» (CORTI 2007: 753). Véase un excepcional análisis de las complejidades administrativas del derecho constitucional presupuestario argentino y la protección de los derechos fundamentales en CORTI 2007.

⁶⁴⁰ Cf. CROSS 2000: 905-920.

sea el fin representado por los derechos sociales, la cuestión no está ahí, sino en «la idoneidad de los medios utilizados para conseguirlo».⁶⁴¹ La proclamación de los derechos sociales a bienes y servicios no mejoraría en absoluto la situación de los individuos pobres porque, según RUBIO, se remita o no a la ley, esa declaración deja la creación real de tales derechos en manos del legislador, cuya acción (u omisión) «no puede ser controlada eficazmente por el juez en tanto depende de decisiones políticas (fundamentalmente la de cuál sea la suma de recursos que el Estado ha de detraer de la sociedad y cómo ha de distribuirse tal suma entre las distintas finalidades sociales), que el juez ha de respetar».⁶⁴² Por ello, para este autor, «la juridificación de la política tiene, en lo que no sea puramente orgánico o procedimental, limitaciones intrínsecas que la convierten en mera apariencia cuando se intenta dar forma jurídica a relaciones que no pueden ser sometidas a control judicial».⁶⁴³ De manera similar, Michael WALZER argumenta en contra de la protección judicial de los derechos sociales porque permitir tal intervención ampliaría indebidamente sus esferas de conocimiento, y paralelamente disminuiría los espacios correspondientes al legislador.⁶⁴⁴

Posiciones como las formuladas por CROSS, RUBIO y WALZER, entre otros teóricos, asumen indebidamente que sólo la protección de los derechos sociales tiene efectos en el presupuesto nacional, mientras que la protección judicial de los demás derechos no. En el Capítulo 1 he mostrado que es conceptualmente incorrecto distinguir los derechos civiles y políticos de los derechos sociales con base en el criterio de los costes que cada conjunto de derechos requeriría para su protección jurídica, así como tampoco sería correcto afirmar sin mayores especificaciones que siempre la protección de los derechos sociales sería más costosa.⁶⁴⁵

El presupuestario es uno de los aspectos que habitualmente los jueces consideran al tratar con los problemas que les llegan a conocimiento.⁶⁴⁶ La perspectiva que lo niega parece olvidar que el Estado es sujeto de demanda ante la justicia y, en su calidad de tal, puede ser ordenada su ejecutabilidad

⁶⁴¹ RUBIO 1997: XV.

⁶⁴² RUBIO 1997: XV.

⁶⁴³ RUBIO 1997: XVI. Énfasis agregado.

⁶⁴⁴ Cf. WALZER 1981: 391-392.

⁶⁴⁵ Véase el Capítulo 1: punto 5.

⁶⁴⁶ Véase GARGARELLA 1996; TUSHNET 2008: 233-234; GROSSMAN 2008.

(por responsabilidad patrimonial del Estado). La misma situación se presenta en todo conflicto que pueda concluir con una condena del Estado como, por ejemplo, en un juicio expropiatorio. Si el Estado es condenado, sin duda la sentencia judicial importará la asignación de recursos del presupuesto nacional.⁶⁴⁷ Negar la competencia de los jueces para controlar la asignación presupuestaria vaciaría la institución judicial respecto de la protección de *todos* los derechos constitucionales. Una vez más, desde esta objeción dirigida a los derechos sociales se pasaría por alto que el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos tiene también una dimensión presupuestaria indudable. Si se considera que la intervención de los jueces en la protección de derechos constitucionales representa una indebida violación del principio de separación de deberes, debería dirigirse esta objeción al control robusto de constitucionalidad de todos los derechos.

Además, se da por sentado que si las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales no especifican nunca los deberes que se correlacionan, estos siempre serán diseñados por el poder judicial. Tampoco esto tiene necesariamente que ser así. El control judicial de la satisfacción de los derechos sociales no tiene por qué interpretarse como la sustitución de las tareas que corresponden al legislador. En un Estado de derecho todas las decisiones, en mayor o menor medida, según sus características y el específico régimen constitucional de cada ordenamiento jurídico, son susceptibles de ser objeto del control judicial de constitucionalidad. Otra cosa diferente es afirmar que lo que queda fuera del control judicial son ciertos aspectos de la decisión presupuestaria (por ejemplo, la oportunidad, el mérito y la conveniencia), que nadie disputaría.⁶⁴⁸

Por último, esta objeción pareciera asumir que a través de la ley presupuestaria no es posible alterar el ejercicio de los derechos fundamentales en general, y de los sociales en particular.⁶⁴⁹ Pero si la decisión del presupuesto público afectara tales derechos entonces perdería parte de su carácter hermético e inofensivo, y podría justificadamente ser susceptible de

⁶⁴⁷ La protección institucional de los derechos de propiedad, los derivados de los contratos, y el derecho de daños, no es gratuita. Véase SUNSTEIN y HOLMES 1999.

⁶⁴⁸ Cf. CORTI 2007: 761.

⁶⁴⁹ Véase CORTI 2007: Capítulo XVII para quien en los Estados de derecho democráticos contemporáneos la actividad financiera pública estaría vinculada de modo nuclear al ejercicio de los derechos fundamentales. Véanse también GARGARELLA 1996; SUNSTEIN y HOLMES 1999; TUSHNET 2008: 233-234.

control judicial. Y tal extremo podría ocurrir si con esta decisión, al reglamentar el ejercicio de los derechos, por ejemplo, no se contemplaran los recursos necesarios para el ejercicio efectivo (o se lo hiciera de manera insuficiente), tornando ineficaces los derechos establecidos en la constitución. En este supuesto, deberían darse razones adicionales para sostener que la decisión sobre el gasto público no debería estar sujeta al conocimiento judicial.

9. La falta de legitimidad mayoritaria del poder judicial

La denominada “objeción contramayoritaria” se dirige a cuestionar la falta de legitimidad mayoritaria de los jueces constitucionales para invalidar, con efectos inmediatos (o con carácter de última palabra), decisiones adoptadas por mayoría de los legisladores.⁶⁵⁰ Así, se afirma que dejar librado al poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes o actos de la administración importaría sujetarse a la decisión de órganos que no son representativos ni políticamente responsables, esto es, que sean los jueces quienes tomen decisiones sobre el alcance y contenido de derechos constitucionales.

La crítica mayoritaria al control robusto de constitucionalidad, de acuerdo con FERRERES, surgiría frente a la conjunción de tres elementos: la diferencia en el grado de legitimidad representativa de los jueces en comparación con los legisladores, la falta de determinación de las disposiciones constitucionales y la rigidez de las constituciones.⁶⁵¹ Siguiendo a este autor, se señala, por un lado, la menor legitimidad de origen de los jueces constitucionales en relación con los miembros electos para la

⁶⁵⁰ Como es habitual notar, la literatura académica sobre el control de constitucionalidad es enorme, tanto de parte de quienes presentan argumentos a favor como en contra. BICKEL 1962: 16-18 caracterizó célebremente este problema como “la dificultad contramayoritaria” y se suele adoptar como punto de partida de la discusión nacida en el ámbito anglosajón, posteriormente extendida al ámbito hispanoamericano. En la literatura académica actual, entre otros y sin ánimo exhaustivo, véanse NINO 1992, 1997; WALDRON 1998, 2005b, 2006a; DWORKIN 1996; GARGARELLA 1996, 1997, 2000; FERRERES 1997, 2000, 2004, 2009; MORESO 1997, 2000b, 2009; RAZ 1998; 2003; BAYÓN 2000a, 2004; FABRE 2000b, 2000c; LIEBENBERG 2001; MOORE 2002; SADURSKI 2002; FRIEDMAN 2002; SPECTOR 2003; KRAMER 2004; HIRSCHL 2004; DOMINGO 2004; TUSHNET 2004a, 2008, 2009; LENTA 2004a; PIETERSE 2004; EYLON y HAREL 2006; BELLAMY 2007, 2012; BILCHITZ 2008; HILBINIK 2008; FALLON 2008; LINARES 2008; KLEIN 2008; GONZÁLEZ BERTOMEU 2011; KING 2012.

⁶⁵¹ Cf. FERRERES 1997: 42-46.

representación de la ciudadanía en la legislatura. Por el otro lado, se destaca el carácter abstracto e indeterminado de los términos con los que se formulan las disposiciones en las cartas de derechos. Esto haría especialmente discrecional la tarea de interpretación constitucional realizada por los jueces, quienes serían los que establecerían el significado último de los términos comprendidos en las disposiciones constitucionales. Finalmente, el cuadro se completa con la dificultad que encontraría la mayoría legislativa para contrarrestar el juicio adverso mediante la reforma del texto dado el grado de rigidez presente en este modelo constitucional. La consecuencia de la unión de estos tres factores desencadenaría que el control robusto de constitucionalidad tendría un efecto contramayoritario específico.⁶⁵²

En los últimos años Jeremy WALDRON se ha opuesto de manera general al mecanismo del control robusto de constitucionalidad para proteger derechos fundamentales desde una posición de defensa de la legitimidad democrática de la asamblea representativa.⁶⁵³ Más recientemente, ha precisado su posición procurando identificar un «argumento nuclear contra el control judicial», con independencia de sus manifestaciones históricas en un país determinado y de los problemas sobre los efectos de las decisiones en los casos particulares.⁶⁵⁴ El objetivo de WALDRON se dirige únicamente contra el control robusto de constitucionalidad de las leyes promulgadas por la legislatura electa en una comunidad.⁶⁵⁵ Esto es, para el autor, sistemas en los que un tribunal judicial tiene «la autoridad para rechazar la aplicación de una ley en un caso particular [...] o para modificar los efectos de una ley para hacer su aplicación conforme con los derechos individuales (en una manera en que la propia ley no prevé)».⁶⁵⁶ WALDRON caracteriza el control de constitucionalidad de la ley como *robusto* cuando las decisiones judiciales

⁶⁵² Cf. BAYÓN 2004: 73.

⁶⁵³ Véase WALDRON 2005a: 10-17, 211-312. Véase también WALDRON 1993a; 1998.

⁶⁵⁴ WALDRON 2006a. Según este autor, «lo que se necesita es alguna comprensión general, no contaminada por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad» (WALDRON 2006a: 1352). No obstante, el autor aclara que su argumento en contra del control judicial no es incondicional sino que está sujeto a ciertos rasgos institucionales y políticos que atribuye a las democracias liberales modernas (cf. WALDRON 2006a: 1353).

⁶⁵⁵ Cf. WALDRON 2006a: 1354.

⁶⁵⁶ WALDRON 2006a: 1354.

relativas a la conformidad o no de una ley con las cláusulas constitucionales «tienen efectos jurídicos inmediatos».⁶⁵⁷

El autor se propone identificar, entonces, los “casos centrales” en los que la objeción al control de constitucionalidad es completamente aplicable, y distinguirlos de otros casos, los “casos no centrales” (*non-core cases*) o periféricos, en los que «el control judicial podría considerarse apropiado como una disposición anómala para tratar con patologías especiales».⁶⁵⁸ Su argumento contra el control de constitucionalidad entonces es condicional a la existencia de las siguientes cuatro presunciones en una sociedad democrática contemporánea:⁶⁵⁹

- 1) hay instituciones democráticas que funcionan razonablemente bien, respetando los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, plasmados a través de una legislatura representativa, elecciones políticas periódicas, y mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad;
- 2) hay instituciones judiciales, políticamente independientes, que también funcionan bien de manera razonable, y cuya finalidad es resolver los conflictos individuales aplicando el derecho, y autorizadas a controlar la legalidad y la constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo, en las que sus miembros no son ni democráticamente elegidos, ni políticamente responsables por sus decisiones;
- 3) la mayoría de la sociedad está fuerte y seriamente comprometida con la idea del respeto a los derechos humanos individuales y de las minorías y, con esa finalidad, se ha dotado de una carta o declaración de derechos, dejando claro que existe una distinción tanto a nivel cultural como institucional entre asumir un compromiso fuerte con los derechos y la necesidad de que tal consenso se vea protegido por algún mecanismo institucional específico; y por último,
- 4) existen desacuerdos sustantivos sinceros y razonables sobre el contenido y alcance de los derechos, incluso respecto del propio núcleo de cada uno, que involucran cuestiones de filosofía política y moral con consecuencias fundamentales en la vida de mucha gente. Este es un punto crucial en la

⁶⁵⁷ WALDRON 2006a: 1354-1357. Véase TUSHNET 2010: 65.

⁶⁵⁸ WALDRON 2006a: 1359.

⁶⁵⁹ Cf. WALDRON 2006a: 1359-1369.

caracterización de WALDRON que tiene particular vinculación con la condición enunciada en tercer lugar. El hecho de que la mayoría de las personas estén comprometidas con el respeto a los derechos fundamentales no impide que surjan conflictos sobre qué significa en realidad estar comprometidos con los derechos y qué se deriva de tal compromiso.

En sociedades con estas características, argumenta WALDRON, donde existe un compromiso con los derechos pero se discrepa sobre los mismos y, a la vez, es necesario llegar a un consenso que facilite la acción colectiva, el foro legislativo es el apropiado para tomar tales decisiones con carácter dispositivo. La legitimidad de un procedimiento de decisiones sería según WALDRON la respuesta al problema de los desacuerdos morales y políticos, y no la justificación por lo méritos de ciertas decisiones que determinado procedimiento pueda arrojar.⁶⁶⁰ No obstante la importancia de las razones referidas a la consecución de los mejores resultados, estas no lograrían según WALDRON volcar la balanza a favor del control judicial sino que, en el mejor de los casos, equilibrarían las posiciones de ambas instituciones.⁶⁶¹

En cambio, las razones que sostienen el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones, dice el autor, «operan principalmente en descrédito del control judicial mientras dejan indemne la toma de decisiones legislativa».⁶⁶² Permitir que los tribunales judiciales examinen las cuestiones controvertidas sobre derechos y controlen la constitucionalidad de las decisiones que al respecto la legislatura adopta, dotando de efectos inmediatos a sus resoluciones, significaría para WALDRON una grave afectación a los requisitos de la legitimidad política en tanto que importantes valores políticos estarían en juego. Porque, continúa WALDRON, «privilegiar el voto de la mayoría entre un pequeño número de jueces no electos y no responsables, priva del derecho de representación a los ciudadanos ordinarios

⁶⁶⁰ Cf. WALDRON 2006a: 1371.

⁶⁶¹ Cf. WALDRON 2006a: 1386, 1393. Como razones orientadas a los resultados a favor del control judicial de constitucionalidad, WALDRON 2006a menciona y critica el argumento de que los jueces están mejor preparados para tratar y resolver los casos particulares con trascendencia moral; el argumento de que una carta de derechos requiere que los jueces resuelvan los conflictos que se presentan entre formulaciones abstractas de derechos; y el argumento de que dado que los jueces están obligados a fundamentar sus sentencias ofrecen razones para sus decisiones (véase WALDRON 2006a: 1376-1386).

⁶⁶² WALDRON 2006a: 1375.

y desdeña principios apreciados de representación e igualdad política en la resolución final de las cuestiones sobre derechos». ⁶⁶³

Si consideramos entonces el argumento waldroniano respecto de los derechos sociales constitucionales, no se justificaría en absoluto reducir, ni siquiera mínimamente, la esfera de toma de decisiones por mayoría en una sociedad democrática con las características mencionadas para proteger a través de un mecanismo judicial con carácter último las exigencias de justicia social encarnadas en los derechos sociales. Para esta línea de crítica mayoritaria, el control de constitucionalidad de las leyes sobre derechos sociales sería ilegítimo desde el punto de vista representativo, por lo que no se justificaría como cuestión de principio.

Es interesante observar que la discusión filosófica sobre esta dificultad contramayoritaria se ha refinado lo suficiente en la última década como para circunscribir el ámbito en el que despliega su complejidad. En efecto, la objeción contramayoritaria se dirige específicamente al *modelo robusto de protección constitucional* de las leyes. Esto significa que están excluidos de su alcance los diseños constitucionales débiles de protección de derechos. ⁶⁶⁴ O dicho en otros términos, la objeción de legitimidad contra los sistemas constitucionales en los que las decisiones judiciales del órgano de control no tuvieran efectos inmediatos, o carácter de última palabra, se debilitaría. Ahora bien, si este no es el caso, se afirma que todavía podría disolverse la mencionada dificultad si las mayorías legislativas estuvieran facultadas para modificar las cláusulas sobre derechos constitucionales mediante simple mayoría (como en las constituciones flexibles). ⁶⁶⁵ A medida que se fortalecen las piezas de la rigidez y el carácter de la decisión judicial, las variantes

⁶⁶³ WALDRON 2006a: 1353.

⁶⁶⁴ Véase BAYÓN 1998, 2004, 2011; WALDRON 2006a; TUSHNET 2008. En su momento se debatió ampliamente la primigenia posición de WALDRON 1993a en contra de la adopción de una carta de derechos fundamentales. WALDRON afirmaba que una carta de derechos menoscabaría la legitimidad democrática porque destruiría la participación democrática (cf. WALDRON 1993a: 46). En la misma línea, ALLAN 1996: 337, 345-351, 2006. En contra de esa posición, por ejemplo, véase FABRE 2000a, 2000c: 128-144. Véase un análisis de las objeciones democráticas tradicionalmente elevadas contra el problema del atrincheramiento constitucional de derechos en constituciones rígidas en MARTÍ 2006: 288-293; LINARES 2008: 47-56. En la actualidad WALDRON 2006a ya no sostiene que un régimen político que adopta una carta de derechos es menos democrático que uno que no lo hace.

⁶⁶⁵ Véase, por ejemplo FERRERES 1997.

institucionales resultantes estarían afectadas con “mayor intensidad” por la objeción contramayoritaria.⁶⁶⁶

Dado que en la mayoría de casos en que se argumenta a favor de los derechos sociales se sostiene que estos deberían incluirse en una constitución rígida que además incluya un mecanismo robusto de control de constitucionalidad de las leyes (modelo robusto de protección), quienes adoptan esta posición deberían dar cuenta entonces de esta crítica que apunta a un grave déficit de legitimidad. A juicio de Roberto GARGARELLA, por ejemplo, si se concibe a la democracia «como un sistema que promueve [...] la discusión pública, entonces contamos con buenas razones para limitar, aunque no anular, el rol de los jueces en el control de constitucionalidad».⁶⁶⁷ En una sociedad democrática la carga de la prueba, concluye el autor, la llevaría quien pretende limitar el debate público.

Los defensores de los derechos sociales constitucionales desde las exigencias de la justicia confían en que son los jueces quienes están en mejor posición para tomar decisiones que resguarden los derechos sociales.⁶⁶⁸ Así, para quienes favorecen los derechos sociales garantizados en una constitución, las exigencias de justicia tienen una relevancia tal que justificaría protegerlas contra su posible violación por parte de los demás órganos del gobierno (sea el ejecutivo o la mayoría de la legislatura), con independencia de que ello pueda significar un coste en la legitimidad mayoritaria.⁶⁶⁹ Precisamente, según esta posición, es porque se desconfía de la natural tendencia al menoscabo, o a una actitud de indiferencia, de los representantes electos respecto de los derechos sociales de los individuos menos favorecidos de la

⁶⁶⁶ Véase LINARES 2008: Capítulo VI sobre la intensidad de la dificultad contramayoritaria.

⁶⁶⁷ GARGARELLA 2000: 61.

⁶⁶⁸ Es interesante observar que, en general, a los teóricos de la justicia que defienden la protección robusta de los derechos sociales constitucionales no les preocupa demasiado esta objeción dirigida a la falta de legitimidad mayoritaria del control judicial, en tanto que consideran que la legitimidad procedimental está subordinada a las exigencias de la justicia. Véanse, entre otros, VAN PARIJS 1995; FABRE 2000c: 150; BILCHITZ 2008: 102-103; SEPÚLVEDA 2008; FREDMAN 2009; MANTOUVALOU 2011.

⁶⁶⁹ Véanse FABRE 2000c: 145; MOORE 2002: 221. En el mismo sentido, BILCHITZ 2008 afirma que «reconocer que hay alguna pérdida [democrática] no implica que el control judicial es “no democrático” ni que está injustificado moralmente» (BILCHITZ 2008: 108).

sociedad, que el control constitucional se justificaría.⁶⁷⁰ Por ejemplo, Cris CHRISTIANSEN sostiene que dicho control sería una herramienta institucional necesaria para «remediar la injusticia social y la desigualdad económica», e impedir que la tiranía de la mayoría continúe negando o disminuyendo los derechos sociales fundamentales de quienes se encuentran en una situación de pobreza y desigualdad desventajosa.⁶⁷¹

Sin embargo, para quienes parten de las exigencias de la legitimidad procedimental y en la línea del argumento waldroniano rechazan el control de constitucionalidad, no habría argumentos que válidamente se pudieran esgrimir para inclinar la balanza del lado de justificar la autorización al órgano de control para tomar decisiones sobre derechos sociales con autoridad final. En especial, no sería un argumento válido que estos se reivindicaran como requisitos de la justicia social que deberían guiar el comportamiento de todos los individuos de la sociedad. En otras palabras, si se asume el razonamiento presentado para una sociedad que satisface las cuatro condiciones establecidas, el argumento waldroniano en contra de la revisión judicial parecería decisivo para rechazar la defensa de los derechos sociales constitucionales como exigencias de la justicia social, en tanto que cuál sea su contenido en una sociedad democrática caería dentro de la asunción cuarta referida, la existencia de los desacuerdos persistentes y razonables. Como consecuencia, su conocimiento quedaría excluido del control robusto de constitucionalidad.

Tampoco funcionaría la apelación a condiciones ideales de funcionamiento de las instituciones para justificar la intervención robusta del control jurisdiccional. Se sostiene que bajo condiciones ideales de funcionamiento tanto del órgano legislativo como del órgano jurisdiccional de control no habría razones para desconfiar que en el seno del legislativo no se respetarán los derechos individuales de todos pero, en cambio, confiar que el órgano de control los protegerá óptimamente.⁶⁷² Además, los desacuerdos razonables sobre los principios de justicia social que deberían guiar las acciones colectivas de la sociedad existirían tanto entre los miembros del cuerpo

⁶⁷⁰ Véanse, entre otros, FISS 1979: 12-13; RAZ 1998: 45, 52; MOORE 2002: 211; SPECTOR 2003: 295-304. Véase EYLON y HAREL 2006: 994, para una justificación del control judicial en tanto “guardián” (*watchdog*) del procedimiento de participación democrática.

⁶⁷¹ CHRISTIANSEN 2008. Véase, por ejemplo, ORUNESU 2012: 159-206 sobre diversas respuestas generales a la objeción contramayoritaria.

⁶⁷² Cf. BAYÓN 2004; WALDRON 2006a.

político como entre los miembros del órgano jurisdiccional de control. Para los partidarios de la democracia, no se habría demostrado de manera concluyente y *a priori* por qué serían los miembros de este último quienes estarían en mejor posición para zanjar esos desacuerdos.⁶⁷³

Sin embargo, otras consideraciones requieren ser tenidas en cuenta para evaluar qué tan seria es la objeción y cuál es su real alcance. Llegados a este punto es necesario examinar con mayor detenimiento la teoría de la democracia que está presupuesta en las diversas posiciones, a favor y en contra de la objeción contramayoritaria dirigida al control de constitucionalidad, para poder calibrar el alcance preciso de esta dificultad. Por ello, me ocuparé en el siguiente Capítulo 4 de las principales concepciones de la democracia y, una vez aclaradas las posiciones, retomaré en el Capítulo 5 la discusión en torno a la justificación del control de constitucionalidad de los derechos sociales.

10. Conclusión

En este capítulo he introducido en primer lugar el problema de los desacuerdos como un hecho persistente en las sociedades contemporáneas. Su consideración es un punto clave que atraviesa la fundamentación normativa de los derechos sociales. Sea que se quiera justificar su establecimiento, o negarlo, como parte de lo que exige la justicia social en una sociedad, tomarse en serio los puntos de vista de las personas exige dar cuenta de la diversidad de puntos de vista y el problema de los desacuerdos.

En segundo lugar, a partir del examen de tres teorías distintas acerca de lo que exige la justicia social respecto de los derechos sociales: la teoría de las necesidades básicas, la tesis de un mínimo social como requisito del principio de las libertades rawlsiano y la noción de los recursos adecuados para llevar una vida mínimamente decente, he concluido que la estrategia de defensa de los derechos sociales como exigencias de la justicia social es problemática. Desde estos enfoques no parece suministrarse un criterio preciso satisfactorio para determinar el alcance de los derechos sociales. Cuando se pretende resolver la indeterminación acerca de qué extensión de bienes y recursos sociales son necesarios para satisfacer los derechos sociales, se introduce el problema de los desacuerdos entre diversos puntos de vista

⁶⁷³ Véanse, entre otros, GARGARELLA 2000: 61; BAYÓN 2004; WALDRON 2006a.

acerca de qué es justo imponer como cargas y beneficios socioeconómicos en una sociedad.

Y en tercer lugar, desde que la promoción de los derechos sociales como de máxima prioridad moral suele complementarse con un argumento a favor de la garantía de estos mediante un modelo robusto de protección constitucional la dificultad introducida sobre los desacuerdos cobra mayor intensidad. Porque desde tales posiciones se estaría asumiendo que es posible identificar el contenido de los derechos sociales según algún criterio externo que puede ser reconocido con cierta objetividad de manera de retirar la decisión a su respecto del debate político ordinario. Ello significaría la justificación del atrincheramiento de una particular concepción de la justicia que debería ser protegida contra decisiones legislativas que la puedan contravenir. He sostenido que esta estrategia es vulnerable fundamentalmente a la objeción contramayoritaria. Esta crítica al control judicial de constitucionalidad de los derechos sociales como exigencias de justicia reflejaría que hay una tensión entre lo que requiere la justicia social y lo que demanda la legitimidad de un procedimiento de toma de decisiones en las sociedades democráticas. Dado que desde las teorías de la justicia no se da cuenta de manera satisfactoria del problema de los desacuerdos y ello amenaza la plausibilidad de la justificación de los derechos sociales, examinaré en los siguientes capítulos un argumento democrático como una vía alternativa de justificación del establecimiento y protección de los derechos sociales que a la vez tome en serio la diversidad de puntos de vista de los miembros en sociedad.

CAPÍTULO 4

EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS Y DISEÑO INSTITUCIONAL

1. Introducción

De manera habitual, la defensa de la posibilidad de los derechos sociales o de su negación ha sido justificada por *los teóricos de la justicia* como exigencias desde «lo que nos debemos unos a otros».⁶⁷⁴ Según este enfoque, el órgano legislativo en una democracia tiene autoridad legítima si adopta decisiones políticas justas y las decisiones políticas son consideradas justas si reconocen ciertos derechos sociales, o si no los reconocen, según sea el caso.⁶⁷⁵ En cambio, *los teóricos de la democracia* por lo general atienden fundamentalmente a las exigencias procedimentales para que un régimen político sea considerado legítimo. Es decir, hacen hincapié en la cuestión del valor intrínseco del procedimiento: cuáles son las características que debe tener un procedimiento de toma de decisiones colectivas para asignarle autoridad política justificada.⁶⁷⁶

Desde este otro enfoque, las decisiones políticas sobre lo que nos debemos unos a otros en sociedad deben ser alcanzadas siguiendo un procedimiento legítimo de toma de decisiones y un procedimiento de toma de

⁶⁷⁴ La frase corresponde a SCANLON 1998.

⁶⁷⁵ Véase por ejemplo la referencia a las concepciones libertarias en el Capítulo 3.

⁶⁷⁶ Véanse, entre otros, WALDRON 2005a, 2006a; BELLAMY 2007. Sobre la distinción entre las cuestiones relativas a la autoridad (quién debe decidir), la legitimidad procesal (cómo se debe decidir) y la justicia (cuál debe ser el contenido de las decisiones colectivas), véase BAYÓN 2004: 11. También sostienen esta distinción con ciertas diferencias en la presentación, entre otros, CHRISTIANO 1996: 1-2; MARTÍ 2005: 261; ESTLUND 2008: 2

decisiones es legítimo cuando posibilita la participación política de todos con relativa independencia de la justicia del contenido de las decisiones que se adopten.

Los problemas que plantea la estrategia clásica de justificación de los derechos sociales desde lo que exige la justicia social me ha llevado a pensar la cuestión de la fundamentación de los derechos sociales y su protección institucional como demandas de la legitimidad procedimental. El objetivo de este capítulo, por consiguiente, es analizar respecto de la defensa de los derechos cuál es el rendimiento justificativo de una posición que parte de la legitimidad de un procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas. En concreto, intentaré mostrar que una concepción procedimental de la democracia que incorpora *la tesis de las precondiciones de la participación política* podría entenderse como una posición plausible que toma en serio el problema de los desacuerdos sobre derechos.

Para ello, en el punto 2 introduciré la perspectiva de justificación de los derechos como exigencias de la democracia y la consideración común de que el reconocimiento y protección de aquellos impone ciertas restricciones al procedimiento democrático de toma de decisiones. A pesar de esta aproximación compartida por los teóricos, se postulan diferentes concepciones de la democracia y de lo que ésta exige, así como también se justifican distintos diseños institucionales para su protección. Analizaré tres concepciones de la democracia extensamente discutidas en filosofía política contemporánea: en el punto 3 me ocuparé de la concepción *instrumental* defendida por Ronald DWORKIN; en el punto 4 examinaré la concepción *moderada* de los límites a la autoridad democrática defendida por Thomas CHRISTIANO; y en el punto 5 analizaré la concepción *procedimental* defendida por Jeremy WALDRON.

A partir de esta propuesta, y luego de examinar en el punto 6 la noción de participación política *efectiva* presupuesta, intentaré mostrar en el punto 7 las razones para adoptar una concepción procedimental de la democracia complementada con la tesis de las precondiciones del procedimiento democrático. En el punto 8 introduciré la lógica de las precondiciones en el argumento central defendido por WALDRON contra el control judicial robusto en las sociedades que funcionan razonablemente bien para intentar mostrar que tal argumento central no funciona como objeción de principio contra dicho mecanismo de tutela judicial. Concluiré que el reconocimiento del valor de la legitimidad del procedimiento de decisiones que posibilita la

participación política efectiva requiere tomarnos en serio la protección de esas precondiciones. Esta concepción de la democracia servirá como marco teórico-normativo en el cual introduciré, en el siguiente capítulo, mi propuesta de justificación de los derechos sociales y su protección como demandas de la legitimidad democrática.

2. Democracia y exigencias de protección de los derechos

Con el propósito común de posibilitar la convivencia entre las personas a través de la coordinación y la cooperación social, las sociedades se organizan de distintas maneras mediante sistemas de reglas. Estas reglas son obligatorias, dado que requieren que las personas se comporten de acuerdo con ellas o, de lo contrario, se les imponen de modo coactivo. En este sentido tales reglas limitan o condicionan las vidas de las personas.⁶⁷⁷ En cuanto las reglas se aplican coercitivamente a todas ellas, se tornan vitales las siguientes cuestiones: quién debe elegir los términos de asociación, *i.e.*, la cuestión de la *autoridad* para dictar las reglas; cómo se deben adoptar las decisiones colectivas, *i.e.*, la cuestión de la *legitimidad* del procedimiento de toma de decisiones; y qué tan bien debe estar organizada esa sociedad, *i.e.*, la cuestión de la *justicia* de las decisiones adoptadas.⁶⁷⁸

Estas tres cuestiones están conectadas cuando pensamos qué es la democracia en las sociedades contemporáneas. Casi todas las personas comparten la creencia de que la democracia es el mejor sistema de organización política. En este sentido, se acuerda en que la democracia, en una noción mínima, *es un procedimiento de toma de decisiones políticas colectivas en el que ninguno de los miembros de la comunidad política debe estar excluido de participar.*⁶⁷⁹ De allí que se entiende que el *pueblo*, o su órgano representativo, está embestido de la autoridad para adoptar tales decisiones, lo cual representaría el ideal del autogobierno. Asimismo, se interpreta que la idea de participación de todos los miembros de la comunidad política, en forma directa o por medio de sus representantes,

⁶⁷⁷ Véase, por todos, HART 1998: 8-13.

⁶⁷⁸ Véanse, entre otros, CHRISTIANO 1996: 1-2; BAYÓN 2004; MARTÍ 2005: 261; ESTLUND 2008: 2.

⁶⁷⁹ Esto último es usualmente expresado con la noción de igualdad política formal a través del principio “una persona un voto”. Sin embargo, la formulación del principio “una persona un voto” es compatible con regímenes políticos en los que se excluye del electorado a los esclavos, las mujeres, o los que carecen de propiedad, entre otros. Cf. ELSTER 1988: 1.

significa una razón para aceptar la autoridad de la asamblea democrática y la legitimidad de las decisiones que ésta adopte.

Del mismo modo, se comparte un rechazo profundo de otras formas de organización política como las del absolutismo o de la oligarquía en las cuales una persona o un grupo se erigen como autoridad para establecer los términos de organización política, sin que el resto de las personas tenga la oportunidad de participar.⁶⁸⁰

No obstante esa creencia mínima compartida respecto de las razones para adoptar una democracia como respuesta a las cuestiones de la *autoridad* política, de la *legitimidad* del procedimiento de toma de decisiones y de la *justicia* del contenido de aquellas, se patrocinan diferentes y, muchas veces rivales, concepciones de la democracia.⁶⁸¹ Así, la democracia representará diversas cosas con relación a cómo ejercer esa autoridad, respecto de qué ámbitos, y si se justifican otras fuentes de autoridad además de la emanada del pueblo o del órgano que lo representa para controlar las decisiones que éste adopta.

Tradicionalmente, se han ofrecido dos tipos de estrategias argumentativas significativamente distintas para justificar la superioridad de la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas.⁶⁸² Por un lado, se afirma que la democracia tiene valor *instrumental*, en tanto que mediante el procedimiento democrático se tiende a elegir con mayor probabilidad algún resultado que se considera valioso o correcto (por ejemplo, los mejores términos de asociación para el cuerpo político, la preservación de la paz social o el aseguramiento de una distribución social y económica justa). Por el otro lado, se sostiene que la democracia se justifica *intrínsecamente*, porque personifica uno o más valores políticos preferentes (por ejemplo, la libertad, la autonomía, o la igualdad política o moral), sobre los que se fundamenta, con independencia del valor de los resultados que se obtengan. Mientras que en el primer supuesto se dispondría de criterios independientes del procedimiento democrático para evaluar las decisiones que se adoptan mediante aquél, en el segundo supuesto se dispondría de criterios para

⁶⁸⁰ Véase CHRISTIANO 1996.

⁶⁸¹ Véase, por ejemplo, LAFONT 2003.

⁶⁸² Cf. CHRISTIANO 1996, 2008; véase también BAYÓN 2004: 32-33, quien señala la distinción entre la justificación exclusiva del valor instrumental de un procedimiento para la toma de decisiones colectivas, y la justificación dependiente de un balance entre el valor instrumental y el valor intrínseco (con cita de BEITZ 1989: 47-48 respecto de la segunda).

evaluar el propio procedimiento democrático que serían independientes de la bondad o corrección de los resultados que se adopten.

Es habitual también la afirmación de que el aseguramiento de esos valores, sea que justifiquen el procedimiento democrático en sí mismo o como medio para la obtención de resultados valiosos, requieren el respeto de ciertos derechos individuales (si bien no hay acuerdo sobre cuáles son esos derechos ni sobre su extensión). Como consecuencia, para muchos teóricos el establecimiento y protección constitucional de derechos fundamentales sería un mecanismo institucional necesario para la realización de los valores que fundamentan la democracia.⁶⁸³

Sin embargo, el ideal de la autoridad democrática representada por el autogobierno y el ideal de la protección constitucional de ciertos derechos fundamentales de los miembros que se gobiernan a sí mismos, si bien mecanismos institucionales concebidos como ideales para proteger los valores democráticos, estarían en tensión.⁶⁸⁴ Los derechos representarían límites a la adopción de decisiones mediante el procedimiento democrático pero, a la vez, serían necesarios para la supervivencia de la democracia. La justificación de ciertos derechos (y de su alcance) como límites al autogobierno, y lo que su protección requiere, sería la clave de la discusión teórica en torno a las distintas concepciones de la democracia.

Al respecto, se han propuesto diferentes maneras de calificar las distintas concepciones de la democracia. Para los fines de este trabajo, entiendo por un enfoque abiertamente *sustancialista* aquel que concibe a la democracia como un sistema político en el que las decisiones que se obtienen a través de un procedimiento político participativo son consideradas valiosas por la justicia de su contenido en tanto se resguardan ciertos requisitos sustanciales.⁶⁸⁵ Su rasgo común, según señalan GUTMANN y THOMPSON, consiste en asignar «prioridad a algunos derechos cuyo propósito primario es producir resultados justificados por su protección de intereses vitales de los individuos».⁶⁸⁶ De allí que sus partidarios estarían preocupados primariamente

⁶⁸³ Véanse, entre otros, GARZÓN 2000; y Capítulo 2: punto 2 de este trabajo.

⁶⁸⁴ Cf. BAYÓN 2004: 13-14, 20.

⁶⁸⁵ Entre quienes sostienen concepciones sustancialistas de la democracia véanse, además del propio DWORKIN cuya posición examinaré a continuación, RAWLS 1971; MACPHERSON 1973; GARZÓN 1989b, 1993, 2000; MORESO 1997, 2009; ALEXY 1998; EISGRUBER 2001; FERRAJOLI 2001a, 2003.

⁶⁸⁶ GUTMANN y THOMPSON 1996: 34.

con el contenido de las decisiones alcanzadas en el procedimiento democrático (esto es, con la *cuestión de la justicia*) y, de manera secundaria, quién y cómo deben tomarse esas decisiones (es decir, las *cuestiones de la autoridad y la legitimidad del procedimiento*).

Por enfoque abiertamente *procedimental* de la democracia, en cambio, entiendo aquella perspectiva según la cual se caracteriza a la democracia como un procedimiento para adoptar decisiones políticas colectivas en el cual las preferencias de las personas se conectan formalmente con el resultado contando cada una de modo igual.⁶⁸⁷ De acuerdo con BARRY, este tipo de concepciones admitiría como únicas excepciones a la no admisión de restricción alguna acerca del contenido de las decisiones que se tomen, «aquellas requeridas por la democracia misma como procedimiento», como la libertad de expresión y la libertad de asociación.⁶⁸⁸ Este tipo de enfoque pondría el acento en quién y cómo deben adoptarse las decisiones para ser consideradas legítimas en tanto que se sostiene que existen discrepancias profundas acerca de cuáles son las decisiones justas que deberían organizar el desarrollo de la sociedad.

Ahora bien, si cierta consideración y protección de *al menos algunos* derechos fundamentales, como advierte BAYÓN, serían «condiciones necesarias de la genuina democracia»,⁶⁸⁹ ni el extremo representado por un procedimentalismo sin restricciones sustantivas ni el caracterizado como sustancialismo sin restricciones procedimentales serían deseables.⁶⁹⁰ Por un lado, el *procedimentalismo radical* estaría dado por la primacía de un procedimiento en el que no se justificaría restricción sustantiva alguna a lo que puede ser decidido mediante el mismo. De manera breve el problema fundamental de este extremo se puede representar con lo que se conoce como la “paradoja de la autodestrucción de la democracia”.⁶⁹¹ Supóngase que en una sociedad se convoca a la participación en elecciones de todos los miembros de la comunidad mediante el acto del voto. La decisión a adoptar es, por hipótesis, conservar o eliminar el propio procedimiento mayoritario de

⁶⁸⁷ Cf. BARRY 1989: 25. Véanse GUTMANN y THOMPSON 1996: 28-30; FABRE 2000c: 114; y BAYÓN 2004: 16-17, entre otros, quienes señalan que el enfoque de BARRY ejemplifica claramente la concepción procedimental de la democracia.

⁶⁸⁸ BARRY 1989: 25-26.

⁶⁸⁹ BAYÓN 2004: 14.

⁶⁹⁰ Cf. RODRÍGUEZ 2006: 115-116; MARTÍ 2005; LINARES 2008: 29-34.

⁶⁹¹ Véanse MARTÍ 2006: 124-125; ORUNESU 2012: 182.

decisión a través de la votación. Si como resultado de la votación la mayoría decidiera renunciar a la participación individual a través del voto se eliminaría el propio procedimiento de participación y decisión por mayoría a través del voto de manera permanente y definitiva.⁶⁹² La consecuencia negativa de un mayoritarismo irrestricto es que permitiría la posibilidad de la disolución del sistema democrático y su reemplazo por una autoridad absoluta.

Por el otro lado, tampoco parecería deseable un *sustancialismo radical* según el cual lo único relevante sería la corrección o la bondad de los resultados o decisiones obtenidas, sin importar mediante qué procedimiento se adopten. Así, sostener que el procedimiento de toma de decisiones es irrelevante importaría aceptar, por ejemplo, una dictadura como procedimiento de toma de decisiones si esta produce resultados que se consideran justos. Pero la propia adopción de decisiones políticas por parte de una dictadura nos situaría fuera del procedimiento democrático de toma de decisiones.⁶⁹³

Uno y otro extremo encarnarían posiciones inadmisibles de la propia defensa de la democracia como procedimiento de toma de decisiones mínimamente valioso que ha de perdurar en el tiempo de manera de guiar la conducta de los individuos en sociedad. Por lo tanto, tales posiciones radicales no son modelos plausibles de democracia y no me ocuparé de ellos.

Procederé, en cambio, con la asunción de que la democracia es un ideal político importante que debe ser preservado. A partir de allí, exploraré en las siguientes secciones la manera en la que a través de tres formas distintivas de concebir la democracia: una concepción sustancialista, una concepción moderada y una concepción procedimental, se ha procurado dar sentido conjuntamente a la idea de la autoridad de la democracia y a la idea de la necesidad de algún tipo de restricción a aquella por vía del reconocimiento de ciertos derechos de las personas.

⁶⁹² Por ejemplo, véase DODD 2008, para quien un procedimiento de mayoritarismo irrestricto se calificaría como equitativo, por lo que una decisión que eliminara el propio procedimiento de participación y decisión por mayoría sería lamentable pero no por ello dejaría de ser legítima. Según esta posición de procedimentalismo extremo o radical la democracia sería concebida simplemente como un conjunto de reglas. Como tal, todas las reglas estarían “abiertas al juego” de participación y decisión política en el procedimiento democrático. En contra véanse, entre otros, SUNSTEIN 2001: 7; BAYÓN 2004: 14; WALDRON 2005a: 339.

⁶⁹³ Véase un examen de varias críticas a estos enfoques calificados como radicales en MARTÍ 2005.

Antes de emprender dicha tarea, corresponde hacer dos aclaraciones. En primer lugar, este no es un estudio sobre la democracia. Tampoco es un objetivo de este trabajo examinar en forma exhaustiva las distintas concepciones de la democracia que se disputan el mérito de ofrecer la mejor justificación del sistema político democrático. Por ello, otras presentaciones alternativas del mismo, no obstante se reconoce su importancia, no serán consideradas en este trabajo. Entre estas, en los últimos años se ha debatido extensamente y existe una inmensa literatura, por un lado, sobre la democracia deliberativa;⁶⁹⁴ y por el otro lado, sobre la idea de la democracia epistémica.⁶⁹⁵ Basta para el objetivo que justifica este estudio de las principales formas de concebir la democracia, advertir que el deliberativo y el epistémico son modelos normativos de la democracia que adoptan o bien una perspectiva procedimental, o bien una perspectiva sustancialista.

Y, en segundo lugar, no es frecuente que los defensores de las distintas concepciones de la democracia se ocupen de examinar la ubicación que ocuparían los derechos sociales en sus propuestas, si se lo considera en comparación con el habitual análisis del lugar fundamental que debería tener el reconocimiento de los derechos civiles y políticos. Por ello, en el presente capítulo me referiré en general a la justificación de estos derechos desde una perspectiva democrática, tal como se ocupan las concepciones de la democracia bajo análisis.⁶⁹⁶ Me dedicaré a la evaluación de la justificación de los derechos sociales como una exigencia del procedimiento democrático en el capítulo siguiente.

3. La concepción sustancialista de Ronald DWORKIN

3.1. La igual consideración como virtud soberana

Una de las teorías clásicamente consideradas dentro del grupo de las concepciones orientadas hacia el resultado, y aquí adoptada como un tipo

⁶⁹⁴ Véanse, entre otros, MANIN 1987; GUTMANN y THOMPSON 1996; BOHMAN y REHG 1997; ELSTER 1998; FISHKIN y LASLETT 2003; GARGARELLA 2006b; y MARTÍ 2006.

⁶⁹⁵ Véanse, entre otros, COHEN 1986; y ESTLUND 2008.

⁶⁹⁶ Una excepción en el tratamiento de los derechos se encuentra en CHRISTIANO 2008 quien además de los derechos políticos y civiles, considera también la satisfacción de un mínimo económico como límite a la autoridad de la asamblea democrática, como analizaré en el punto 5 de este Capítulo.

paradigmático de concepción sustancialista de la democracia, es la propuesta de democracia constitucional formulada por Ronald DWORKIN.⁶⁹⁷ Esta concepción presupone un contenido moral robusto en forma de derechos y reglas que aseguran lo que el autor considera las condiciones de la democracia. Según el autor, cada modelo debe ser evaluado por sus resultados en proteger y promocionar los derechos fundamentales. Así, «la mejor estructura institucional es aquella mejor diseñada para producir las mejores respuestas a la cuestión esencialmente moral de cuáles son en realidad las condiciones democráticas, y para asegurar la conformidad estable con esas condiciones».⁶⁹⁸

Para DWORKIN, la mejor forma de entender la democracia es concebirla como un método político para la adopción de decisiones colectivas, empleado por instituciones políticas «cuya estructura, composición y prácticas tratan a todos los miembros de la comunidad, en tanto individuos, con igual consideración y respeto».⁶⁹⁹ La igualdad en la consideración y respeto de todas las personas sería el criterio de corrección para evaluar la justicia de esas decisiones colectivas.

Las condiciones de la membresía moral en una comunidad política y, por lo tanto, de esta concepción constitucional de la democracia serían, de acuerdo con DWORKIN, de dos tipos: a) un conjunto *estructural*, que se refiere a las condiciones que describen cómo debería ser la comunidad si ha de contar como una *comunidad política genuina*; y b) un conjunto *relacional*, que se refiere a las condiciones que describen cómo deben ser tratados los individuos por esa comunidad (*i.e.*, el respeto de sus derechos fundamentales)

⁶⁹⁷ Véase DWORKIN 1990: 332, 1996: 20, 2000: Capítulo 10; 2006: Capítulo 5; 2011: Capítulo 18. También denominada “democracia comunal” o “democracia asociativa” (*communal democracy* o *partnership conception of democracy*). La caracterización de la tesis de DWORKIN como abiertamente sustancialista se apoya en su teoría jurídico-política general.

⁶⁹⁸ DWORKIN 1996: 34. El enfoque sustancial, como el adoptado en la concepción de la democracia defendida por DWORKIN, y en este trabajo considerado como arquetipo, no significa que desde tal perspectiva se niegue la trascendencia del procedimiento de toma de decisiones. En la defensa de la democracia constitucional de DWORKIN, cómo se toman las decisiones tiene importancia, pero no tiene un valor primariamente intrínseco en sí mismo sino que está subordinado a la obtención de resultados intrínsecamente valiosos dados por el trato a todos «con igual consideración y respeto» (DWORKIN 1996: 17). Véase en WALDRON 2004a: 330-332 un análisis exploratorio sobre la relevancia del aspecto procedimental en el enfoque dworkiniano de la *rule of law*.

⁶⁹⁹ DWORKIN 1996: 17.

de manera de ser tratados como miembros morales de la misma.⁷⁰⁰ En este sentido, cada miembro de la comunidad política debe tener la posibilidad de hacer una diferencia en las decisiones políticas; la misma consideración por sus intereses como por los de los demás (*i.e.*, las decisiones políticas que se refieran a la distribución de riqueza, beneficios y cargas han de ser consistentes con una igual preocupación por todos); y finalmente, independencia moral.⁷⁰¹ Estas son las condiciones democráticas que, para DWORKIN, una concepción constitucional de la democracia presupone, y que significan una ventaja moral respecto de las concepciones procedimentales de la democracia en tanto estas no las satisfacen.⁷⁰²

La respuesta a cuál es la mejor interpretación de la democracia entonces, según este autor, está en la *concepción comunal de la acción colectiva*. DWORKIN precisa que «la acción colectiva es comunal, [...] cuando presupone una *agencia* especial, distintiva, colectiva. Se trata de los individuos actuando juntos de una manera que fusiona sus acciones separadas en un acto posterior, unificado, que es de *ellos*».⁷⁰³ Bajo esta lectura, la democracia comunal «requiere que cada uno de los ciudadanos esté en posición de hacer una diferencia, y también requiere que su poder para hacer la diferencia no esté limitado, *vis a vis* el poder de los otros, por estructuras o regulaciones que en sí mismas niegan el igual respeto».⁷⁰⁴ Esta posición se traduciría, para DWORKIN, en el mejor enfoque del valor de la democracia,⁷⁰⁵ donde las decisiones políticas de la asamblea democrática estarían sometidas al control judicial de constitucionalidad.

De este modo, DWORKIN trata de mostrar que su concepción de la democracia es una mejor interpretación que la propuesta por una concepción procedimentalista. Una *concepción mayoritaria* de la democracia, como DWORKIN la denomina, funcionaría en la forma de una “acción colectiva

⁷⁰⁰ Cf. DWORKIN 1986: cap. 6, 176 y ss.; 1996: 24-26; 1990: 324.

⁷⁰¹ Cf. DWORKIN 1986: 195-292, 1996: 25-26. En DWORKIN 1990: 337-342, se refiere a los principios de participación, de interés, y de independencia. Estos proveen a los ciudadanos individualmente considerados con «una parte en lo colectivo [instituciones políticas], un interés en ello, y la independencia de aquello» (DWORKIN 1990: 337, resaltado en el original).

⁷⁰² Cf. DWORKIN 1996: 23-24.

⁷⁰³ DWORKIN 1996: 20. Resaltado en el original. Véase GILBERT 2006 sobre una elaboración de la acción comunal y la obligación política.

⁷⁰⁴ DWORKIN 1990: 338.

⁷⁰⁵ Cf. DWORKIN 1996: 17.

estadística” (*statistical collective action*), donde bastaría que las decisiones políticas se adopten a través de una votación mayoritaria. Según el autor, desde esta segunda posición, lo que el conjunto de individuos hace no es más que el despliegue de alguna función individual de cada uno de los sujetos del grupo, pero de ninguna manera se obtiene un resultado que pueda asignársele al grupo en su conjunto.⁷⁰⁶ Mientras que bajo el sentido estadístico (que se aproximaría a una noción procedimental) las decisiones políticas serían alcanzadas a través de la actuación individual de los ciudadanos en el órgano democrático, bajo la lectura comunal o asociativa las decisiones políticas en una democracia serían alcanzadas por una entidad distintiva, «el *pueblo* como tal».⁷⁰⁷

El principal problema que denuncia DWORKIN respecto del enfoque de la democracia procedimental es que su ideal de igual poder político sería «implausible y artificial»,⁷⁰⁸ si bien reconoce que tiene sus méritos, tales como explicar la intuición de que la democracia es uno entre otros ideales políticos, y mediante la no equivalencia con la justicia, que en un régimen democrático se pueden producir resultados injustos.⁷⁰⁹

Además, DWORKIN distingue entre tres sentidos diferentes del ideal de la igualdad política. En primer lugar, la igualdad política como *igualdad de influencia* significa que el poder político es distribuido entre los ciudadanos de una manera que todos tengan la misma influencia sobre las decisiones políticas. En segundo lugar, la igualdad política como *igualdad de impacto* significa que la opinión de cada ciudadano tendrá el mismo peso en las decisiones políticas desde un punto de vista formal, esto es, la igual participación política mediante el principio “una persona un voto”. Por *influencia*, el autor entiende la capacidad de una persona de persuadir a otros a unirse a su propia opinión; mientras que el impacto de una persona está limitado a la diferencia que esta puede lograr por sí misma votando por

⁷⁰⁶ Cf. DWORKIN 1986: 329; 1996: introducción; 2000: 363; 2011: 383-388.

⁷⁰⁷ DWORKIN 1986: 330 (resaltado en el original); 2000: 363.

⁷⁰⁸ DWORKIN 1990: 335.

⁷⁰⁹ Cf. DWORKIN 1990: 339.

una decisión antes que por otra.⁷¹⁰ El argumento de DWORKIN consiste en mostrar que estas dos lecturas de la igualdad política no son aceptables, por lo que debería interpretarse el ideal no como una cuestión del poder político de los ciudadanos. Por ello, en tercer lugar, su propuesta consiste en que la igualdad política debe entenderse como parte del *status político* de cada ciudadano, que exige *la igualdad de su consideración y respeto*. En esta tercera acepción, que el autor defiende como la más adecuada para entender el valor de la democracia, la igualdad política no significaría necesariamente una igualdad en la división del poder político, sino un compromiso con la dignidad de los individuos.⁷¹¹

La impugnación de la interpretación de la igualdad política como igualdad de influencia entre los ciudadanos, según DWORKIN, por irreal y carente de atractivo para una sociedad democrática, se fundamentaría en que en democracia lejos de considerarse un defecto se celebraría la diversidad de carisma y capacidad de influencia de algunas personas en las opiniones políticas de las demás.

El autor también rechaza la lectura de la igualdad política como igualdad de impacto, cuya defensa atribuye a las concepciones procedimentales de la democracia.⁷¹² Según esta interpretación, la igualdad política sólo requeriría contar cabezas en la votación de las decisiones políticas, es decir, que la democracia requeriría únicamente el sufragio universal y la regla de la mayoría, pero dejaría fuera otros derechos y libertades políticas (como las libertades de expresión y asociación) que, sostiene DWORKIN, habitualmente asumimos como centrales sobre la democracia.⁷¹³ Esta sería una lectura deficiente de la democracia, afirma DWORKIN, porque el impacto entre ciudadanos medido por la asignación a cada uno de un mismo voto podría ser igual y, sin embargo, sería insuficiente como expresión de la igualdad

⁷¹⁰ Véase DWORKIN 1990: 332; 2000: 191; 2011: 388. En algunos de sus trabajos, como por ejemplo, DWORKIN 2000: 190-200, el autor introduce las dimensiones horizontal (relativa a la comparación entre ciudadanos) y vertical (relativa a la comparación entre funcionarios públicos y ciudadanos), que combinadas con el impacto y la influencia, resultan cuatro variables de la igualdad política: igualdad vertical de impacto, igualdad vertical de influencia, igualdad horizontal de impacto, e igualdad horizontal de influencia. Ninguna de estas interpretaciones de la igualdad política es aceptable según DWORKIN 1990: 332-333.

⁷¹¹ Cf. DWORKIN 2011: 388-390.

⁷¹² Cf. DWORKIN 1987: 16; 2011: 389-390.

⁷¹³ Cf. DWORKIN 2000: 193.

política necesaria en democracia en tanto que a uno se le negara el derecho a expresar públicamente sus opiniones políticas (por ejemplo, mediante una censura política) y a otro le estuviera permitida la libre expresión política.⁷¹⁴

Así, para este autor, la democracia es mejor defendida si se concibe la igualdad política como la única forma en que se trata a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto. DWORKIN niega el valor intrínseco del principio de “una persona un voto” y, en cambio, justifica en algunas circunstancias, cuando se apela a la protección de la dignidad de los individuos, una distribución desigual del impacto político.⁷¹⁵

La justificación de la distinta asignación de impacto político entre los ciudadanos, según DWORKIN, requiere la satisfacción de dos condiciones. Por un lado, que no se asuma que algunas personas, por nacimiento, tienen el derecho de gobernar sobre el resto. Por el otro lado, que sea posible asumir que los acuerdos constitucionales que generan la diferencia en el impacto mejoran la legitimidad de la sociedad.⁷¹⁶ Así, desde la concepción dworkiniana se justificaría la autoridad de la asamblea, en la medida en que se encuentra mejor situada para proteger los derechos fundamentales de los individuos de cambios peligrosos en la opinión pública. Pero, también se justificaría el control judicial de constitucionalidad si, no obstante la disparidad de impacto político de esta institución, es posible que con su intervención se mejore la legitimidad democrática global. Y esta segunda condición sería satisfecha por los jueces constitucionales cuando protegen las libertades de los ciudadanos y una distribución equitativa de recursos y oportunidades.⁷¹⁷ En otras palabras, el poder judicial que ejerciera el control de constitucionalidad, bajo la concepción dworkiniana de la democracia, tendría autoridad democrática sobre el órgano legislativo representativo para proteger que las decisiones políticas de éste no violen la dignidad de los miembros de la comunidad.

3.2. Los problemas de la concepción sustancialista

Una concepción sustancialista de la democracia como la propuesta dworkiniana, que restringe severamente la esfera de los resultados que pueden

⁷¹⁴ Cf. DWORKIN 1990: 333; 2000: 188, 193.

⁷¹⁵ Cf. DWORKIN 2011: 391-392.

⁷¹⁶ Cf. DWORKIN 2011: 392.

⁷¹⁷ DWORKIN 2011: 398.

ser obtenidos a través de un procedimiento democrático, sería pasible de recurrentes críticas. Me limitaré a reseñar a continuación aquellas objeciones que considero significativas para mi propósito. No obstante, en líneas generales, podrían verse las siguientes críticas como problemas familiares a la defensa de las concepciones abiertamente sustancialistas de la democracia.

En primer lugar, como el propio DWORKIN admite, este modo de entender la democracia no podría dar cuenta de una intuición común: que los sistemas políticos, no obstante ser democráticos, muchas veces toman decisiones injustas.⁷¹⁸ Si se subordina la legitimidad del procedimiento a la justicia de sus resultados, llevando el razonamiento al extremo, ningún sistema político que adoptara decisiones que, desde cierta concepción de la justicia se estimaran incorrectas, podría ser considerado un régimen democrático. Bajo esta caracterización de la democracia, difícilmente algún Estado ni siquiera los habitualmente calificados como democracias maduras o avanzadas, podría ser distinguido como tal.

En segundo lugar, la sugerencia de DWORKIN de que la democracia procedimental asumiría la defensa de la igualdad política entendida como igualdad de voto y elecciones políticas frecuentes (*i.e.*, la igualdad de impacto entre los ciudadanos) parecería injustificada. Los partidarios de una concepción procedimental de la democracia no necesitan sostener que todo lo requerido para caracterizar a un procedimiento como democrático sea la protección del sufragio universal cada cierto número de años. Desde una perspectiva procedimental de la democracia sería posible afirmar de manera coherente que se deberían asegurar ciertas condiciones del propio procedimiento como, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión y de asociación, además del derecho de participación en términos de igualdad formal.⁷¹⁹

En tercer lugar, desde una perspectiva sustancialista de la democracia como la dworkiniana se defiende la elección de aquel procedimiento de decisiones que con mayor probabilidad responda de manera correcta a la pregunta sobre cuáles son los derechos que tienen las personas (y con qué alcance) y qué decisiones políticas mejor los protegen. De este modo, pareciera que se presupone que los derechos tienen un contenido que puede ser identificado con cierta objetividad, de manera de establecer ese límite claro que los legisladores están llamados en primera instancia a proveer y, en segunda

⁷¹⁸ Cf. DWORKIN 1990: 339; véase también este tipo de crítica en FABRE 2000c: 114.

⁷¹⁹ Véanse DAHL 1992; GUTMANN 1983; GUTMANN y THOMPSON 1996: 33; FABRE 2000c: 116.

instancia a no vulnerar. Pero, de acuerdo con WALDRON, por ejemplo, presuponer que hay una respuesta verdadera sobre el contenido de los derechos que tienen las personas significaría asumir desde el inicio la posibilidad de acuerdos entre aquellas sobre cuáles son sus derechos y cuáles son las decisiones políticas que los protegen de la mejor manera y ello, según el autor, importaría no tomarse en serio el problema de los desacuerdos.⁷²⁰ Como he destacado en el Capítulo 3, al analizar las dificultades de la justificación de los derechos sociales desde la perspectiva de la justicia social, la existencia de estos desacuerdos en las sociedades contemporáneas es uno de los grandes desafíos a la filosofía política que debería ser considerado seriamente en las sociedades actuales. La cuestión planteada por el problema de los desacuerdos a las concepciones de la justicia vuelve a presentarse cuando se establecen condiciones sustanciales de la legitimidad del procedimiento que procuran establecer el contenido de los resultados que aquel debería alcanzar para calificar como democrático.⁷²¹ Sin embargo, como destaca WALDRON, las concepciones que hacen depender la legitimidad del procedimiento en la justicia de las decisiones políticas enfrentan este importante problema, y es que «precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad».⁷²²

En cuarto y último lugar, la asunción de la defensa de un modelo de democracia constitucional vinculado a la justificación de un control robusto de constitucionalidad de las leyes resulta problemática.⁷²³ Desde la perspectiva sustancialista, se suele asumir que ambos mecanismos institucionales conviven armónicamente en tanto que el segundo se justificaría como mecanismo de revisión de que las decisiones del órgano legislativo no violen los límites constitucionales establecidos por los derechos fundamentales. Esta

⁷²⁰ Cf. WALDRON 2005a: 302-303.

⁷²¹ Como he señalado al referir a la primera crítica, DWORKIN admite la distinción entre legitimidad y justicia, por lo que este problema no sería a él objetable.

⁷²² WALDRON 2005a: 292, con referencia a la temprana denuncia de este problema por HOBBS 1996 [1651]: cap. XXIV; véanse también SIMMONS 1999; BUCHANAN 2002; EDMUNDSON 2003; y PETER 2010, entre otros.

⁷²³ Cf., por todos, BAYÓN 2004: 8-9.

ha sido la posición tradicionalmente sostenida por DWORKIN.⁷²⁴ Sin embargo, esa convicción de una convivencia en armonía entre dos principios esenciales es algo que, posiblemente, genera mayor oposición por parte de los partidarios de las concepciones procedimentales de la democracia.⁷²⁵

Desde las concepciones sustancialistas, como la propuesta de democracia constitucional de DWORKIN, se suele afirmar que son las propias consideraciones democráticas las que apoyan una intervención robusta de los jueces en el control de la constitucionalidad de las decisiones políticas.⁷²⁶ Las instituciones democráticas, según este enfoque, deberían tratar a todos los miembros del cuerpo político según ciertos criterios sustanciales como el de la “igual consideración y respeto” en la teoría dworkiniana, que se traducirían en la exigencia institucional de protección constitucional de ciertos derechos fundamentales. El inconveniente con este diseño institucional, como indica BAYÓN, sería que no hay acuerdo sobre qué derechos y con qué extensión deberían ser establecidos en la Constitución.⁷²⁷ El recurso al establecimiento de criterios abstractos en la constitución de manera de alcanzar mayor acuerdo no parecería superar el problema. Porque si bien se podría alcanzar un acuerdo sobre los principios constitucionales, la controversia reaparecería a la hora de su interpretación. De acuerdo con la crítica en los términos de GUTMANN y THOMPSON «para resolver conflictos morales en política, la interpretación importa tanto como el principio».⁷²⁸

⁷²⁴ Cf. DWORKIN 1990: 344. Pero véase el cambio de énfasis en DWORKIN 2011: 395-398, donde matiza la defensa del control judicial de constitucionalidad, sujetándola a que esta institución mejore la legitimidad democrática global. Así, en su último trabajo DWORKIN sostiene que el control judicial de constitucionalidad no sería un mecanismo necesario para la legitimidad de un gobierno democrático. Según el autor «cualquier defensa del control judicial de constitucionalidad como democrático debe tomar otra forma: debe sostener que el control judicial de constitucionalidad mejora la legitimidad global haciendo más probable que la comunidad convendrá y respetará alguna concepción adecuada de la libertad negativa y de la distribución equitativa de recursos y oportunidades, así como de la libertad positiva» (DWORKIN 2011: 398). El éxito del argumento a favor del control judicial de constitucionalidad, advierte ahora DWORKIN 2011: 398-399, dependerá de un conjunto de factores que varían según el lugar y las particularidades de cada comunidad política.

⁷²⁵ He señalado algunos de los problemas de justificación de un control judicial robusto de constitucionalidad de las leyes en el Capítulo 3: punto 8.

⁷²⁶ Cf. DWORKIN 1996. Véase BAYÓN 2004: 10.

⁷²⁷ Cf. BAYÓN 2004: 28.

⁷²⁸ GUTMANN y THOMPSON 1996: 35.

De allí que defender el control robusto de constitucionalidad en el esclarecimiento de la mejor decisión sobre cuestiones sustanciales, por encima de la decisión que el órgano legislativo haya adoptado, generaría problemas de justificación. Frente al hecho del pluralismo político y moral, las cuestiones sobre la justicia de los resultados estarían sujetas a los desacuerdos persistentes que surgen como consecuencia. Cuáles son las decisiones que se pueden adoptar, y cuáles no, sería la cuestión clave de la propuesta sustancialista de la democracia; en cambio, la cuestión de cómo se han de tomar las decisiones quedaría subordinada a aquella. Esto es, para el sustancialismo, el procedimiento democrático de toma de decisiones, así como el control de constitucionalidad, serían mecanismos institucionales propuestos para superar esa dificultad según la aptitud superior o inferior de cada uno para realizar los valores de justicia. Sin embargo, cuál de los dos mecanismos sea más o menos apto para asumir esa tarea, o su compatibilidad, frente al hecho de los desacuerdos, afirma Richard BELLAMY, debería depender de propiedades intrínsecas de cada procedimiento.⁷²⁹ Lo que no se podría, según subraya el autor, sin caer en una petición de principio, es afirmar que uno de los dos está mejor situado para producir resultados correctos, cuando la corrección o incorrección de los resultados es la cuestión controvertida.⁷³⁰

En suma, una concepción sustancialista de la democracia como la de DWORKIN no daría una respuesta satisfactoria al problema sobre qué decisiones, y por qué, deberían excluirse de manera legítima a la autoridad del órgano legislativo en las “circunstancias de la política”.⁷³¹ En la medida en que desde esta perspectiva se señala que mediante la exigencia de constreñir los procedimientos democráticos de toma de decisiones a través de un diseño constitucional que proteja ciertos derechos se pretende eludir la tensión entre democracia y derechos, el sustancialismo dworkiniano representaría a la democracia de una manera inadecuada.⁷³²

⁷²⁹ Cf. BELLAMY 2007: 93.

⁷³⁰ Véase en DWORKIN 2011: 395-398 el reconocimiento de esta cuestión.

⁷³¹ Véase WALDRON 2005a: 123-124; WEALE 2007: 12-18.

⁷³² Cf. BAYÓN 2004: 19-20.

4. El procedimentalismo moderado de Thomas CHRISTIANO

4.1. Los límites a la autoridad democrática

La concepción de la autoridad democrática propuesta por Thomas CHRISTIANO se presenta como una mejor justificación de la democracia frente a los problemas que acosan al enfoque previo.⁷³³ De acuerdo con el autor, la suya sería una concepción *procedimental moderada* de la democracia.⁷³⁴ Esta posición procura justificar la autoridad democrática en la realización de la igualdad pública limitada por un estándar mínimo de resultados, en un intento por alcanzar un balance entre el valor intrínseco del procedimiento y su valor instrumental. Examinaré a continuación cómo fundamenta CHRISTIANO dicho balance.

En la teoría de la democracia como autoridad de CHRISTIANO, el procedimiento democrático se fundamentaría en la realización de la igualdad pública en la toma de decisiones colectivas de una sociedad política. Para CHRISTIANO, cada persona tendría una serie de intereses fundamentales en el ámbito político,⁷³⁵ cuya importancia sería tal que justificaría que los términos más básicos de asociación política se fundamenten en «un punto de partida igualitario» y que todas las controversias políticas sean decididas dentro del marco regulado por la igualdad pública.⁷³⁶

El principio básico de igualdad pública, según CHRISTIANO, significa que cada persona debería percibir que es tratada públicamente de igual modo en el procedimiento. Pero cómo, se pregunta CHRISTIANO, entre todos los desacuerdos persistentes en las sociedades contemporáneas, podría esperarse la convergencia en un modo de estructurar una comunidad política en la cual cada persona se perciba como tratada de igual modo.⁷³⁷

⁷³³ CHRISTIANO 2008. Para una visión completa de esta concepción de la democracia como autoridad, véase también CHRISTIANO 1996.

⁷³⁴ Cf. CHRISTIANO 2008: 298.

⁷³⁵ Cf. CHRISTIANO 2008: 61-63. Los intereses que cada individuo tiene, según el autor, serían los siguientes: el interés en ser capaz de corregir el sesgo cognitivo de otros en el proceso mediante el cual se establecen las reglas de la vida social, el interés en sentirse en casa en la propia sociedad, y el interés en ser reconocido y afirmado como un igual.

⁷³⁶ Cf. CHRISTIANO 2008: 71-73.

⁷³⁷ Cf. CHRISTIANO 2008: 4. El autor hace referencia también, además de los desacuerdos persistentes, a los problemas relativos a la diversidad, la falibilidad y el sesgo cognitivos.

La respuesta, desde su concepción, es que el foro democrático es el lugar donde deben debatirse las cuestiones sustanciales de justicia entre iguales.⁷³⁸ De allí que las instituciones democráticas, en tanto realizan la igualdad política pública, serían intrínsecamente valiosas. La democracia, según CHRISTIANO, no sería únicamente un método deseable para adoptar las decisiones políticas, sino que sería el método dotado de autoridad sobre un extenso conjunto de cuestiones.

Ahora bien, dado el hecho de los desacuerdos persistentes, el autor subraya que será inevitable que el proceso democrático genere decisiones políticas cuyo contenido algunos ciudadanos lo encuentren injusto. Ante la existencia de tales desacuerdos sobre lo que exige la justicia social y sobre qué decisiones políticas son deseables, CHRISTIANO sostiene que la toma democrática de decisiones es el único procedimiento mediante el cual se adoptan decisiones políticas colectivas que consideran a cada ciudadano públicamente como a un igual, a la vez que se respetan los desacuerdos persistentes sobre los resultados. Y es la realización pública mediante tal procedimiento democrático lo que, para CHRISTIANO, le otorga justicia intrínseca.⁷³⁹

En caso de conflicto entre el valor intrínseco del procedimiento democrático y el valor sustantivo de las decisiones adoptadas, la solución desde esta concepción de la igualdad pública sería que el valor democrático, en principio, triunfa en estas circunstancias, ya que la democracia tiene autoridad para adoptar decisiones, incluso equivocadas. Cada persona tiene el deber, basado en la igualdad pública y debido a la asamblea democrática, de llevar adelante la decisión tomada por ésta aún cuando no está de acuerdo con la misma.⁷⁴⁰ Sin embargo, CHRISTIANO aclara, no se trata de una autoridad ilimitada. Hay ciertos tipos de injusticia que pueden derrotar o menoscabar la autoridad de la democracia.⁷⁴¹

En los casos *normalmente* injustos, la asamblea democrática tendría autoridad respecto de la determinación de los derechos. Pero en los casos de *injusticia flagrante* (por ejemplo, si por decisión mayoritaria se eligiera esclavizar a una minoría), la autoridad de la asamblea democrática se

⁷³⁸ Cf. CHRISTIANO 2008: 8.

⁷³⁹ Cf. CHRISTIANO 2008: 75-76.

⁷⁴⁰ Cf. CHRISTIANO 2008: 10 y 11, 231.

⁷⁴¹ Cf. CHRISTIANO 2008: 232, 300.

volvería para el autor, como mínimo, problemática. Una transgresión de este tipo tendría peso suficiente para derrotar o menoscabar la autoridad de la democracia, convirtiendo a la asamblea democrática en una tiranía de la mayoría.⁷⁴²

Las consideraciones que también estarían fundadas en la igualdad pública y que representarían *límites a la autoridad de la democracia*, serían el reconocimiento y protección del núcleo de los derechos políticos, civiles y económicos básicos (en la terminología del autor, «derechos democráticos», «derechos liberales» y un «mínimo económico decente»). El intento de violación o la falta de satisfacción de aquellos por parte del órgano legislativo socavan o derrotan la exigencia de su autoridad. Es decir, el legislativo no puede adoptar leyes o políticas que violen la igualdad pública (exigencia negativa), y tiene además la obligación de adoptar leyes y políticas que la aseguren (exigencia positiva). La falla en satisfacer estos dos tipos de exigencias tendría como consecuencia el detrimento de la autoridad de la democracia.⁷⁴³

CHRISTIANO justifica la existencia de los límites a la autoridad democrática representados por los derechos políticos y civiles con base en el argumento de que la supresión de estos derechos básicos de una parte de la población estaría prohibida por los propios principios que fundamentan la democracia.⁷⁴⁴ Cualquier privación radical del núcleo de los derechos políticos y civiles básicos entraría en controversia con los requisitos básicos de la igualdad pública.⁷⁴⁵ Según el autor, las personas pueden «tener desacuerdos sobre qué derechos son básicos y sobre qué constituye su núcleo en cada caso, o en qué consiste la igualdad respecto de esos derechos» pero agrega, «algún

⁷⁴² Cf. CHRISTIANO 2008: 260-300. De acuerdo con el autor, una “consideración de derrota” contra la autoridad democrática (*undercutting consideration*) debilita o derrota la autoridad democrática, mientras que una “consideración de balance” (*countervailing consideration*) cuenta en contra de la obediencia a la decisión democrática, y debe ponderarse con consideraciones que fundamentan dicho deber (cf. CHRISTIANO 2008: 262). CHRISTIANO menciona también la existencia de límites externos a la democracia, los cuales se refieren a consideraciones que no tienen relación con los fundamentos de la autoridad democrática. Los límites externos a la autoridad democrática son, según el autor, los que surgen en los casos en que la asamblea toma decisiones respecto de personas que no pertenecen al Estado en cuestión, y tienden a ser consideraciones de balance (cf. CHRISTIANO 2008: 262-263).

⁷⁴³ Cf. CHRISTIANO: 2008: 275-277.

⁷⁴⁴ Cf. CHRISTIANO 2008: 264-266.

⁷⁴⁵ Cf. CHRISTIANO 2008: 271-272.

tipo de igualdad en los derechos básicos es necesaria para la realización pública de la igualdad dado los hechos del juicio. *Lo que no es negociable* es el núcleo de los derechos» políticos y civiles.⁷⁴⁶

Si se utilizan las reglas institucionales para perpetrar una violación pública de la igualdad, entonces la institución política no realizaría más la igualdad. Dado que la igualdad democrática sería en sí misma justa únicamente si personifica la igualdad de un modo público, en casos de recorte o disminución de los derechos políticos y civiles de un grupo, el procedimiento de toma de decisiones de la asamblea legislativa dejaría de ser justo. Y dado que la autoridad de la democracia estaría fundamentada en su justicia, la democracia dejaría de tener autoridad cuando socava o elimina tales derechos básicos de una parte de su gente.⁷⁴⁷

Entre los límites a la autoridad democrática CHRISTIANO individualiza también la satisfacción de un *mínimo económico* de todos los miembros de la sociedad.⁷⁴⁸ Según CHRISTIANO, un mínimo económico es necesario para avanzar los intereses que son asegurados por los derechos políticos y civiles. Sin embargo, una exigencia más allá de este mínimo económico, debe quedar sujeta a la deliberación democrática sobre las distintas concepciones de la distribución de la riqueza, y su implementación dependerá de la obtención del apoyo de la mayoría de la asamblea legislativa.

Un último límite individualizado por CHRISTIANO está dado en la prohibición de que el procedimiento democrático genere *minorías persistentes*,⁷⁴⁹ tales como los casos de pueblos indígenas, o los grupos de personas internamente desplazadas. El problema de las minorías persistentes consiste en el establecimiento en una determinada sociedad de grupos sociales minoritarios cuyas preferencias están en conflicto con los de la mayoría dominante la cual, en varios casos, ha alienado a la minoría a lo largo del

⁷⁴⁶ CHRISTIANO 2008: 272 (énfasis agregado).

⁷⁴⁷ Cf. CHRISTIANO 2008: 270.

⁷⁴⁸ Cf. CHRISTIANO 2008: 272-274.

⁷⁴⁹ Cf. CHRISTIANO 2008: 288-292. Nótese que este es un *output* del procedimiento, un límite respecto de los resultados admitidos, a diferencia de los anteriores que son planteados como *inputs* al procedimiento.

tiempo.⁷⁵⁰ CHRISTIANO sostiene que el problema de las minorías persistentes representa un verdadero desafío a cualquier concepción que defienda la justicia intrínseca del proceso democrático, desde que la existencia de una minoría persistente en la sociedad significa que un grupo de personas casi nunca vence en el foro democrático, por lo que la balanza de la distribución de triunfos parecería estar permanentemente inclinada a favor de la mayoría. Su solución a este problema es la de establecer un *estándar mínimamente orientado a los resultados*, como criterio que el procedimiento debe respetar.⁷⁵¹ Para el autor, tal estándar impondría meramente una serie de restricciones sobre el procedimiento, evitando establecer enteramente los resultados, a la vez que alcanzaría para cuestionar graves injusticias originadas por tal procedimiento.

La concepción de los límites a la autoridad democrática, según CHRISTIANO, debería articularse mediante instituciones que preserven la democracia. De tal modo, estaría justificada para el autor la adopción de una constitución de derechos fundamentales con control robusto de constitucionalidad si fuera necesario para lograr la preservación de la democracia.⁷⁵² Manifestando su acuerdo con el argumento dworkiniano respecto de la existencia de una racionalidad democrática para limitar la regla de la mayoría, CHRISTIANO justifica la intervención de un órgano de control constitucional cuando las decisiones del órgano legislativo no realizan la igualdad pública y, por consiguiente, éste pierde su autoridad.⁷⁵³ Cuando esto último ocurre, según el autor, si bien el tribunal constitucional no

⁷⁵⁰ Véase CHRISTIANO 2008: 289 donde identifica los siguientes cuatro rasgos comunes que describen un concepto idealizado de “minoría persistente”: a) la existencia de un grupo social cuyo punto de vista difiere de cualquier otro de la sociedad de manera sobresaliente; b) las diferencias entre los grupos son globales en tanto abarcan una amplia diversidad de cuestiones; c) las preferencias chocan de tal modo que sólo mediante un acuerdo entre las partes podría el grupo minoritario obtener algo de lo que pide; y d) existe un grupo mayoritario dominante que gobierna sin necesidad de acuerdo con la minoría. Véase también COMANDUCCI 1995.

⁷⁵¹ Cf. CHRISTIANO 2008: 293, 297. El autor distingue entre tres modelos orientados hacia los resultados, que de mayor a menor intensidad respecto de la afectación del valor intrínseco del procedimiento democrático de toma de decisiones, son: a) la posición de la satisfacción igual de preferencias; b) la posición de la satisfacción proporcional de preferencias; y c) la posición de satisfacción de un mínimo de las preferencias (cf. CHRISTIANO 2008: 292-293).

⁷⁵² Cf. CHRISTIANO 2008: 278.

⁷⁵³ Cf. CHRISTIANO 2008: 278-279, con cita del argumento de DWORKIN 1996: 23-26 en favor de las restricciones al procedimiento mayoritario de toma de decisiones por razones democráticas.

realizaría la igualdad pública en sí mismo, dado que tampoco lo haría el órgano legislativo, su actuación tendría una *autoridad instrumental* en la medida en que invalidara legislación violatoria de la igualdad pública. Pero como es posible que el tribunal mediante malas decisiones judiciales invalide decisiones democráticas respetuosas con la igualdad pública, la intervención del órgano de control podría justificarse solamente, concluye el autor, «si las buenas decisiones superan significativamente en número o en importancia las malas decisiones».⁷⁵⁴ Por lo tanto, el autor afirma que se podría argumentar en principio a favor del control robusto de constitucionalidad de las leyes de un modo instrumental. A dicho punto de vista CHRISTIANO agrega algunas matizaciones, tales como el reconocimiento de la contingencia del diseño institucional de protección de la democracia y de los derechos según las diferentes sociedades y sus respectivas coyunturas, la exigencia de una rigurosa argumentación a cargo de quienes favorecen el control robusto de constitucionalidad, y la admisión de un escepticismo compartido respecto de la capacidad de la Corte Suprema de Estados Unidos para proteger los derechos básicos.⁷⁵⁵

Por último, la solución que CHRISTIANO presenta para el problema de los desacuerdos persistentes consiste en sostener que el fundamento en el respeto de la realización pública de la igualdad justificaría el propio principio y su restricción y, de este modo, según el autor evitaría las dificultades de infinita regresión y autodestrucción.⁷⁵⁶ De allí que CHRISTIANO estima que su enfoque provee «un punto de vista fuera de los desacuerdos que las personas tienen, desde el cual valorar las relaciones entre ellas».⁷⁵⁷ Es decir, para el autor su concepción de la autoridad establecería una base excluida de la negociación, no sujeta a desacuerdos y, a la vez, permitiría resolver un gran número de cuestiones, dando a los individuos una oportunidad de resolver sus disputas democráticamente.

Recapitulando, la versión procedimental de la democracia propuesta por CHRISTIANO importaría que el procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas tiene valor intrínseco. Pero sería una variante *moderada*

⁷⁵⁴ CHRISTIANO 2008: 280.

⁷⁵⁵ CHRISTIANO 2008: 280-281.

⁷⁵⁶ Cf. CHRISTIANO 2008: 286-287. Véase en el punto siguiente que ésta es una objeción potente que CHRISTIANO dirige a la teoría procedimental waldroniana del mayoritarismo participativo.

⁷⁵⁷ CHRISTIANO 2008: 287.

porque dicho procedimiento debería realizar un principio sustantivo superior y más abstracto de igualdad pública. Si bajo ciertas circunstancias, el procedimiento democrático no sólo no lo realiza, sino que frustra aquel principio, violando un conjunto de límites fundamentales que establecen restricciones sobre lo que la asamblea puede legítimamente decidir, la autoridad de la asamblea democrática se debilitaría e incluso podría desaparecer. Así, no sólo se sostendría el valor sustantivo de ciertas restricciones sobre el proceso democrático de toma de decisiones, sino que según CHRISTIANO el procedimentalismo moderado también reconocería que, a veces, la limitación del procedimiento democrático estaría intrínsecamente justificada en tanto acomoda y asegura un mínimo de intereses de todos los miembros de la sociedad que está en la base de la democracia, respetando los derechos básicos de los ciudadanos. La protección de estos serviría además para brindar una justificación instrumental del control robusto de constitucionalidad cuando este funciona adecuadamente y, en consecuencia, rechazar la posibilidad de esgrimir una razón general de principio en contra de tal institución.

4.2. Consideraciones en contra de la propuesta moderada

La concepción de la autoridad democrática de CHRISTIANO es una teoría atractiva y aguda que tiene el mérito de procurar la justificación de un procedimiento de toma de decisiones colectivas a través de la búsqueda de un balance entre los *inputs* y los *outputs* del procedimiento, mediante lo que se denomina como un *procedimentalismo moderado*. Si bien el objetivo del autor ha sido combinar el valor intrínseco del procedimiento democrático derivado de su ideal de igualdad pública con una valoración instrumental, sosteniendo que es posible evaluar cuándo ese principio no se materializa en las decisiones adoptadas por la asamblea democrática, no creo que tenga éxito en esta empresa.

Para empezar, el propio CHRISTIANO se adelanta a sopesar una posible objeción contra su enfoque de los límites de la autoridad democrática, que se dirigiría a dudar si estos no frustrarían directamente y de forma completa su propósito de mantener la idea de la justicia intrínseca de la democracia.⁷⁵⁸ La respuesta del autor es negativa porque, según sostiene, en primer lugar, el

⁷⁵⁸ Véase CHRISTIANO 2008: 299.

procedimiento democrático de decisiones seguiría siendo legítimo, no obstante, algunas o varias de sus decisiones políticas fueran injustas. Es decir, las decisiones tendrían legitimidad derivada del procedimiento que las genera, con independencia de la justicia o injusticia de su contenido.⁷⁵⁹ En segundo lugar, para CHRISTIANO el argumento de los límites al procedimiento democrático mostraría que la legitimidad de la democracia «es *condicional* a la realización de la igualdad pública», y no sólo un medio o un instrumento para la realización de aquella. La democracia, en sí misma, encarnaría la igualdad pública, en tanto no la transgreda.⁷⁶⁰ Y en tercer lugar, concluye, la idea de un estándar mínimo de resultados es presentada como condición necesaria de la realización de la igualdad pública, pero no suficiente. Una dictadura que adoptara decisiones políticas colectivas que respetaran el estándar mínimo de resultados vulneraría la igualdad pública en tanto no estableciera un procedimiento democrático.⁷⁶¹

Sin embargo, creo que las réplicas de CHRISTIANO no alcanzan para sostener que su enfoque de la democracia sea procedimental, sino que su concepción de los límites representados por derechos básicos no negociables y la introducción de un estándar mínimo de resultados la ubicaría entre los enfoques sustancialistas del tipo examinado en el punto anterior, con los problemas dirigidos a estos. Me explico. El fundamento profundo de la autoridad de la democracia en CHRISTIANO es el principio de que ciertos intereses que tendrían todas las personas deberían ser tratados públicamente de igual manera en las decisiones políticas. Este es, antes que nada, un criterio para evaluar la justicia de los resultados, y no el valor intrínseco del procedimiento.⁷⁶² Es cierto que para CHRISTIANO el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene legitimidad a pesar de que alguna o varias de sus decisiones políticas sean injustas. La distinción entre legitimidad y justicia, si bien no es una distinción aceptada por cualquier enfoque sustancialista, es admitida por DWORKIN, por ejemplo, como referí en el punto anterior, por lo que no puede ser éste un criterio para

⁷⁵⁹ Cf. CHRISTIANO 2008: 299.

⁷⁶⁰ CHRISTIANO 2008: 299, con cita de KORSGAARD 1996, sobre la distinción entre bondad instrumental y bondad condicional.

⁷⁶¹ Cf. CHRISTIANO 2008: 298.

⁷⁶² Cf. ESTLUND 2009: 243.

caracterizar una concepción como procedimental.⁷⁶³ Ahora bien, su concepción de los límites a la autoridad de la democracia, junto con el estándar mínimo de resultados, le lleva a sostener que si ciertas decisiones violan esos límites según dicho estándar de resultados, padecen de un tipo de injusticia tal que viola la igualdad pública. En estos casos, la asamblea democrática no tendría autoridad para tomar esas decisiones porque serían injustas. Si ello es así, este aspecto de su posición no se distinguiría del sustancialismo defendido por DWORKIN. Veamos algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar, mediante el recurso de los límites a la autoridad de la democracia como derechos básicos no negociables el autor intenta reconciliar la idea de la justicia y el espacio para la política. Tal como la presenta CHRISTIANO, esta es una estrategia insatisfactoria desde un punto de vista procedimental porque mediante el establecimiento de un vallado insuperable de cuestiones excluidas del debate por razones de justicia no haría sino subordinar la política al contenido de la justicia.⁷⁶⁴ Por ejemplo, CHRISTIANO establece como uno de los límites a la autoridad la satisfacción de un núcleo o mínimo económico decente. Parecería que CHRISTIANO asume que el mínimo económico tiene algún tipo de identidad provista de un dominio elemental evidente, el cual puede ser determinado con un grado de objetividad. De allí se seguiría que sería posible identificar ese límite con precisión de manera que la asamblea legislativa lo satisfaga y, además, no lo vulnere. Esta asunción no sería correcta. Se puede oponer a dicha noción la existencia de genuinos desacuerdos sobre qué constituye el *núcleo* de un derecho o qué cuenta como un derecho *básico*, sea socioeconómico, político o civil.

La caracterización de un núcleo de los derechos que debe ser protegido contra violaciones del órgano legislativo, así como del alcance exacto de los límites que estos representan, presenta problemas de imprecisión en su determinación.⁷⁶⁵ Qué constituye el núcleo de los derechos y, por lo tanto, determina los límites a la autoridad, no puede ser establecido con exclusión del debate y la decisión política, dado el hecho de la diversidad y los

⁷⁶³ Véase el punto 3 de este Capítulo.

⁷⁶⁴ Véase BAYÓN 2004: 21-35.

⁷⁶⁵ Véase BAYÓN 2004: 29.

desacuerdos persistentes y profundos.⁷⁶⁶ Lo contrario sería asumir desde el principio que hay una respuesta correcta acerca de cuáles son los derechos básicos de las personas, o cuál es el núcleo mínimo de los derechos, y acerca de la determinación de sus límites, y por esa vía entender que las personas acuerdan sobre esos derechos básicos, o sus límites. Pero, como ya he señalado ello no superaría la objeción de WALDRON según la cual tal asunción equivaldría a no tomarse el problema de los desacuerdos con seriedad.⁷⁶⁷

En segundo lugar, ante el interrogante sobre quién decide los límites a la autoridad, como los establecidos por los derechos básicos políticos y civiles o el mínimo económico, la respuesta de CHRISTIANO es que la determinación exacta de ese núcleo «debería ser decidida por derecho por la asamblea democrática».⁷⁶⁸ Esta pareciera ser una respuesta adecuada al problema de los desacuerdos: la delimitación de las barreras que circunscriben lo negociable en política no puede sino ser decidida a través de la propia política.⁷⁶⁹

Ahora bien, ¿cuándo las decisiones que adopta la asamblea respecto de la determinación del núcleo del derecho son legítimas?, ¿cuándo sus decisiones no violan los límites que circunscriben su autoridad? CHRISTIANO responde que habría «límites razonablemente claros» a la autoridad de la asamblea que se derivarían del principio de igualdad pública (*i.e.*, la realización pública del igual avance de intereses de todos los ciudadanos), por lo que sus decisiones serían legítimas en la medida en que se respete tal principio.⁷⁷⁰ Así, para el autor, en los casos de injusticia flagrante se derrota o menoscaba esa autoridad; porque en ese tipo de casos la decisión de la mayoría se convertiría en una tiranía. Ahora bien, cuáles han de ser los supuestos considerados como de injusticia grosera es una de las cuestiones sujetas a desacuerdos profundos. El aborto, la pena de muerte, o la eutanasia, entre otros, parecerían ser cuestiones sobre las cuales cualquiera sea la decisión de la mayoría de los miembros de la comunidad, se considerará como de evidente injusticia por los miembros en minoría. Siguiendo la concepción de CHRISTIANO, una decisión política de semejante

⁷⁶⁶ Véase el análisis de la noción de necesidades básicas en el Capítulo 3: punto 4.

⁷⁶⁷ Cf. WALDRON 2005a: 302-303. Véase el Capítulo 3: punto 8 de este trabajo.

⁷⁶⁸ CHRISTIANO 2008: 274.

⁷⁶⁹ Cf. BAYÓN 2004: 23.

⁷⁷⁰ Cf. CHRISTIANO 2008: 260.

injusticia adoptada por la asamblea derrotaría o socavaría su autoridad. En tanto tal, debería ser entendido como un límite a lo que la asamblea puede legítimamente decidir.

De allí que la respuesta de que la asamblea democrática es el órgano decisor para determinar los derechos básicos y sus contornos lo enfrenta a CHRISTIANO a un problema común. Porque en su concepción de la democracia la asamblea democrática tiene autoridad para adoptar las decisiones políticas en tanto respete los límites que constriñen la autoridad. Pero si la asamblea no puede tomar ninguna medida que viole la igualdad pública, bajo menoscabo o detrimento de la autoridad, ¿cómo se respetan los límites en primer lugar? Nótese que la teoría de la democracia como autoridad pretende también proveer las bases para una concepción de los límites constitucionales sobre el poder democrático.⁷⁷¹ CHRISTIANO afirma que los límites que socavan la autoridad democrática son *internos* porque se derivan en última instancia del propio principio de la igualdad pública que fundamenta la democracia. A lo cual cabría preguntarse cómo se establece aquello que viola el principio de igualdad pública sino por referencia a la teoría de la igualdad que desde el comienzo el autor ha privilegiado sobre otras teorías de la igualdad en competencia.

La propia noción de los límites equivaldría a afirmar que la especificación de los contornos de los derechos básicos y su extensión deberían estar sustraídos al poder de la decisión por vía del procedimiento democrático, para que puedan funcionar como límites a aquella. Al respecto, el autor considera que tales límites podrían ser asegurados mediante el mecanismo del control judicial robusto de constitucionalidad. En definitiva, sería el órgano de control judicial el que resolvería las disputas sobre los derechos y sus contornos según el criterio de realización de la igualdad pública. Pero contra el punto de partida de la realización de la igualdad pública como justificación de los derechos básicos y sus límites, la objeción

⁷⁷¹ Cf. CHRISTIANO 2008: 300. Es decir, que las decisiones sobre los límites a la autoridad forman parte del marco constitucional que circunscribe y restringe el poder político de la democracia. Decisiones como las de reforma de la propia constitución, y las de precisión de los límites constitucionales también son decisiones claves que, en la concepción de este autor, al adoptarlas no podría vulnerarse la igualdad pública traspasando los límites de los derechos básicos.

de no tomarse en serio los desacuerdos de los teóricos de la democracia permanecería en pie.⁷⁷²

En conclusión, pese a que la propuesta de CHRISTIANO se presenta como un enfoque procedimental de la democracia, se enmarcaría en realidad dentro de las concepciones sustancialistas como las analizadas en el punto 3. Con ello no pretendo negar la plausibilidad de la justificación de la democracia en un balance entre el valor instrumental y el valor intrínseco del procedimiento de toma de decisiones, sino sólo que CHRISTIANO no tiene éxito en esa empresa. En su concepción, el valor intrínseco del procedimiento de toma de decisiones quedaría subordinado a los valores sustantivos de la justicia, en un modo similar a las propuestas de otros defensores de este tipo de enfoque.⁷⁷³ Por ello, también, desde su estrategia de justificación de un conjunto de límites a la autoridad democrática representados por ciertos derechos básicos tampoco lograría resolver la objeción de los desacuerdos profundos. En el siguiente punto examinaré un enfoque procedimental con el fin de averiguar, entre otras cosas, si desde la democracia entendida primordialmente como procedimiento de toma de decisiones colectivas se responde plausiblemente al problema de los desacuerdos en las sociedades democráticas contemporáneas.

5. La concepción procedimental según Jeremy WALDRON

5.1. *El derecho de participación como constitutivo de la democracia*

Preocupado por los desacuerdos políticos y morales sobre derechos y la necesidad de tomar decisiones políticas colectivas a pesar de aquellos en las sociedades contemporáneas,⁷⁷⁴ Jeremy WALDRON ha reavivado la discusión filosófica-política de los últimos años con su teoría de la autoridad democrática

⁷⁷² Véase en CHRISTIANO 2000: 519-523, y 2008: 285-288, una réplica a WALDRON 2005a basada en que el enfoque de la democracia que éste favorece no puede dar cuenta de una objeción compuesta: o bien cae en un regreso, o bien es auto-contradictoria, o bien debe depender de un acuerdo.

⁷⁷³ Véanse RAWLS 1971; MACPHERSON 1973; DWORKIN 1986, 1993, 1996, 2011; GARZÓN 1989b, 1993, 2000; MORESO 1997, 2009; ALEXY 2000; EISGRUBER 2001; FERRAJOLI 2001a, 2003; PATEMAN 2003, 2004.

⁷⁷⁴ Estas serían las denominadas “circunstancias de la política”. Véanse WALDRON 2005a: 123-124; y WEALE 2007: 12-18.

mayoritaria presentada como la única capaz de tomarse dicha preocupación seriamente.⁷⁷⁵

Para WALDRON el derecho de participación política, entendido como la participación de cada individuo junto con todos los demás como iguales en la sociedad, cumple un rol especial a la hora de dar respuesta al problema de los desacuerdos. El derecho de participación política sería «el derecho de los derechos» (siguiendo la terminología de William COBBETT utilizada por WALDRON) en el sentido de que es un derecho «cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen».⁷⁷⁶ En este sentido, el enfoque procedimental manifestaría un valor intrínseco en tanto el procedimiento mayoritario sería una vía apropiada para asegurar el respeto y valor de los distintos puntos de vista de cada uno los miembros de la sociedad en las circunstancias de la política, con independencia de los resultados que se obtengan.⁷⁷⁷

WALDRON presenta su teoría de la autoridad política con fundamento en la participación democrática de todos en pie de igualdad, como una solución atractiva en las circunstancias de la política, porque también está *basada en derechos* (y no en objetivos o en deberes, según la clasificación dworkiniana en diferentes teorías de la justicia desde el punto de vista de la ética normativa).⁷⁷⁸ La principal idea de fundamentar su teoría de la autoridad democrática en derechos consistiría, según WALDRON, en la afirmación de que una tal teoría podría asumir un compromiso con los derechos fundamentales de los individuos sin que ello determine las implicaciones sobre la construcción política de la sociedad.⁷⁷⁹ Es decir, en contra de las concepciones sustancialistas de la democracia, WALDRON

⁷⁷⁵ Véase WALDRON 1993a, 2005a, 2006a y 2006b. Véase MAY 1952 para una examen de las condiciones necesarias y suficientes de la regla de decisión por mayoría simple.

⁷⁷⁶ WALDRON 2005a: 277, y nota 1; véase también WALDRON 2005a: 303.

⁷⁷⁷ Véase WALDRON 1993a en donde sostiene que habría «una cierta dignidad en la participación y un elemento de insulto [...] en la exclusión» (WALDRON 1993a: 38); la misma idea en WALDRON 2005a: 283-285, 303.

⁷⁷⁸ Véase DWORKIN 1993. WALDRON 2005a: 255 adapta la terminología dworkiniana de la clasificación de las teorías de la justicia en teorías basadas en objetivos, en derechos, o en deberes. Véase MORESO 2000b: 19, donde señala otros criterios a dicha clasificación. Por ejemplo, para algunas formas de comunitarismo el lenguaje de la moral se expresaría a través del lenguaje de las virtudes que permitirían que las personas se realicen en una cierta comunidad.

⁷⁷⁹ WALDRON 2005a: 256.

sostiene que del reconocimiento de los derechos fundamentales no se seguiría que se deban adoptar cartas de derechos de carácter rígido, o mecanismos de control robustos no democráticos, establecidos con el fin de proteger tales derechos.⁷⁸⁰ Para WALDRON, el procedimiento de toma de decisiones políticas debería mostrar igual respeto hacia todas las personas, y el único método disponible para ello en las circunstancias de la política (la unanimidad no lo está) es, según el autor, la regla de decisión mayoritaria.⁷⁸¹ De esta manera, se basaría en las propias capacidades de las personas, reconocidas por los derechos, para mostrar «una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos».⁷⁸²

WALDRON rechaza el enfoque sustancialista de los derechos que, según señalé, otorga prioridad a la obtención de ciertos resultados, porque de acuerdo con el autor, caería en una petición de principio. Dado que las concepciones sustancialistas de la democracia presupondrían que es posible conocer la verdad acerca de qué derechos poseen las personas, el procedimiento que asegure la protección de estos derechos es el que estaría investido de autoridad para resolver esta misma cuestión. Pero, de acuerdo con WALDRON, presuponer que hay una respuesta verdadera sobre qué derechos tienen las personas y cuáles son sus límites, significaría asumir desde el inicio la posibilidad de acuerdos entre los individuos sobre sus derechos, y ello equivaldría a no tomarse en serio el problema de los desacuerdos.

Su propuesta a este problema, según WALDRON, situaría el problema de los desacuerdos sobre derechos entre las mismas circunstancias de la política, colocando la cuestión de la autoridad en primera línea, en el sentido de que lo principal sería quién toma las decisiones: los participantes del procedimiento mediante el cual aquellas se adoptan por mayoría, en la concepción bajo examen. En otras palabras, dado que se necesitarían adoptar decisiones políticas comunes respecto de cuestiones sobre las que no hay acuerdo, debería dejarse a los titulares de derechos (o a sus representantes) la deliberación y decisión por voto mayoritario sobre el mejor curso de acción

⁷⁸⁰ Véase que WALDRON 2006a: 1365 admite la justificación de la adopción de cartas de derechos en las sociedades contemporáneas que funcionan razonablemente bien.

⁷⁸¹ WALDRON 2005a: 131-132. Para críticas a la regla de la mayoría véanse BUCHANAN y TULLOCK 1962; RIKER 1982.

⁷⁸² WALDRON 2005a: 330.

colectivo.⁷⁸³ WALDRON concluye que la suya sería la única teoría plausible de la autoridad que respetaría a los titulares de derechos en pie de igualdad.⁷⁸⁴

En esta línea, el autor suscribe la existencia de una relación fundamental entre la idea de derechos y la de democracia, que consistiría en «una relación entre derechos» pertenecientes a dos categorías o clases principales, a los que denomina “derechos asociados a la democracia”.⁷⁸⁵ Por un lado, señala la categoría de los derechos que son *constitutivos* del procedimiento democrático de hecho. Por el otro lado, delimita la categoría de los derechos que representan *condiciones necesarias para su legitimidad*, si bien no son constitutivos del procedimiento democrático.

Examinemos detenidamente esta clasificación. Los derechos de la primera categoría, constitutivos del procedimiento democrático son, según WALDRON, los relativos a las cuestiones formales del procedimiento político: en su modelo de democracia procedimental, sólo el derecho de participación de todos como iguales en la elaboración de las leyes.⁷⁸⁶ Esto es, al menos un derecho individual, el derecho de participación política, sería constitutivo del procedimiento democrático.

Pero también son importantes en la teoría waldroniana los derechos de la segunda categoría, representativos de las condiciones de la legitimidad del procedimiento o «de la respetabilidad moral de la toma de decisiones democráticas». ⁷⁸⁷ Estos serían derechos obvios en una democracia, según el autor, como los derechos de libertad de expresión y asociación.

Entre estos dos conjuntos de derechos habría una *relación* que representaría «la relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad»⁷⁸⁸: los derechos de la segunda clase, en tanto requisitos previos de la legitimidad, serían precondiciones del ejercicio legítimo de los derechos de la primera clase, aquellos que constituyen el propio procedimiento político. Es decir, los derechos como los de libertad de expresión y asociación estarían presupuestos por el derecho de participación política y, con ello, por la

⁷⁸³ Véase en WALDRON 2005a: 129-133, 136-142 la defensa de la regla de la mayoría como el método privilegiado para la toma de decisiones colectivas en una democracia.

⁷⁸⁴ Cf. WALDRON 2005a: 303.

⁷⁸⁵ Cf. WALDRON 2005a: 337-340.

⁷⁸⁶ Cf. WALDRON 2005a: 338.

⁷⁸⁷ WALDRON 2005a: 339.

⁷⁸⁸ WALDRON 2005a: 340.

democracia. De este modo, para WALDRON, una decisión política sólo sería legítima, y podría legítimamente ser impuesta sobre los individuos, bajo ciertas condiciones, que podrían representarse como el respeto por los derechos de aquellos a quienes se les imponen. Todos estos derechos, en la concepción procedimental de la democracia de WALDRON, podrían considerarse *condicionamientos* a aquello que los participantes podrían decidir en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría.⁷⁸⁹

Ahora bien, lo que caracteriza a la posición del autor es que el reconocimiento de los derechos de las personas y su relación con la democracia en tanto límites a lo que puede decidirse por mayoría, no justificaría la adopción de un control judicial robusto de constitucionalidad o alguna otra institución que carezca de credenciales democráticas. En una primera instancia, WALDRON negó la admisión de tal mecanismo institucional para el caso del resguardo contra posibles violaciones de la mayoría de los derechos que versan sobre la propia naturaleza procedimental de la democracia, como el derecho formal de participación política.⁷⁹⁰ WALDRON afirmaba que ni siquiera en estos supuestos en que se pretendería justificar el uso de un determinado procedimiento de decisiones para ocuparse de la protección de una cuestión que versa sobre el propio procedimiento democrático, desaparecería el recelo sobre el posible carácter no democrático de tal procedimiento. Para el autor, la instauración de una institución no democrática de control de las decisiones políticas significaría siempre una pérdida, en algún grado, para la democracia. Si una tal institución,

«toma la decisión correcta, entonces se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas;

⁷⁸⁹ Véase WALDRON 2005a: 365-371.

⁷⁹⁰ WALDRON 2005a: 350.

pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante.»⁷⁹¹

Con posterioridad, el autor ha ido afinando su argumento contra el control de constitucionalidad de modo de volverlo condicional de forma explícita contra la supremacía judicial en las sociedades que funcionan razonablemente bien de acuerdo con la presencia de un conjunto de asunciones o características.⁷⁹² Su argumento contra el control judicial robusto se aplicaría si, y sólo si, se trata de sociedades que tienen «responsabilidad democrática y acuerdos legislativos», y las cuales están «imbuidas con un sentido del respeto por los derechos», no obstante la existencia de desacuerdos considerables sobre estos.⁷⁹³ Asimismo, WALDRON ya no se opone a la adopción de una carta de derechos constitucionales, ni a los mecanismos de control débil de constitucionalidad.⁷⁹⁴

WALDRON se adelanta a considerar una posible crítica a que su idea sobre que el propio procedimiento democrático debería ser dejado a la decisión de la mayoría democrática implique alguna forma de petición de principio, en tanto habría algo circular en asignar a la mayoría la adopción de decisiones sobre la naturaleza y los límites del procedimiento mayoritario de decisiones.⁷⁹⁵ Y acepta que, en efecto, todos los derechos de los considerados como asociados a la democracia podrían ser objeto de esta crítica de circularidad relativa al desacuerdo sobre la legitimidad de la utilización del procedimiento mayoritario para la determinación de qué derechos tienen los individuos, incluyendo al propio derecho de participación política en la toma de decisiones por mayoría. Sin embargo, este problema, aclara WALDRON, sería uno que se extiende a todas las formas de organización política, incluyendo el gobierno de los jueces; es decir, afectaría

⁷⁹¹ WALDRON 2005a: 351.

⁷⁹² Cf. WALDRON 2006a: 1360; 2006b: 63. Véase el Capítulo 3: punto 8; y el punto 8 de este Capítulo para un análisis más extenso de este argumento nuclear contra la supremacía judicial.

⁷⁹³ WALDRON 2006b: 63.

⁷⁹⁴ Véase WALDRON 2006a: 1365-1366 respecto de la adopción de una *Bill of Rights*; WALDRON 2006a:1353-1356, respecto de la definición de control judicial de la legislación y la distinción entre débil y robusto; y WALDRON 2006a: 1363 sobre el control débil de constitucionalidad, no obstante manifiesta reparos sobre su viabilidad en WALDRON 2004a.

⁷⁹⁵ WALDRON 2005a: 355-357.

a toda autoridad política. Con la diferencia notable para el autor de que otros sistemas políticos, además de los mismos problemas que afectan la legitimidad del procedimiento mayoritario, cargan con una falta de legitimidad extra: «no permiten la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de decisión última; en lugar de eso, proceden a tomar decisiones últimas sobre los derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos». ⁷⁹⁶

Por consiguiente, agrega WALDRON, este problema nos situaría en un espacio de *no legitimidad*.⁷⁹⁷ Y sólo nos quedaría esperar, desde un punto de vista pragmático, que surja un procedimiento democrático legítimo. Sin embargo, el autor se niega a aceptar que el reconocimiento de esta dificultad consistente en la ausencia de un criterio de legitimidad de origen, justifique una ventaja explicativa del enfoque sustancialista de la democracia. Por un lado, sostiene que dada la diversidad de puntos de vista de las personas sobre los procedimientos de decisión y sobre los resultados de estos, ninguna de las posiciones sobre la democracia podría reclamar superioridad al respecto. Por el otro lado, WALDRON reclama la existencia de la posibilidad, en el ámbito de la política práctica, de «utilizar un procedimiento común y familiar como la decisión mayoritaria para resolver estas cuestiones mientras dejamos abierta la cuestión de la legitimidad». ⁷⁹⁸ De este modo, se evitaría el problema de circularidad al aceptarse el procedimiento de decisión por mayoría para resolver los desacuerdos sobre los derechos asociados a la democracia sin proclamar su legitimidad democrática de origen, *por razones pragmáticas*.⁷⁹⁹

En la propuesta procedimental de WALDRON el respeto a los derechos de las personas estaría a cargo del propio órgano legislativo. Esto significaría que en una sociedad democrática que funciona de manera razonable todos los derechos, incluyendo los asociados a la propia democracia, se encontrarían a merced de la decisión política por mayoría, esto es, *estarían al alcance de la mano*.⁸⁰⁰ Previendo una posible reacción de pánico hacia el autogobierno en el ámbito político caracterizado de este modo, WALDRON sostiene que es el precio que hay que pagar si se parte de la idea de que los individuos, en

⁷⁹⁶ WALDRON 2005a: 357.

⁷⁹⁷ Cf. WALDRON 2005a: 358.

⁷⁹⁸ WALDRON 2005a: 358.

⁷⁹⁹ Cf. WALDRON 2005a: 359.

⁸⁰⁰ Cf. WALDRON 2005a: 362; 2006a: 1364-1366.

tanto titulares de derechos, «deben ser respetados como agentes morales distintos con sus propios sentidos de la justicia».⁸⁰¹ Porque el respeto a las concepciones de la justicia de los demás, dado el hecho de los desacuerdos, afirma el autor, exigiría la selección de procedimientos que nos permitan dirimir los desacuerdos entre todos sin que se establezca previamente cuál es la decisión correcta.

Sin embargo, WALDRON confía, por un lado, que la expresión “estar al alcance de la mano” no se interprete como una usurpación o arrebato codicioso por parte de la mayoría que amenazaría la propia existencia de todos los derechos.⁸⁰² Si esta fuera la situación en una cierta sociedad, WALDRON precisa que se trataría de un caso patológico que quedaría fuera del argumento central dirigido contra el control robusto de constitucionalidad.⁸⁰³ El argumento central de WALDRON sería sólo aplicable a las sociedades que funcionan de manera razonable y partiría de la asunción de que la política democrática es algo distinto que un conflicto de intereses que requieren de una protección singular, como la del control robusto de constitucionalidad, respecto de las decisiones mayoritarias. Esto último sería propio, según la interpretación refinada de WALDRON, de aquellos «países —tal vez los Estados Unidos— en los cuales se han desarrollado patologías legislativas peculiares».⁸⁰⁴ En estos supuestos no se seguiría para el autor que el control judicial robusto esté justificado, porque habría otras consideraciones que tener en cuenta, pero las circunstancias especiales permitirían considerar un argumento a su favor.⁸⁰⁵

Por el otro lado, WALDRON niega que “estar al alcance de la mano” tenga que asociarse con «la rapiña precipitada, volátil e impetuosa» de las mayorías legislativas.⁸⁰⁶ Según el autor, sería posible disminuir esta inseguridad tornando, por ejemplo, más complicado el procedimiento legislativo, dificultando la posterior revisión de cuestiones de principios una vez que una decisión al respecto ha sido adoptada, sin que mecanismos de

⁸⁰¹ WALDRON 2005a: 362. Véase el Capítulo 3: punto 2 de este trabajo.

⁸⁰² Cf. WALDRON 2005a: 363.

⁸⁰³ Cf. WALDRON 2006a: 1359, 1366; 1401-1406.

⁸⁰⁴ WALDRON 2006a: 1386. Véase también WALDRON 2006a: 1362, nota 48.

⁸⁰⁵ Cf. WALDRON 2006a: 1402.

⁸⁰⁶ WALDRON 2005a: 364. Véase también WALDRON 1993f: 418. Si este fuera el caso, nuevamente, de acuerdo con WALDRON 2006a, se trataría de sociedades fuera del núcleo de su argumento.

este tipo signifiquen una merma democrática. En consecuencia, este tipo de protección política de los derechos no debería ser interpretado, concluye WALDRON, como una falta de protección de los derechos fundamentales de los individuos en las sociedades caracterizadas como de funcionamiento razonable. Porque, para el autor, la idea de los derechos es que existiría en este tipo de sociedad una cultura política en la cual habría un amplio compromiso con los derechos humanos y estaría presente la noción de respeto general hacia los derechos individuales y de las minorías.⁸⁰⁷ Así, en la concepción de WALDRON, la protección de los derechos descansaría saludablemente en el reconocimiento y asignación de relevancia a «la cultura política» y a «la autocomprensión pública» de los miembros de la sociedad respecto del amplio consenso sobre un compromiso con los derechos de todos.⁸⁰⁸

Las posiciones que caracterizan a la democracia en términos procedimentales, como la concepción propuesta por WALDRON, son sugerentes y parecen tener una ventaja explicativa sobre qué es una democracia respecto de un enfoque sustancialista como el de DWORKIN, o respecto de uno moderado como el de CHRISTIANO. Porque un enfoque procedimental, de acuerdo con Frederick SCHAUER, «deja pocas dudas sobre *qué* es la democracia, aunque deja abierta la cuestión acerca si y cuándo la democracia es una buena cosa».⁸⁰⁹ El planteo desde el procedimentalismo, por consiguiente, resalta la posibilidad de concebir a la democracia como uno de los valores políticos de una comunidad, sin confundirlo con otros con los cuales podría entrar en conflicto, *i.e.*, la justicia.

Sin embargo, esta vía no está exenta de objeciones. Considero, no obstante, que las mismas no son decisivas, sino que es posible ofrecer respuestas a aquellas y mantener que la democracia debería ser concebida en términos procedimentales. A continuación me ocuparé de analizar dos conjuntos de problemas que podrían plantearse a una concepción democrática procedimental como la defendida por WALDRON. En primer lugar, examinaré las dificultades que surgen para una teoría que pone al frente el problema de los desacuerdos en el marco de la discusión sobre la mejor forma de concebir la democracia y los derechos. En segundo lugar, y

⁸⁰⁷ Cf. WALDRON 2006a: 1365.

⁸⁰⁸ Cf. WALDRON 2005a: 365-367; 2006a: 1365-1366.

⁸⁰⁹ SCHAUER 1994: 1335, nota 31.

más importante para los fines de este trabajo, me referiré a una inquietud relativa a su argumento central de rechazo del control robusto de constitucionalidad en las sociedades que funcionan razonablemente bien.

5.2. El dilema: ¿regreso infinito o autodestrucción?

Para empezar, hoy es una crítica común dirigida a la solución ofrecida por WALDRON al problema de los desacuerdos señalar que las personas también discrepan sobre si el procedimiento de toma de decisiones a través de la regla de la mayoría es un modo deseable de adoptar decisiones políticas.⁸¹⁰ Esto es, una teoría de la democracia como la de WALDRON, que parte de la afirmación del inescapable hecho de desacuerdos considerables en prácticamente todas las cuestiones políticas y morales, ha sido desacreditada porque llevaría en su interior el germen de su propia destrucción. Así lo ha expuesto CHRISTIANO, entre otros, al señalar que la estructura del argumento de WALDRON a favor de la participación mayoritaria en las condiciones de la política quedaría apresada en un dilema: o lleva a un regreso al infinito, o se autodestruye.⁸¹¹

La primera consecuencia de un regreso infinito ocurriría si empleamos la propia objeción de WALDRON del problema de decidir sobre cuestiones sustanciales en las circunstancias de la política pero ahora dirigida a los criterios para seleccionar procedimientos. De acuerdo con CHRISTIANO, por las mismas razones por las que es moralmente deseable adoptar las decisiones sobre derechos a través de procedimientos que reconozcan la participación igual de todos, asimismo lo será adoptar la decisión política respecto de qué procedimiento elegir mediante un procedimiento de orden superior basado también en la exigencia de participación igual en su adopción.⁸¹² Siguiendo el argumento waldroniano, señala CHRISTIANO, se pueden esperar desacuerdos en cada nivel, lo cual llevaría a un retroceso sin fin.

Vimos que WALDRON ha anticipado la objeción del regreso al infinito vislumbrando que el argumento de los desacuerdos alcanzaría también al

⁸¹⁰ Véanse RAZ 1998: 47; BAYÓN 2004: 25; CHRISTIANO 2000: 519-522; FABRE 2000b: 275-278, y 2000c: 141-142; EISGRUBER 2002; KAVANAGH 2003: 467-469; y GARGARELLA y MARTÍ 2005: XXV-XXVII.

⁸¹¹ Véase CHRISTIANO 2000: 519-523, 2008: 285-288.

⁸¹² Cf. CHRISTIANO 2000: 520.

procedimiento mayoritario de toma de decisiones.⁸¹³ La salida propuesta por WALDRON a esta dificultad ha consistido en un movimiento *de tipo pragmático*: apelar al «hecho de que, pragmáticamente, tengamos que encontrar algún modo de resolver los desacuerdos acerca de los derechos asociados con la democracia».⁸¹⁴ El autor sostiene que, dado que no tenemos «ningún criterio común de legitimidad en absoluto», el procedimiento de toma de decisiones por mayoría, que es «común y familiar», puede ser utilizado como «cuestión de política práctica».⁸¹⁵ De este modo, la pragmática, según WALDRON, podría «llevarnos [...] a un uso informal, y bastante vacío de contenido, de algún procedimiento conocido de decisión», sin que su uso presuponga una petición de principio de la legitimidad.⁸¹⁶

Se ha objetado a esa respuesta que el problema de la falta de legitimidad de origen permanece pese al recurso pragmático ofrecido. Por ejemplo, Aileen KAVANAGH observa que «si usamos un procedimiento para la toma de decisiones políticas sin saber si es legítimo o no, entonces no tenemos razón para aceptar el resultado de tal procedimiento como autoritativo».⁸¹⁷ WALDRON reconoce que la opción pragmática está abierta para todos, pero niega que esto nos haga necesariamente adoptar un enfoque sustancialista de la democracia, orientado a los resultados.⁸¹⁸ En su lugar, favorece un enfoque procedimental, y la razón sería que el procedimiento de toma de decisiones por mayoría sería intrínsecamente valioso, con

⁸¹³ Cf. WALDRON 2005a: 355-360, quien se ocupa de esta dificultad como un problema de circularidad acerca de los desacuerdos sobre el contenido de las decisiones políticas.

⁸¹⁴ WALDRON 2005a: 358.

⁸¹⁵ WALDRON 2005a: 358.

⁸¹⁶ WALDRON 2005a: 359. WALDRON aclara que esto no implicaría privilegiar el procedimiento de toma de decisiones por mayoría, sino que «es sencillamente usarlo. Si elegimos uno de los procedimientos que son objeto de la decisión como procedimiento para tomar la propia decisión, lo hacemos simplemente porque *necesitamos un procedimiento* en esta ocasión, y esto es algo que no podemos evitar por el momento» (WALDRON 2005a: 359, énfasis en el original). Se ha señalado en varias oportunidades que no parece obvio que usar un procedimiento de decisión política para decidir qué procedimiento de decisión política es más legítimo, no cuente como privilegiarlo. Véanse, por ejemplo, FABRE 2000b: 277; y KAVANAGH 2003: 469.

⁸¹⁷ KAVANAGH 2003: 469. En el mismo sentido, FABRE 2000b: 277. Véase también una crítica sobre este argumento en BEITZ 1983: 83. KAVANAGH 2003: 469 agrega que el hecho de que no podamos evitar por el momento usar otro procedimiento que el mayoritario, no brindaría ninguna buena razón para no evitar su uso en el futuro y, por consiguiente, dado que un argumento de ese tipo no tendría peso moral, no satisfaría la carga de la justificación.

⁸¹⁸ Cf. WALDRON 2005a: 359.

independencia de los resultados que arroje, porque permitiría la participación de todos, apoyándose en la distinción entre la cuestión de la legitimidad del procedimiento, y la cuestión de la justicia del contenido de las decisiones por aquél adoptadas.

Aun concediendo que el regreso llegara a un fin en alguna etapa, todavía habría que enfrentar el segundo cuerno del dilema. La segunda consecuencia referida a la autodestrucción del argumento de los desacuerdos esgrimido por WALDRON aparecería porque, como muestra CHRISTIANO, el proceso de regreso no nos dirigirá necesariamente a un procedimiento mayoritario en el primer nivel. Al contrario, según el autor habría que esperar desacuerdos relativos a la legitimidad de los propios procedimientos mediante los cuales se adoptan las decisiones colectivas, con independencia de los desacuerdos que hacen necesario recurrir a tales procedimientos. Y sería igualmente ofensivo para los titulares de derechos el mero apoyo de un procedimiento de participación mayoritario pese a los desacuerdos considerables sobre cómo se deberían adoptar las decisiones colectivas.⁸¹⁹

La solución al segundo cuerno del dilema sería un paso que WALDRON se resistiría a dar porque importaría aceptar un acuerdo en la base para que su argumento funcione: que sobre la participación política como derecho constitutivo de la democracia no habría desacuerdos. Según CHRISTIANO sería inevitable para aquél dar ese paso si quiere evitar que su teoría procedimental termine defendiendo absolutamente nada.⁸²⁰ Esta ha sido la estrategia de CHRISTIANO para evitar que la objeción de regreso se vuelva contra su propia teoría de la autoridad democrática, recurriendo a un acuerdo en la base democrática sobre la igualdad pública. Sin embargo, al analizar su concepción señalé que su estrategia no logra sortear el problema del desacuerdo respecto de la propia noción sustantiva de igualdad pública.

Por su parte, no parece que las razones ofrecidas por WALDRON sean suficientes para justificar ni la prioridad del derecho a la participación política ni que sea el único derecho que permite de manera adecuada el ejercicio de los demás derechos, al margen de los desacuerdos. Pero podría pensarse como una posible salida una solución alternativa basada en la distinción entre tipos de desacuerdos a la que he referido en el Capítulo 3.⁸²¹

⁸¹⁹ Cf. CHRISTIANO 2000: 521.

⁸²⁰ Cf. CHRISTIANO 2008: 285-286.

⁸²¹ Véase el Capítulo 3: punto 2.

En este sentido, considero que es posible argumentar a favor de una concepción procedimental de la democracia que tome en serio los desacuerdos sin que sea susceptible a la objeción de la autodestrucción de sus propias bases, como intento hacerlo en el Capítulo 5.

5.3. La confianza en la cultura política

Un segundo conjunto de problemas independientes de los anteriores surgiría de su argumento central contra el control robusto de constitucionalidad respecto de aquellas sociedades que funcionan legislativa y democráticamente de manera razonable, y en las que, no obstante existe un amplio compromiso con los derechos fundamentales, reinan los desacuerdos sobre aquellos.

En primer lugar, WALDRON fundamenta su teoría de la legitimidad democrática en el igual respeto de los derechos fundamentales de los individuos. Esto es, reconoce que las personas tienen derechos cuya protección es primordial en una democracia de manera de otorgar legitimidad a las decisiones colectivas adoptadas mediante el procedimiento por mayoría. En concreto, el derecho a la participación política de todos en iguales términos es caracterizado por WALDRON como *el derecho de los derechos*, constitutivo del procedimiento democrático. Las razones no radicarían en que la participación política tendría prioridad moral sobre los demás derechos, sino en que el ejercicio de este derecho, según el autor, sería el único que permite de manera adecuada el ejercicio de los otros derechos en las circunstancias de desacuerdos entre sus titulares sobre qué derechos tienen y con qué alcance.⁸²²

Sin embargo, WALDRON no detiene su argumento en favor de los derechos a aquellos que considera constitutivos del procedimiento democrático (el derecho de participación política), sino que también aboga por los derechos que posibilitan «el ejercicio significativo o efectivo» de esa participación,⁸²³ en tanto condiciones necesarias de una decisión dotada de autoridad democrática. En efecto, el autor rechazaría la supremacía del procedimiento mayoritario de toma de decisiones si aquella significara una renuncia a la idea de derechos, porque como él mismo dice, «nadie piensa que un puñado de personas está autorizado para imponer una decisión a los

⁸²² Cf. WALDRON 2005a: 277.

⁸²³ WALDRON 2005a: 340.

demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra». ⁸²⁴ En cambio, sitúa los derechos en un lugar central en su concepción procedimental y asigna peso moral a la democracia y a la regla de decisión mayoritaria sólo bajo determinadas condiciones. De allí que WALDRON no se limita a la única defensa del derecho de participación política, sino que lo integra con los derechos necesarios para su legitimidad, que en conjunto forman, como ya mencioné, la categoría de los derechos asociados a la democracia.

Ahora bien, los derechos que no son formalmente constitutivos de la democracia, sino que representan las condiciones de la legitimidad serían, según WALDRON, potencialmente más gravosos y tendientes a la expansión. En esta segunda clase, WALDRON menciona, a modo de ejemplo, la libertad de expresión y la libertad de asociación. Pero, en tanto condiciones de la legitimidad del ejercicio de participación política de todos en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría, otros derechos también podrían considerarse apropiadamente como tales si satisfacen esa caracterización.

WALDRON sostiene que del compromiso con los derechos asociados a la democracia no se seguiría la justificación de ningún mecanismo para su resguardo que no tenga título democrático, porque respetar la diversidad de puntos de vista razonables que estas tienen sobre cuáles son sus derechos exigiría que se deje a las propias personas tal decisión mediante un procedimiento de mayoritarismo participativo. Según WALDRON, la propia noción de considerar a los individuos como titulares de derechos, y la necesidad de tomarse en serio el hecho de los desacuerdos sobre el contenido de los mismos nos prevendría, en las sociedades bien organizadas, de establecer la protección de los derechos en constituciones rígidas dotadas de control robusto de constitucionalidad. Así, el reconocimiento del valor de estos derechos no justificaría en tales sociedades su protección constitucional por una institución no democrática de protección, por razones de principio,

⁸²⁴ WALDRON 2005a: 339. Algún defensor de una concepción procedimentalista radical sí podría pensar de este modo, si el procedimiento elegido para tomar decisiones colectivas fuera el de la regla de la mayoría irrestricta. Véase, por ejemplo, DODD 2008. Pero piénsese en una situación en la que se encuentren 10 sobrevivientes de un naufragio en un bote salvavidas con capacidad sólo para 9. El voto de la mayoría que decidiera arrojar al agua a una de ellas no se distinguiría de una patota que decide darle una paliza de muerte a un individuo. Véase al respecto el debate WALDRON-DWORKIN en WALDRON 2010b.

como mencioné en el Capítulo 3. Al respecto, WALDRON duda, creo que incorrectamente, que una institución no democrática pueda aportar algo a la democracia, mientras que asegura que siempre significará una pérdida para la misma.

Pero afirmar, como hace WALDRON, un compromiso con los derechos y con su protección y, a la vez, un respeto por los desacuerdos sobre los derechos que tienen las personas, lo enfrenta con lo que parecería ser otro dilema: o bien falla en proteger los derechos asociados a la democracia, o bien falla en tomarse en serio los desacuerdos.

Y este aparente dilema aparece cuando WALDRON introduce el elemento de la *cultura política*. El autor nos indica que la única manera de respetar los derechos en pie de igualdad de todos los individuos es mediante un procedimiento de decisión por mayoría en el que participen todos formalmente en iguales términos, provistas ciertas condiciones necesarias para la legitimidad de dicho procedimiento. Pero, para que la mayoría no menoscabe los derechos de quienes se encuentran en alguna minoría, deben respetarse sus derechos mediante el procedimiento de toma de decisiones. Su propuesta de respeto se apoya en una presuposición adoptada por John LOCKE, y que consiste en que la protección de los derechos debe dejarse a la propia asamblea y que el respeto a los límites representados por los derechos surgirá de la «cultura política» y la «autocomprensión política pública».⁸²⁵ De acuerdo con su versión más evolucionada, dice el autor que en las sociedades bien organizadas a las que limita su argumento lo que las caracteriza es un compromiso serio hacia los derechos de todos.⁸²⁶ Esto es, en este tipo de sociedades sus miembros «cuidan de los derechos, mantienen bajo constante consideración y vívido debate las perspectivas sobre los derechos propias y de los otros, y están alertas sobre las cuestiones de derechos acerca de todas las decisiones sociales que son propuestas o discutidas entre ellos».⁸²⁷

Ciertamente, WALDRON no se extiende en la explicación de estos componentes, no obstante señalar que se trata de una de las asunciones de las *sociedades nucleares* sobre las que centra su argumento contra el control

⁸²⁵ WALDRON 2005a: 366-367. Nótese que LOCKE 1988 [1690] defendía la existencia objetiva de un derecho natural.

⁸²⁶ Cf. WALDRON 2006a: 1365.

⁸²⁷ WALDRON 2006a: 1365.

judicial robusto. De su caracterización no queda claro si la confianza en la cultura política de compromiso hacia los derechos se refiere a aquella que ostenta el conjunto de los participantes del procedimiento de decisiones, esto es, los individuos en una comunidad política, o si se refiere a la cultura política de las propias instituciones, o si su noción comprende ambas.⁸²⁸ De este modo, podríamos interpretar el compromiso hacia los derechos (a lo que antes referí como el respeto de los derechos a través de la cultura y la autocomprensión política) de dos maneras.

Por un lado, podría sostenerse que el compromiso hacia los derechos que asume WALDRON alude al aspecto interno de conciencia política de cada uno de los miembros del cuerpo político (sean los ciudadanos o sus representantes) respecto de los derechos de los demás. Pero esta parece ser una interpretación que provee una garantía demasiado débil de los derechos, que no se corresponde con el compromiso que respecto de estos asume desde el comienzo.⁸²⁹ En este sentido, es importante señalar que, como teoría no ideal de la democracia, la propuesta de WALDRON de asumir un compromiso serio hacia los derechos por parte de los propios miembros de la sociedad no disminuye el pánico que surge si se piensa esa idea para muchas de las comunidades que no alcanzarían esos estándares de respeto político hacia los derechos. WALDRON sostiene que estos casos se definen como *sociedades no nucleares*.⁸³⁰ En efecto, en sociedades donde esa cultura política no estaría suficientemente desarrollada el argumento waldroniano contra el control judicial robusto no funcionaría como objeción de principio, lo cual sólo significaría que se podrían entrar a evaluar consideraciones contextuales a su favor o en su contra.⁸³¹

⁸²⁸ La misma falta de distinción puede observarse respecto de la noción de «autocomprensión pública», donde no queda claro si se refiere a la propia comprensión de lo público que debe tener cada ciudadano, o si se refiere a la comprensión individual de los legisladores respecto de los asuntos públicos. Véase WALDRON 2005a: 367. Tampoco en WALDRON 2006a distingue si el compromiso hacia los derechos es una característica de los participantes o de los representantes legislativos, o de ambos.

⁸²⁹ Véase la crítica de BAYÓN 2004: 60 sobre la confusión de planos en la que incurriría WALDRON al no distinguir la deliberación en primera persona de la deliberación colectiva.

⁸³⁰ Cf. WALDRON 2006a: 1366.

⁸³¹ Cf. WALDRON 2006a: 1402.

Entonces el argumento de WALDRON parecería reducirse ahora a una *justificación contextual* del control judicial de constitucionalidad.⁸³² La justificación de la protección de los derechos por parte del órgano legislativo dependería del grado de maduración de la cultura pública de cada comunidad política. Pero ocurre que en aquellas sociedades en las que la cultura de compromiso político hacia los derechos está suficientemente desarrollada los derechos son de hecho respetados. Y aquellas sociedades patológicas en las que la cultura política no está suficientemente desarrollada, esa cultura no representará ningún límite para el avasallamiento de tales derechos. En consecuencia, en ninguno de los dos casos esta apelación al compromiso político juega un papel como límite al avasallamiento de los derechos. La tutela de los derechos requeriría de un límite normativo; el que de hecho se los respete no es un límite normativo (ni de ninguna otra índole). Creo que esto lo admitiría ahora WALDRON al considerar la adopción de una carta de derechos constitucionales como parte de la asunción sobre el compromiso hacia los derechos.⁸³³

Pero por el otro lado, podría sostenerse que la noción de cultura política pública de compromiso hacia los derechos alude a su respeto a través de los mecanismos institucionales democráticos. Esta parece ser la interpretación adoptada por Richard BELLAMY, quien sigue las huellas de la teoría procedimental de WALDRON, y analiza con más detenimiento qué significa tomarse en serio los derechos desde la perspectiva del constitucionalismo político.⁸³⁴ En este sentido, sostiene que existen mecanismos institucionales legítimos mediante los cuales puede limitarse o constreñirse a la voluntad mayoritaria de manera de evitar decisiones políticas que vulneren los derechos fundamentales de todos. Así, por ejemplo, la justificación de medidas que aumenten los costes de transacción de la toma de decisiones o aquellas que otorgan más poder a los actores con capacidad de veto estarían justificadas, según BELLAMY, sin que se las pueda tachar de no democráticas.⁸³⁵ Para CHRISTIANO, sin embargo, la razón por la que

⁸³² Una defensa contextual del control robusto de constitucionalidad de los derechos es sostenida en BEITZ 1989: 118; DAHL 1992; BAYÓN 2000a; 2004; 32, 36, 45, nota 111, 71-74; MORESO 2000b: 37-40; 2006; y CHRISTIANO 2008: 282-283, entre otros. En contra de la defensa contextual de este mecanismo de protección de los derechos, véase LINARES 2008: 87-94.

⁸³³ Cf. WALDRON 2006a: 1364-1366.

⁸³⁴ Véase BELLAMY 2007: Capítulos IV-VI.

⁸³⁵ Cf. BELLAMY 2007: 230-239.

aceptamos estas restricciones políticas, no obstante asumir un compromiso inicial con la importancia de los derechos asociados a la democracia, sería una falta de confianza absoluta en que la mayoría siempre tomará decisiones que respetarán estos derechos respecto de todos.⁸³⁶

Ahora bien, los autores procedimentalistas justifican mecanismos institucionales que condicionan lo que las asambleas legislativas podrían legítimamente decidir, que serían internos al procedimiento. El problema que veo con esta posición es que cuantos más componentes restrictivos se incorporan a las instituciones que posibilitan el procedimiento de decisiones por mayoría de manera de asegurar el compromiso hacia los derechos, menor es la diversidad de puntos de vista que se admiten, y menos se representa una igual valoración de la pluralidad, y ello parece apuntar a que admiten límites a la exigencia de tomarse en serio los desacuerdos.⁸³⁷ Por esta vía interpretativa, las razones que estos autores sostienen para rechazar la protección de los derechos mediante un control judicial robusto de constitucionalidad deberían también contar para rechazar la protección de los derechos mediante ciertos mecanismos restrictivos al funcionamiento de una asamblea democrática. Si esto fuera así, no se sigue que no esté justificado el control robusto de constitucionalidad sin argumentos adicionales. Lo que parece seguirse de este enfoque es que, por un lado, no basta la confianza en la asambleas para el adecuado resguardo de los derechos. Y que, por el otro lado, dado lo anterior, se justifican ciertos órganos internos de revisión que no serían más representativos y políticamente responsables que los órganos jurisdiccionales de control.

Así, parece que las concepciones procedimentales como las defendidas por autores como WALDRON y BELLAMY, no podrían sostener al mismo tiempo los tres pilares fundamentales sobre los que sustentarían sus respectivas teorías de *una democracia operativa*:⁸³⁸ a) el respeto de los derechos fundamentales; b) la preocupación por el hecho de los desacuerdos; y c) una confianza absoluta en la protección política de los derechos de todos.

⁸³⁶ Cf. CHRISTIANO 2007: 283.

⁸³⁷ Por ejemplo, véase BELLAMY 2008: 192, sobre la confianza en que un uso público adecuado de la razón puede funcionar como un filtro que elimine las posiciones más obviamente injustas e interesadas, que no tratan a todos con igual consideración y respeto. Pero para que la razón pública funcione de manera adecuada debe adoptar distintas formas y aspectos bastante exigentes (cf. BELLAMY 2007: 179).

⁸³⁸ Cf. BELLAMY 2007: 210, 221.

5.4. Sumario

Luego de examinar tres concepciones de la democracia y algunas de las críticas dirigidas a aquellas, es necesario detenerse un momento para recapitular los pasos dados hasta ahora en este capítulo. Comencé con el objetivo de analizar el lugar de los derechos desde la perspectiva de lo que exige la democracia, alternativo a la defensa habitual de los derechos basada en lo que exige la justicia. El examen de una concepción abiertamente sustancialista como la democracia constitucional de DWORKIN mostró que las exigencias de la legitimidad del procedimiento, si bien se distinguen de las exigencias de la justicia de los resultados, son subordinadas a estas. Desde tal estrategia no parece brindarse una respuesta satisfactoria a la objeción de los desacuerdos.

Un enfoque en apariencia más moderado como el propuesto por CHRISTIANO tampoco representaría una verdadera alternativa a tal problema. No obstante el autor propone que los límites a la autoridad de la asamblea democrática serían internos en tanto impuestos por la propia asamblea (y no externos como en la concepción de DWORKIN) el criterio para su determinación estaría también anclado a una noción sustantiva de la igualdad pública que difícilmente sortea la dificultad de justificar su elección por encima de otras teorías de la igualdad política rivales, si se la excluye, junto con los límites que de ella se derivan, de la decisión política ordinaria como no negociables.

La perspectiva procedimental de la democracia mayoritaria de WALDRON se presenta como una mejor aproximación de lo que debería entenderse por democracia. Su objetivo consistiría en restringir la noción de “democracia” al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, dejando a esta la decisión acerca de las cuestiones sustantivas sobre las que no hay acuerdo entre los miembros de la sociedad. Sin embargo, considero que desde una concepción semejante no se ha prestado la atención necesaria a los presupuestos sobre los que se apoya. Por eso, en lo que sigue me propongo proveer una defensa de los derechos a partir de la concepción procedimental de la democracia con base en la propuesta de WALDRON haciendo expresos los presupuestos condicionales que están implícitamente asumidos en su teoría. Para ello desarrollaré la tesis de las precondiciones del procedimiento democrático de toma de decisiones. Y a partir de allí, exploraré si el rechazo

hacia un modelo de protección robusto de los derechos sigue estando plenamente justificado.

Pero antes será necesario detenerme en la consideración de los alcances de la noción de participación política significativa que debería estar en la base de una concepción procedimental de la democracia plausible. Ello porque desde este enfoque, como se examinó, se ubica al derecho de participación política en un lugar privilegiado como derecho constitutivo de la democracia.

6. La noción de participación política

He sostenido antes que en un régimen democrático no sólo importa *qué se decide* a través del procedimiento de toma de decisiones, sino *quién decide*, es decir, quiénes participan en ese procedimiento, y *cómo se decide*, esto es, que el procedimiento que se emplea sea legítimo. Así, si no es posible ponerse de acuerdo entre todos sobre lo que exige la justicia respecto del contenido de las decisiones colectivas en un cierto régimen jurídico (extremo que es asumido por el reconocimiento de la existencia de desacuerdos persistentes sobre cuestiones fundamentales de la vida en sociedad), se torna relevante para la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones que todos tengan la posibilidad de participar en el mismo y, de ese modo, justificar la autoridad del órgano que adopta las decisiones.⁸³⁹

Las decisiones colectivas forman el producto o resultado de elecciones interdependientes de quienes participan en el procedimiento de toma de decisiones. Como es obvio, en el procedimiento mediante el cual se toman tales decisiones no es posible asegurarle a ningún individuo particular que sus preferencias o intereses se verán reflejados en las decisiones que se obtendrán como resultado. Y ello porque no sería un criterio universalizable, en tanto sería imposible que cada miembro del conjunto obtenga la realización de su interés en la decisión final (a menos que hubiese acuerdo sobre el resultado lo cual es descartado en las circunstancias de la política).⁸⁴⁰ Pese a ello, tales decisiones se les impondrán a todos y a cada uno, sea que desde el punto de vista de su interés individual le beneficie o le perjudique. Si los resultados

⁸³⁹ Véase GARGARELLA 1996: Capítulo 5 sobre los rasgos de «la tradición radical no populista» de la democracia.

⁸⁴⁰ Véase, por ejemplo, ROEMER 1999: 61-62.

que favorecen la noción de justicia que cada miembro sostiene no pueden ser garantizados, ¿qué razón tendrían quienes resultan perjudicados o derrotados por esos resultados para reconocerles legitimidad? Parece que una razón fundamental en tanto agentes morales valiosos en sí mismos apunta a garantizar la entrada de sus preferencias individuales en el procedimiento de toma de decisiones colectivas. Y este sí sería un criterio universalizable que resultaría en la justificación del reconocimiento a todos del derecho a la participación política en dicho procedimiento.⁸⁴¹

La idea de la participación política reflejaría entonces el valor de la agencia moral en las circunstancias de la política.⁸⁴² El reconocimiento del valor de la participación política por razones de legitimidad, sin embargo, debe distinguirse de concepciones de la democracia que reflejan la exigencia de que los ciudadanos se involucren en la participación política activa como parte de un ideal de virtud cívica.⁸⁴³ El requisito de participación política de todos en un procedimiento democrático no se compromete con ciertas asunciones comunes sobre el valor de incrementar la participación política directa o indirectamente, o sobre el valor de incrementar el compromiso

⁸⁴¹ Véase RAWLS 1993: 136-137, 427 sobre el “principio liberal de legitimidad” como restricción al ejercicio del poder político coercitivo. De acuerdo con la concepción rawlsiana, al implementar los principios de justicia, las autoridades gubernamentales deberían emplear la razón pública y, por tanto, asegurar que se respeta el principio liberal de legitimidad en su ejercicio del poder político coercitivo. Tal ejercicio del poder político podría, de hecho, no ser completamente justo pero en la medida que satisface el principio liberal de legitimidad sería, al menos, legítimo (y por lo tanto, no sería, en términos generales, demasiado injusto).

⁸⁴² El procedimiento de toma de decisiones en las democracias contemporáneas posiblemente combinará elementos de la argumentación, de la negociación y de la mera agregación de preferencias. Véase al respecto MARTÍ 2006: 39.

⁸⁴³ Me refiero a un tipo de concepción tradicional republicana caracterizada por el ideal ético de una ciudadanía activa y comprometida, pronta a postergar los intereses privados y hacer del cuidado del bien público su forma de vida (tradición que se nutre de las ideas aristotélicas perfeccionistas de la participación política como virtud cívica). Este ideal ético ha inspirado los trabajos de un influyente número de críticos de la democracia liberal, tales como ARENDT 1958; SANDEL 2000; BARBER 1984, citados en MCBRIDE 2012: 7. De acuerdo con este autor, tales posiciones por lo general se caracterizan por poner el acento en la falta de confianza en las sociedades modernas, en la importancia de la reciprocidad para mantener las relaciones sociales entre los ciudadanos, y en la importancia de un sentido de pertenencia o membresía para alentar las cargas de la ciudadanía (cf. MCBRIDE 2012: 7).

cívico informal.⁸⁴⁴ En cambio, se dirige a poner de relieve la importancia de que cada ciudadano tenga las oportunidades reales de realizar sus derechos políticos en un marco de libertad política y, que a la vez, sea consistente, como subraya Cillian MCBRIDE, con el respecto hacia la libertad de las personas para dirigir sus vidas según su propio parecer.⁸⁴⁵

De acuerdo con el enfoque procedimental, la principal característica de la democracia consistiría, según la definición de BARRY, en que «las preferencias de los ciudadanos tienen alguna conexión formal con el resultado en el que cada uno cuenta por igual».⁸⁴⁶ BARRY puntualiza que la exigencia de una conexión formal entre las preferencias de los ciudadanos y los resultados del procedimiento impide calificar como “democracia” a un sistema político en el que estos simplemente queden condicionados de facto por aquellas, pero que al requerir sólo alguna conexión formal se dejaría abierta la posibilidad de que un procedimiento democrático articule de muy diversos modos los mecanismos concretos de elección y representación.⁸⁴⁷

Ahora bien, el establecimiento de un derecho formal a la participación no bastaría para garantizar la participación política de todos. Que en una comunidad política se reconozca el derecho formal a la participación en el procedimiento todavía no sería una razón suficiente para aceptar la autoridad de las decisiones políticas escogidas. Porque ello sería compatible con una imposibilidad fáctica de las personas de ejercer ese derecho. Piénsese, por ejemplo, un sistema político en el que se estableciera el derecho formal de voto y, a la vez, se dispusiera de una serie de complicados requisitos para el registro individual en las listas electorales. Pareciera que sería contraintuitivo afirmar que el sólo establecimiento formal de tal derecho sería suficiente para su ejercicio. Se requeriría también eliminar los obstáculos que dificulten ese ejercicio.

⁸⁴⁴ Véase MCBRIDE 2012 para un análisis y discusión de distintos modelos de participación política y compromiso cívico; también véase PETTIT 2012 para una crítica a la idea de soberanía popular asumida por ROUSSEAU, la cual según el autor habría causado un rechazo injustificado del “rol contestatario” de los ciudadanos bajo ideales republicanos tradicionales.

⁸⁴⁵ Cf. MCBRIDE 2012: 7.

⁸⁴⁶ BARRY 1989: 25.

⁸⁴⁷ Cf. BARRY 1989: 25-26. En contra véanse, por ejemplo, GOODWIN 1992; SAUNDERS 2010, 2012; LOPEZ-GUERRA 2011, para quienes estaría justificada la toma de decisiones políticas colectivas mediante un mecanismo como el de la lotería, en el que no habría conexión entre las preferencias individuales y los resultados del procedimiento de toma de decisiones.

Si ello parece sensato, imagínese ahora la situación de Estados Unidos cuando, con el objetivo de perjudicar el voto de la población afroamericana, los miembros más poderosos de los Estados del sur situaban de modo estratégico los puestos de votación. Parece razonable pensar que la instalación de puestos de votación de manera que impida la posibilidad de acceso a todos los votantes viola también, de hecho, el ejercicio del derecho de voto formalmente reconocido. Esto es, el derecho al voto puede estar establecido en un documento constitutivo y no obstante muchos de sus miembros carecer de la posibilidad efectiva de acceder a las urnas electorales el día de las elecciones políticas, por ejemplo, por carecer de medios de transporte, escasa disponibilidad horaria de los puestos electorales, distribución y accesibilidad a los puestos electorales limitada, etcétera. Todo ello parece razonablemente necesario para ejercer el derecho de participación política, pero todavía no sería suficiente. Imagínese que al momento de arribar al lugar de votación, algunos individuos se encuentran frente a varias opciones políticas sin tener información sobre las respectivas propuestas electorales. Parece intuitivo exigir también como parte del ejercicio del derecho de participación política el acceso previo a la información sobre los programas políticos de los diversos candidatos, así como la posibilidad de comprender las diferencias entre las alternativas disponibles. Si ello es así, debería reconocerse que para el ejercicio efectivo de la participación política de las mujeres y hombres de carne y hueso se deberían garantizar ciertas condiciones institucionales y materiales.

Ahora bien, podría objetarse que por esta vía podría seguirse imaginando situaciones en las que cada vez sería necesario garantizar más y más condiciones para hacer efectivo el derecho en cuestión, al punto de que no quedara nada para decidir luego mediante el propio ejercicio de la participación. Pero este no sería el caso desde una perspectiva procedimental de la democracia. En este sentido, BARRY también señala que la exigencia de que en una democracia entendida en términos procedimentales cada uno cuente por igual se referiría a la dimensión formal de la igualdad, no a la igualdad de influencia real sobre el resultado.⁸⁴⁸ Ahora bien, entre la dimensión formal estricta de la igualdad (aquella meramente nominal) y alguna variante de la dimensión sustantiva de la igualdad de influencia real sobre el resultado, habría espacio para distinguir lo que llamaré un *estándar*

⁸⁴⁸ Cf. BARRY 1989: 26.

de no exclusión de la participación en un procedimiento de toma de decisiones colectivas. En tanto que un enfoque procedimental de la democracia requiere un vínculo formal entre las preferencias de los individuos y las decisiones adoptadas, la *legitimidad* de tal procedimiento democrático demandaría que nadie sea excluido de la participación en aquel, de manera que las decisiones puedan considerarse legítimamente impuestas.

Es cierto que un estándar de no exclusión refiere, inevitablemente, a la participación igual de todos los miembros de la comunidad política, en el sentido de la posibilidad de todos del ejercicio efectivo de la participación política en las sociedades democráticas contemporáneas. Y que ello, como sostuve, exigiría la garantía de ciertas condiciones institucionales y materiales requeridas por el propio ejercicio de la participación en el procedimiento de decisiones. Pero esa noción de participación política procedimental debería ser distinguida de la noción de “igualdad política sustantiva” que suele ser usada en filosofía política para significar una variedad de exigencias de justicia que irían más allá del derecho de participación política efectiva.⁸⁴⁹ La inclusión de la exigencia de *igualdad sustantiva* en la participación política abriría la puerta a la discusión sobre la justicia de esa igualdad. Esto significaría, por un lado, la necesidad de examinar la multitud de dimensiones que encarna la noción de igualdad sustantiva y las serias dificultades para su solución.

Podría sostenerse que algunos de los diferentes ámbitos de desigualdad deberían ser corregidos mediante la adopción de una teoría de la justicia singular. Pero ello a su vez requeriría, en segundo lugar, que se debatiera sobre las distintas teorías de la justicia que fundamentarían tal exigencia. Y para un genuino debate sobre consideraciones de justicia social es que se exige la garantía de la participación política efectiva de todos, asegurando las condiciones procedimentales para ello. Por consiguiente, las consideraciones de la igualdad por *razones de justicia* deberían distinguirse de las propias

⁸⁴⁹ Véanse los distintos significados señalados por DWORKIN 1990, 1993 sobre la igualdad política de impacto, vertical y horizontal, e igualdad política de influencia, vertical y horizontal, examinados en el Capítulo 4. Véase también BRIGHOUSE y FLEURBAEY 2010 quienes sostienen que en lugar de utilizarse la regla de la mayoría, que se basa en que todos los votantes tienen una porción igual de poder político (representada por un voto a cada individuo), debería emplearse el principio de proporcionalidad. Según esta noción, el principio democrático básico requeriría que el poder político sea distribuido de manera proporcional según la medida de los intereses de las personas en la decisión bajo consideración.

exigencias de igualdad de participación política efectiva en el procedimiento democrático por *razones de su legitimidad*.

Así, la legitimidad de un procedimiento democrático (necesaria para dotar de autoridad al órgano legislativo para tomar decisiones) se derivaría en parte de la premisa básica de que todos los individuos deben tener la posibilidad efectiva de participar en el procedimiento de toma de decisiones. De allí que podría sostenerse, como lo hace WALDRON entre otros, que el derecho a la participación política es constitutivo de la democracia entendida en términos procedimentales. Pero no tendría porqué seguirse de ello necesariamente que todos los ciudadanos deban ser tratados de manera igual en los aspectos no políticos de la vida en sociedad. Si bien puede haber otros argumentos que justifiquen un criterio de igualdad sustantivo más extenso o generoso en las esferas sociales y económicas, tal criterio no se seguiría directamente de la justificación procedimental de la democracia.

Lo antedicho lleva a precisar que la noción de participación política efectiva no ha de entenderse como reducida al ejercicio ciudadano del derecho igual de voto (y el derecho a presentarse como candidato a un cargo público).⁸⁵⁰ Tal acto representa una fase más de exteriorización de los puntos de vista y opiniones de los ciudadanos.⁸⁵¹ La democracia procedimental requiere también de otras condiciones que la hagan posible, como el reconocimiento del pluralismo político (de manera que un régimen en el que se establezca el derecho igual de voto pero sólo haya un partido político y la gente adoctrinada crea en la línea oficial, no podría ser considerado una democracia), y de los derechos de expresión y asociación.⁸⁵² Estos deberían ser entendidos como integrando el genérico derecho de participación democrática.

En otras palabras, a menos que se entienda el acto del voto como mera agregación de preferencias (lo cual no es necesario para concebir la democracia en términos procedimentales), el ejercicio del derecho al voto no agotaría el derecho de participación política en el procedimiento de toma de decisiones colectivas. Se entiende que el procedimiento de toma de decisiones comprende elementos de la argumentación, la negociación y la deliberación, que hacen efectivo el ejercicio del derecho de formación y expresión de las

⁸⁵⁰ Una concepción minimalista de la democracia en este sentido sería, por ejemplo, la defendida por SCHUMPETER 1965.

⁸⁵¹ Véase, por ejemplo, GOODIN 2003: 1-2 respecto de que el voto sería una condición necesaria pero no suficiente del procedimiento democrático.

⁸⁵² Cf. BARRY 1989: 25.

propias preferencias a través de otros medios además del acto de votación.⁸⁵³ Porque para que las opiniones, puntos de vista o intereses que cada uno expresa sean genuinos, debe existir la posibilidad de oír, comprender y debatir distintas propuestas políticas en conflicto unas con otras. Para ello, las personas deben ser libres de expresarse, de argumentar por sus propios intereses, y de formar asociaciones con otras personas, como los partidos políticos, y de desplazarse de un lado a otro para obtener información necesaria para formar sus preferencias, asistir a reuniones políticas, agruparse con personas con intereses afines en otras localidades, etcétera.

Muchos teóricos han señalado que la participación política significativa incluye su ejercicio efectivo.⁸⁵⁴ Por ejemplo, la participación política, señalan BOVENS y WILLE, «es en democracias el principal mecanismo a través del cual los ciudadanos pueden comunicar información al gobierno sobre sus intereses, preferencias y necesidades».⁸⁵⁵ Ese mecanismo que permite la comunicación de información, más allá de las elecciones políticas en las que la participación política tiene lugar a una escala extraordinaria, se reflejaría en un conjunto de diversas actividades políticas que también forman parte de la participación, algunas dirigidas hacia el sistema electoral —como la pertenencia a los partidos políticos, desempeñar una posición política, etcétera—, y otras actividades políticas que no son electorales —como formar parte de organizaciones comunitarias, participar en protestas o peticiones, etcétera.⁸⁵⁶ Estas también forman parte del conjunto de actividades que brindan a los ciudadanos la oportunidad de dar a conocer opiniones y puntos de vista a los dirigentes políticos, o respecto de ellos. Un procedimiento democrático de toma de decisiones puede y debe estructurarse de manera de posibilitar la participación política efectiva de todos los ciudadanos y ciudadanas. Así, tal posibilidad de participación política es una exigencia del propio procedimiento democrático cuyo disfrute debe estar garantizado a todos en tanto participantes políticos.⁸⁵⁷ Ello debe entenderse como que cada individuo ha de tener oportunidades efectivas de participación política y que esas oportunidades han de estar

⁸⁵³ Véase GUTMANN y THOMPSON 1996: 31-33.

⁸⁵⁴ Véase, por ejemplo, PETTIT 1997, 2012.

⁸⁵⁵ BOVENS y WILLE 2010: 395.

⁸⁵⁶ Véanse WILLE 1994; BOVENS y WILLE 2010: 396.

⁸⁵⁷ Me he referido a la distinción entre igualdad de impacto e igualdad de influencia al analizar la concepción de la democracia de DWORKIN 1987: 9. Véase el punto 3 de este Capítulo.

disponibles para todos.⁸⁵⁸ La garantía del ejercicio efectivo de la participación política satisfaría el estándar procedimental de la no exclusión.

Entiendo entonces que la participación política comprende diversas actividades encarnadas en formas de participación. Esas formas, de manera conjunta, han sido concebidas por MILBRATH como una “pirámide de participación”,⁸⁵⁹ en la cual las actividades participativas varían en términos de su dificultad y exigencia. Las distintas actividades, así, irían desde la conversación informal sobre los intereses y puntos de vista políticos, la votación, la membresía en un partido político o una organización civil o grupo social en la comunidad, actividades no electorales (tales como participación en radio, televisión, periódicos, e Internet), hasta ocupar una posición política o cargo público.⁸⁶⁰ Asimismo, hay otras formas de participación, tales como formar parte de campañas para diversas causas, asistir a reuniones políticas, debates y manifestaciones públicas, y escribir cartas a las autoridades públicas.⁸⁶¹ En suma, el derecho de participación política comprende un conjunto amplio de actividades que se dirigen a la formación y expresión pública de opiniones e intereses sobre cómo se ha de desarrollar la vida política colectiva de una sociedad.

En un procedimiento democrático, entonces, la participación política efectiva requeriría que cuando se adopte una decisión colectiva sobre una cuestión determinada, todos los ciudadanos y ciudadanas hayan tenido la posibilidad de participar en tales actividades expresando su opinión al respecto, sin que nadie quede excluido del procedimiento de formación y adopción de decisiones por factores externos y extraños. En este sentido, los teóricos Jack KNIGHT y James JOHNSON llaman la atención sobre la necesidad de ser conscientes de las diferentes maneras en que la participación política puede ser restringida o afectada por causas externas.⁸⁶² La participación política efectiva, de acuerdo con estos autores, exigiría también proteger a las personas frente a ciertas formas ilegítimas de interferencia. Estas formas ilegítimas de interferencia podrían ser de distinto tipo, pero me interesa mencionar dos tipos de comportamiento que podrían tener una

⁸⁵⁸ Cf. KNIGHT y JOHNSON: 2011: 225.

⁸⁵⁹ MILBRATH 1965.

⁸⁶⁰ Véase BOVENS y WILLE 2010: 396-397.

⁸⁶¹ Cf. BOVENS y WILLE 2010: 398-399.

⁸⁶² Véase especialmente en este sentido PETTIT 1997, 1999, 2001, 2012.

influencia negativa en la participación de un individuo en el procedimiento de toma de decisiones políticas. KNIGHT y JOHNSON destacan que la interferencia indirecta con la elección política se presentaría, por un lado, a través de amenazas de daño en contextos no políticos y, por el otro lado, a través de un tipo de censura impuesta por el mismo individuo como reacción negativa anticipada de otros participantes a las propias elecciones políticas.⁸⁶³ En su concepción, la participación política efectiva requeriría ciertos arreglos institucionales que, de una parte, tiendan a garantizar que todas las personas tengan los recursos materiales necesarios y, de la otra parte, se dirijan a prevenir la formación de factores externos que podrían tratar de sacar ventaja de esas asimetrías.⁸⁶⁴

Entendida en este sentido procedimental, la participación política como derecho constitutivo de la democracia requiere de la consideración de ciertas precondiciones para hacer posible su ejercicio efectivo.

7. Legitimidad democrática y precondiciones procedimentales

7.1. *La tesis de las precondiciones democráticas*

Una perspectiva procedimental de la democracia se puede fundamentar sobre la asunción de ciertas *precondiciones del procedimiento democrático*, una tesis que no es nueva en el ámbito filosófico-político respecto de la justificación de algunos derechos civiles y políticos.⁸⁶⁵ Sin embargo, considero que no se han hecho explícitas las condiciones materiales que la participación política efectiva requiere. En el Capítulo 5 sostendré que bajo una consistente interpretación de la democracia procedimental se justifica el establecimiento de ciertos derechos sociales y su protección constitucional robusta, en tanto precondiciones materiales de la democracia entendida en términos procedimentales.

La concepción de la democracia que adopto, por tanto, parte de las consideraciones de la legitimidad democrática defendida por WALDRON, que

⁸⁶³ Cf. KNIGHT y JOHNSON: 2011: 226.

⁸⁶⁴ Cf. KNIGHT y JOHNSON: 2011: 227; véase también MARSHALL 1998.

⁸⁶⁵ La tesis de que algunos derechos (fundamentalmente, la libertad de expresión y la libertad de asociación) serían precondiciones del propio procedimiento democrático ha sido defendida, entre otros, por MEIKLEJOHN 1948; ELY 1980; DÍAZ 1984: 66; BARRY 1989; BOBBIO 1989; HOLMES 1988; DAHL 1992; NINO 1997; GARGARELLA 1996, 2001; SUNSTEIN 2001; BOVERO 2001.

he examinado en el punto 5. Como WALDRON, sostengo que la asamblea democrática es el órgano legitimado para tomar decisiones sobre lo que exige la justicia en las circunstancias de la política. En cambio, me distancio de aquella posición en tanto pretendo superar la objeción de principio dirigida a la falta de justificación de una protección judicial robusta de los derechos. En este sentido, intentaré mostrar que los teóricos procedimentales de la democracia, como por ejemplo WALDRON, BELLAMY y TUSHNET, en tanto sostienen un compromiso serio con los derechos y admiten su protección mediante un control débil de constitucionalidad y otros mecanismos de control institucional, no podrían seguir sosteniendo sus objeciones de principio contra un control robusto de constitucionalidad para la protección de algunos derechos si han de ser coherentes con la especial consideración hacia el derecho de participación política.

La tesis de las precondiciones del procedimiento democrático postula la defensa de ciertos requisitos procedimentales como condiciones que posibilitan la legitimidad de la autoridad democrática. Por ejemplo, Robert DAHL ha sostenido la necesidad de distinguir entre los derechos o bienes que integran el propio procedimiento democrático o que le son inherentes, de los derechos o bienes exteriores al procedimiento pero indispensables para que éste tenga entidad como tal.⁸⁶⁶ Así, de acuerdo con el autor, el analfabetismo o la pobreza, entre otros, podrían considerarse ejemplos de estos segundos, en cuanto privarían a algunas personas de participar en el procedimiento de toma de decisiones.⁸⁶⁷

De conformidad con esta posición, las precondiciones de un procedimiento democrático legítimo serían *aquellos bienes o derechos que deberían garantizarse como condiciones de posibilidad de la participación efectiva de todas las personas en dicho procedimiento*. Estas precondiciones, por tanto, son requeridas para el funcionamiento del mismo procedimiento democrático y se fundamentan en la exigencia de legitimidad democrática del procedimiento de decisiones de acuerdo con el estándar de no exclusión. Concebidas de esta manera, tales precondiciones tendrían un valor principalmente *instrumental*, en tanto que su finalidad sería posibilitar el

⁸⁶⁶ Cf. DAHL 1992: 201. Véase también ELY 1980: 178 (con referencia al derecho al transporte), y Capítulos 2-5, quien propuso que los valores que aseguran el procedimiento democrático deben quedar excluidos del procedimiento de decisión por mayoría.

⁸⁶⁷ Cf. DAHL 1992: 212.

ejercicio de la participación política efectiva de todos.⁸⁶⁸ Esto significa, como lo ha señalado MARTÍ, que «para calificar a un procedimiento democrático como legítimo, o en un grado aceptable, deben cumplirse determinadas precondiciones».⁸⁶⁹

Bajo esta interpretación, la tesis de que ciertos bienes o derechos deben ser satisfechos como precondiciones procedimentales para la participación política legítima se configura como *una tesis normativa*. Esto es, se afirma que si no se garantizan ciertas precondiciones en una sociedad democrática contemporánea el procedimiento de toma de decisiones colectivas no podría ser considerado legítimo en un grado aceptable. También en este sentido Carlos S. NINO, por ejemplo, concibe los prerequisites de una democracia.⁸⁷⁰ Según NINO, ciertas precondiciones del procedimiento democrático de decisiones podrían entenderse como fundamento de una declaración de derechos, «dado que estos son bienes que se le deben dar a la gente», en tanto prerequisites para el adecuado funcionamiento del procedimiento democrático.⁸⁷¹ Como tales podrían ser considerados como “derechos *a priori*”.⁸⁷²

La tesis de las precondiciones del procedimiento se diferencia de la propuesta de los límites internos a la autoridad democrática sostenida por CHRISTIANO, en tanto estos serían concebidos como límites necesarios para encarnar el fundamento subyacente a la democracia dado por una particular noción de igualdad pública. Similar interpretación puede hacerse de la posición sustancial de Corey BRETTSCHEIDER sobre los derechos democráticos como sustancia del autogobierno.⁸⁷³ Desde que la tesis de las precondiciones procedimentales se fundamenta en la participación política efectiva en el procedimiento de decisiones, es una noción más restringida que la de los límites a la autoridad democrática defendida por los mencionados teóricos.

⁸⁶⁸ De manera subsidiaria, podrían cumplir una función constitutiva o expresiva. Véase CHRISTIANO 2008: 272.

⁸⁶⁹ MARTÍ 2006: 125, nota 129.

⁸⁷⁰ Cf. NINO 1997: 192. NINO defiende una concepción deliberativa de la democracia que requiere, entre otros valores, una noción de igualdad política sustancial, por lo que el conjunto de precondiciones y el alcance que reivindica es más extenso. Véase también MARTÍ 2006: 108-115 sobre el contenido de las precondiciones de la deliberación democrática.

⁸⁷¹ NINO 1997: 192.

⁸⁷² Cf. NINO 1997: 192, con cita de SUNSTEIN 1985: 44-45.

⁸⁷³ Véase BRETTSCHEIDER 2007.

Todavía podría observarse que la tesis de las precondiciones permite dos lecturas acerca de su alcance, fundamentalmente diferentes: por un lado, una lectura *restrictiva* que comprendería aquellas precondiciones necesarias para establecer la conexión entre las preferencias de las personas y las decisiones que se adoptan, en línea con la concepción procedimental formulada por BARRY (*i.e.*, libertad de expresión y de asociación políticas).⁸⁷⁴ Y, por el otro lado, una lectura *extensiva* que comprendería aquellas precondiciones necesarias para establecer una democracia entendida como un sistema político completo que trate a todos con igual consideración y respeto, en línea con la concepción sustancial defendida por DWORKIN.⁸⁷⁵ Llamaré *precondiciones procedimentales* a aquellas comprendidas dentro de la primera lectura restrictiva de la tesis, en tanto precondiciones de la participación política efectiva según una concepción de la democracia entendida en términos procedimentales. Estas deben ser distinguidas de las *precondiciones sustantivas* que serían las precondiciones que quedarían contenidas en una segunda lectura extensiva, en tanto condiciones necesarias para obtener ciertos resultados justos o correctos de acuerdo con una concepción de la democracia entendida en términos sustancialistas.

Ahora bien, desde una posición restrictiva considero que si bien las precondiciones procedimentales son menos exigentes que los límites derivados de las teorías que los basan en una noción sustancial de la igualdad pública (como lo hace CHRISTIANO), o en una noción robusta de los derechos democráticos (como lo hace BRETTSCHEIDER), si se sostiene el valor de la participación política como constitutivo del procedimiento democrático de toma de decisiones, y se asume un compromiso serio con los derechos asociados a este (como lo hacen WALDRON y BELLAMY entre otros) no puede sino, en primer lugar, convenirse con un conjunto de precondiciones procedimentales necesarias para la legitimidad del procedimiento democrático de toma de decisiones.

Y en segundo lugar, si el valor de la participación política efectiva en un procedimiento democrático es tan importante no se justifica la oposición a que ese conjunto de precondiciones procedimentales se retire de la decisión política ordinaria, aún en las sociedades bien organizadas. Un paso posterior

⁸⁷⁴ Véase BARRY 1989.

⁸⁷⁵ Véanse también, entre otros, MICHELMAN 1969, 1988, 1989; GARZÓN 1989b, 1993, 2000; FERRAJOLI 2001a, 2003; EISGRUBER 2002; PATEMAN 2004, 2006.

en la argumentación requerirá ofrecer razones para justificar su protección institucional mediante un control robusto de constitucionalidad, entre otros posibles y diversos mecanismos de protección contramayoritarios. Sin embargo, no estaría excluido como cuestión de principio. La idea de las precondiciones procedimentales se traduciría entonces en el establecimiento institucional de ciertos derechos fundamentales que se consideran requisitos *a priori* para el ejercicio de la participación política efectiva en democracia, porque si ellos no están garantizados previamente, como examiné en el punto 6, no habría posibilidad de participación política genuina de todos en la toma de decisiones colectivas y en consecuencia no se plasmaría el ideal de legitimidad democrática.⁸⁷⁶

Por último, la idea de las precondiciones procedimentales subyacente a esta tesis no debería entenderse en su acepción lógica, como “todo o nada”, *i.e.*, que o bien se satisfacen completamente las condiciones previas y el procedimiento democrático de decisiones se reputa legítimo, o bien no se alcanza el grado de satisfacción de aquellas y ello tiene como resultado que el procedimiento es completamente ilegítimo. La noción de precondiciones como la noción de legitimidad es susceptible de grados.⁸⁷⁷ Sin embargo, la justificación de su expansión por razones de legitimidad del procedimiento no debería ser entendida como ilimitada, sino que su umbral se alcanzaría con la satisfacción de la participación política efectiva en los términos considerados en el punto previo. Sólo así el procedimiento de toma de decisiones se puede reputar legítimo para la deliberación y adopción de decisiones sobre las exigencias de justicia.

Examinaré, a continuación, tres tipos de objeciones que se le han dirigido a la tesis de las precondiciones del procedimiento democrático: la objeción de petición de principio acerca de los fundamentos, la objeción del escaso alcance de los derechos comprendidos y la paradoja de las precondiciones. Su evaluación y discusión facilitará una mejor comprensión de la propuesta y alcance de esta tesis de las precondiciones en el marco de una concepción procedimental de la democracia.

⁸⁷⁶ Véase el punto 6 de este Capítulo.

⁸⁷⁷ Véase DAHL 1992: 213-214; NINO 1997; MARTÍ 2006: 23.

7.2. La objeción de petición de principio sobre los fundamentos

Una primera crítica general a considerar es aquella que se refiere a la aparente imposibilidad para la teoría de las precondiciones de mostrar que el procedimiento democrático puede fundamentar límites en el propio procedimiento, sino a costa de caer en una petición de principio.

Por ejemplo, según la formulación de esta dificultad por CHRISTIANO, la estrategia argumentativa empleada por la tesis de las precondiciones caería en una petición de principio, dado que no podría mostrar que el órgano legislativo no tiene la autoridad para suspender la democracia, sino a través de presuponer que la legislación que mina el propio funcionamiento de la democracia está más allá de los límites de la autoridad democrática, que es precisamente lo que debería mostrar. Por ello, CHRISTIANO sostiene que es una mejor estrategia fundamentar los límites en las mismas bases que aseguran la democracia.⁸⁷⁸ En su concepción de la democracia como autoridad los límites se derivarían de los mismos valores que subyacen al proceso democrático, no serían sólo necesarios para asegurar su funcionamiento adecuado.

Creo que es este tipo de crítica la que parece asumir lo que se debería probar. En el caso de la objeción en los términos de CHRISTIANO, se cuestiona a la tesis de las precondiciones por no fundamentar los límites fuera del propio funcionamiento de la democracia. Se asume, de ese modo, que los límites tienen que tener un fundamento en otra parte. Para este autor, las preguntas por los fundamentos de la democracia y por sus límites reciben una misma y única respuesta: se hallan en el valor subyacente de la igualdad pública, el que a su vez se deriva del igual avance de los intereses de todas las personas.

Sin embargo, esta no es sino una de las posibles interpretaciones de los fundamentos de los límites. Una que requiere un compromiso desde la base con la particular concepción de la igualdad pública sustancial de CHRISTIANO, pero que deja fuera otras concepciones de la igualdad política. Y respecto de todas ellas, la concepción de CHRISTIANO incluida, existen desacuerdos profundos.

Desde la perspectiva de la tesis de las precondiciones procedimentales podría dejarse abierta la cuestión de los fundamentos del procedimiento democrático y asumir que *si éste está justificado* (en alguna noción de la

⁸⁷⁸ Cf. CHRISTIANO 2008: 263-264.

igualdad política entre una pluralidad de concepciones), entonces se justifican ciertos requisitos al propio funcionamiento del procedimiento democrático y por éste justificados. En otras palabras, una teoría que incorpora la exigencia de ciertas precondiciones podría sostener que el propio funcionamiento del procedimiento democrático dado por la participación política efectiva y el estándar de no exclusión fundamenta la exigencia de satisfacción de esas precondiciones.

La democracia, desde este enfoque, se entendería como el procedimiento que permite en su seno la discusión y deliberación entre todos acerca de las distintas concepciones de la igualdad y, por ello, se diferenciaría de las concepciones no procedimentales de la democracia, que incorporan dentro de lo que significa la democracia un ideal de la igualdad sustantiva singular. El problema surge porque no habría acuerdo acerca de cuál es la mejor manera de concebir la igualdad en una sociedad y respecto de cuáles ámbitos entre los muchos que son atravesados por esta variable. Podría concebirse como una mejor noción la propuesta de igualdad pública de CHRISTIANO, pero podría también serlo, por ejemplo, una noción de igualdad como no dominación como la defendida, entre otros, por PETTIT, BELLAMY y LOVETT.⁸⁷⁹ O podría afirmarse que la mejor noción de igualdad es la apoyada por COHEN según la cual las consideraciones de justicia no permitirían justificar ningún tipo de desigualdad económica y social.⁸⁸⁰ Y podría seguirse señalando otras tantas concepciones de la igualdad rivales entre sí.

La tesis de las precondiciones no necesitaría negar la existencia de un fundamento más profundo para la justificación de la democracia, ni que ese fundamento más profundo podría justificar uno o más límites. Es decir, no necesitaría dar batalla a ese nivel más básico para sostener justificadamente que si la democracia, como procedimiento de toma de decisiones colectivas que permite la participación política efectiva de todos ha de ser preferido frente a otros, entonces ciertas precondiciones deben ser establecidas y garantizadas.

Esta sería una ventaja de la tesis de las precondiciones subestimada por sus críticos. Y lo sería porque no necesita anclar la noción de precondiciones procedimentales a un particular fundamento o valor subyacente a la democracia (o varios), que pretende servir a la vez para

⁸⁷⁹ Véanse PETTIT 1997, 2012; BELLAMY 2007; LOVETT 2010.

⁸⁸⁰ Cf. COHEN 1989, 1992, 2000.

justificar la democracia y sus propios límites, pero cuya formulación e interpretación está sujeta a desacuerdos, desacuerdos que se extienden a la justificación de sus límites. En cambio, desde el enfoque procedimental de las precondiciones, se parte de presuponer la justificación de un sistema democrático en sí mismo. Esto es, *si* la democracia como procedimiento de toma de decisiones políticas colectivas está justificada (cuestión que es aceptada por los teóricos procedimentales de la democracia) *sobre ello no habría desacuerdos fundacionales*.⁸⁸¹ Ello no equivale a negar que más allá de este acuerdo general persistirían los desacuerdos sobre la forma y el contenido precisos del procedimiento democrático, pero se trataría de desacuerdos sobre la cuestión del diseño institucional de la democracia, que serían *desacuerdos de tipo operacional*. A partir del acuerdo general sobre el procedimiento democrático para la toma de decisiones colectivas se seguirían ciertas precondiciones procedimentales que serían necesarias para la participación política efectiva de todos en el procedimiento, lo que le otorga valor de legitimidad como tal. Respecto de las precondiciones también los desacuerdos deberían considerarse de tipo operativo, sobre cómo establecerlas e implementarlas en cada sociedad.

Todavía podría objetarse que la teoría de las precondiciones no puede dar cuenta de la posibilidad de que los participantes del procedimiento, a través del ejercicio del derecho de participación política, amenacen la continuidad o pongan en peligro o decidan suprimir las propias precondiciones que han sido garantizadas en primer lugar. Por ejemplo, supóngase que se considera que el derecho a la libertad de asociación política es una precondición del procedimiento de toma de decisiones políticas colectivas. Y supóngase también que los participantes de dicho procedimiento decidieran por mayoría la revocación del derecho a la libertad de asociación política. Según esta objeción esgrimida por BRETTSCHEIDER, entre otros, tal situación generaría dificultades para los defensores de la tesis de las precondiciones porque requiere dar cuenta de una especie de dilema: o se sostiene que es la participación real en el procedimiento, y no sus precondiciones, lo que constituye la fuente de legitimidad, al precio de dejar a las precondiciones sujetas a la continua afirmación de los participantes en el procedimiento; o se admite que el procedimiento confiere legitimidad a las decisiones siempre que no se vulneren ciertos valores subyacentes que son

⁸⁸¹ Véase el Capítulo 3: punto 2.

independientes del procedimiento, al precio de abandonar la pretensión de que las precondiciones se fundamentan en el propio procedimiento democrático.⁸⁸²

Al respecto, creo que este es un falso dilema para la tesis de las precondiciones procedimentales. Por un lado, no veo el problema respecto de lo que BRETTSCHEIDER caracteriza como el primer cuerno del dilema. La tesis de las precondiciones procedimentales implica que el resguardo de ciertas precondiciones es necesario para la participación política efectiva en un procedimiento que funcione como democrático y, a la vez, que el fundamento de tales precondiciones es exclusivamente procedimental. Bajo esta interpretación, como examiné en el punto 6 de este capítulo, la participación política efectiva tendría lugar cuando se respeta el estándar de no exclusión para lo cual es necesario que ciertas precondiciones sean garantizadas respecto de todos. La fuente de legitimidad del procedimiento democrático está dada por la garantía de la participación política efectiva, que incorpora ese estándar de no exclusión. En consecuencia, una decisión que impidiera la participación política efectiva de cierto grupo de personas, vulneraría dicho estándar y sería ilegítima por razones procedimentales.

Por el otro lado, me parece una interpretación plausible de la tesis de las precondiciones aquella que justifique la protección de las precondiciones en el propio valor del procedimiento democrático. Desde esta perspectiva, se puede aceptar que el procedimiento tiene valor en sí mismo, y que su protección es necesaria para su continuidad, con independencia de la justicia de los resultados que arroje. Si se adopta una concepción procedimental de la democracia, es posible sostener que el procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas les confiere legitimidad en tanto el órgano legislativo satisfaga cierto conjunto de precondiciones procedimentales necesarias para la propia participación política efectiva de todos en dicho procedimiento. No se restringen determinadas decisiones porque sean injustas según los criterios anclados en una teoría de la justicia concreta. Lo que se afirma es que la falta de satisfacción de ciertos requisitos disminuye la legitimidad del procedimiento en la medida en que no se garantiza la participación efectiva de todos. Es cierto que en ambos casos ciertos resultados quedarán excluidos del poder de decisión del órgano legislativo, pero el fundamento de tal exclusión es distinto de manera significativa. Mientras que las personas

⁸⁸² Véase BRETTSCHEIDER 2007: 14-15.

tendrían desacuerdos fundacionales sobre cuál teoría de la justicia debería determinar los mejores resultados del procedimiento y, por ello, no estaría justificado retirarlos de la decisión política ordinaria, parecería que no podría existir desacuerdo fundacional sobre el hecho de que la participación política efectiva de todos es necesaria para la legitimidad del procedimiento democrático mediante el cual se han de tomar las decisiones sobre los criterios de justicia social. Si esto es así, la garantía de ciertas precondiciones procedimentales estaría justificada para asegurar la participación de todos en el procedimiento y otorgar legitimidad a sus decisiones, que serán impuestas sobre todos no obstante que para algunos aquellas sean injustas.

7.3. La objeción del escaso alcance en la protección de derechos

Un segundo tipo de objeciones a la tesis de las precondiciones apuntaría a cuestionar su insuficiente alcance respecto de los derechos que asegura, por lo que se objeta que es una tesis que no resguarda adecuadamente el procedimiento democrático de toma de decisiones. En este sentido, CHRISTIANO por ejemplo, ha señalado que la tesis de las precondiciones sería insuficiente para garantizar el procedimiento democrático porque protege solamente como precondiciones a unos pocos derechos políticos, como los derechos a la expresión política y a la asociación política, dejando sin protección otros derechos igualmente importantes para el resguardo de la asamblea democrática, como los derechos a la expresión y a la asociación privadas.⁸⁸³

Qué sólo unos pocos derechos políticos cuentan como precondiciones del procedimiento no tiene por qué seguirse de la tesis de las precondiciones. En primer lugar, es posible debilitar esa crítica aduciendo que el procedimiento democrático de toma de decisiones requiere el resguardo de aquellas precondiciones, aparte de las de naturaleza política, necesarias para posibilitar la participación política efectiva de todos. Desde una concepción procedimental de la democracia se podría sostener coherentemente que además de un sistema de “una persona un voto”, se requiere la protección de otras precondiciones a fin de que las personas tengan la capacidad de formar sus preferencias genuinas respecto de las decisiones políticas colectivas, y así tener la oportunidad real de participar en el procedimiento de adopción de

⁸⁸³ Cf. CHRISTIANO 2008: 263.

tales decisiones. Subyace a esta perspectiva la creencia de que, para que el ideal del procedimiento democrático mediante el cual los ciudadanos toman tales decisiones sea legítimo, deben asegurarse ciertos requisitos relativos al procedimiento, y de ello no se sigue que tienen necesariamente que limitarse al derecho de expresión política y de asociación política.

Los teóricos comparten la creencia en la existencia de dos tipos de derechos que, justificadamente desde una perspectiva procedimental, condicionarían lo que se puede decidir por mayoría, tal como examiné en el punto referido al mayoritarismo democrático defendido por WALDRON: a) los derechos constitutivos del procedimiento democrático, como la participación política; y b) los derechos previos al propio procedimiento democrático pero que son necesarios para su legitimidad.⁸⁸⁴ El segundo conjunto de derechos puede entenderse como compuesto por las precondiciones procedimentales para la participación política efectiva de manera que el procedimiento de decisión por mayoría sea legítimo dado que, como vimos, un procedimiento de mayoritarismo irrestricto carece de justificación para los individuos cuando han de decidirse importantes cuestiones de la vida en sociedad.

Es cierto que algunos teóricos han ofrecido una respuesta alternativa a la objeción del alcance insuficiente de la tesis de las precondiciones, extendiendo el contenido de los derechos que deberían ser resguardados como tales, incluyendo dentro de la noción de democracia un criterio para evaluar la corrección de los resultados dado por una concepción de la justicia singular. A este tipo de posición me he referido antes cuando distinguí una lectura extensiva de las precondiciones. Se sostienen ciertas precondiciones sustantivas como necesarias para que en democracia se trate a todos los miembros de la comunidad política con igual consideración, donde por igualdad se podría entender, por ejemplo, una noción material robusta. Así, algunos autores han tratado de justificar un conjunto más extenso, por ejemplo, de ciertas precondiciones socioeconómicas que los ciudadanos necesitarían para ser capaces de ejercer sus derechos políticos con éxito y en pie de igualdad.⁸⁸⁵ No suscribo esta lectura extensiva de la tesis de las

⁸⁸⁴ Véanse también, entre otros, COHEN 1989; DAHL 1992; GUTMANN y THOMPSON: 1996: 273-306; NINO 1997: 193; WALDRON 2005a: 337-340; TUSHNET 2004, 2008; BAYÓN 2004: 19.

⁸⁸⁵ Por ejemplo, PATEMAN 2003, 2004; y GOODHART 2007, defienden la satisfacción de los derechos sociales desde un compromiso con una concepción sustancial de la democracia, con especial énfasis en el resguardo del ingreso básico como requisito democrático. En esta versión podría también incluirse a MICHELMAN 1969, 1988, 1989; y GARGARELLA 2001; 2004a: 90-103.

precondiciones. Contra ella se podría oponer el problema contrario al que pretende responder: el de un alcance *excesivo* de los derechos y de su sustracción ilegítima a la decisión del órgano legislativo. Se introduciría de nuevo, por tanto, la objeción de los desacuerdos dirigida a las concepciones sustancialistas de la democracia.

7.4. La paradoja de las precondiciones

Un tercer tipo de objeción que se ha dirigido contra una concepción de la democracia procedimental que afirma la exigencia de proteger ciertos requisitos de legitimidad del procedimiento consiste en una dificultad común a varias de las concepciones de la democracia: la denominada *paradoja de las precondiciones de la democracia*, un problema identificado lúcidamente por Carlos S. NINO.⁸⁸⁶

El problema de la paradoja de las precondiciones es el siguiente. El procedimiento democrático de decisiones tiene valor en sí mismo cuando se satisfacen sólo ciertos requisitos de manera de que sea razonable distinguir el procedimiento democrático de lo producido por dicho procedimiento. Tales requisitos serían considerados como precondiciones para el funcionamiento del propio procedimiento. Por lo tanto, el resguardo de estas sería necesario para promover y dotar de legitimidad al procedimiento democrático. Si las decisiones políticas adoptadas por el órgano legislativo no respetaran tales precondiciones, las personas no tendrían razones para participar en el mismo en primer lugar, ni para esperar luego que los resultados de tal procedimiento guíen sus acciones.⁸⁸⁷ Ahora bien, la paradoja surgiría, de acuerdo con NINO, porque cuantas más precondiciones se consideren necesarias para establecer el valor intrínseco del procedimiento, quedarían menos cuestiones que puedan ser decididas políticamente por el órgano legislativo. Llevando el razonamiento al extremo, según NINO, nos encontraríamos que cuanto mejor se satisfarían las condiciones previas para el ejercicio del derecho de participación de todos los miembros mediante el procedimiento democrático,

⁸⁸⁶ Véase NINO 1997. Carlos NINO describió la paradoja con relación a su consideración y defensa de una concepción epistémica de la democracia deliberativa. Sin embargo, su caracterización de la paradoja puede ser extendida a toda concepción que sostenga que en el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene valor la autonomía de quien toma la decisión. Véase, en este sentido, MARTÍ 2008: 2, nota 5.

⁸⁸⁷ Cf. NINO 1997: 192.

menos oportunidades se tendrían para ejercerlo, dado que casi no quedarían temas sustanciales para ser resueltos por el órgano legislativo.

En definitiva, sostiene el autor, se podría tener un procedimiento que encarne el ideal del valor intrínseco del procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas destinado a unas pocas cuestiones, o un procedimiento escasamente valioso que se aplique a un gran número de cuestiones fundamentales. La dificultad puesta de manifiesto por esta paradoja residiría en que la realización del valor intrínseco del procedimiento encarnaría simultáneamente dos exigencias en mutua tensión: por un lado, que para que el procedimiento funcione, debe ejercerse bajo determinadas condiciones y, por el otro lado, que para ejercer dicho procedimiento, deben existir oportunidades relevantes donde decidir los temas significativos de la vida en sociedad.⁸⁸⁸

Es interesante señalar, como observa ORUNESU, que la paradoja de las precondiciones de la democracia constituye un verdadero problema para las concepciones epistémicas de la democracia como la que sostiene NINO.⁸⁸⁹ Es decir, cuando se justifica el procedimiento democrático porque conduce con mayor probabilidad a adoptar decisiones moralmente correctas o justas. Pero si el procedimiento democrático se justifica en sí mismo (porque posibilita la participación política efectiva de todos), de acuerdo con la autora, «no existiría nada paradójico en sostener que deben asegurarse a través de una carta de derechos ciertas precondiciones», con el fin de que el procedimiento satisfaga la exigencia de la participación política.⁸⁹⁰

Según NINO, la paradoja de las precondiciones pondría de manifiesto que en el fondo se encuentra un conflicto más general entre procedimiento y sustancia.⁸⁹¹ La disyuntiva que la paradoja plantearía sería que no es posible maximizar ambos conjuntos al mismo tiempo, sino que, en tanto que se valoran ambos, debería adoptarse alguna solución de compromiso. Esta

⁸⁸⁸ Cf. NINO 1997: 193, 271, 275-276 y 301-302. Véanse también BAYÓN 2004: 15, 80; MARTÍ 2008: 6.

⁸⁸⁹ Cf. ORUNESU 2012: 184.

⁸⁹⁰ ORUNESU 2012: 184.

⁸⁹¹ Cf. NINO 1997: 192-193. No se trataría de un dilema donde la elección de cualquiera de los cuernos significaría una pérdida trágica. Para una caracterización de esta paradoja como dilema atípico, véase MARTÍ 2008: 10, 15-17. Véase también RODRÍGUEZ 2006: 112-121 respecto de que la dificultad que presentaría la paradoja de la legitimidad de las decisiones colectivas no constituiría más que un pseudoproblema.

pareciera ser la sugerencia de NINO, para quien las consecuencias de la paradoja podrían enfrentarse mejor a través de un equilibrio gradual entre las dos exigencias. Esto es, mediante una concepción de la democracia que suministre alguna manera de lograr un balance entre sus precondiciones y el ámbito habilitado para el funcionamiento de la toma de decisiones a través del procedimiento de política ordinaria.⁸⁹² En definitiva, según esta línea de interpretación suscrita también por BAYÓN, la paradoja de las precondiciones nos alertaría, dice el autor, que la concepción normativa de la democracia que postulemos debe tomarse en serio la incomodidad intelectual que presenta esta complejidad.⁸⁹³

Una concepción de la democracia procedimental que incorpora la tesis de las precondiciones estaría mejor situada para dar cuenta de esta paradoja porque postula un modelo que reconoce la legitimidad de un procedimiento democrático cuando se garantiza la participación política efectiva de todos respetándose el estándar de no exclusión y, a la vez, permite un amplio espacio para la participación y la decisión democrática sobre las cuestiones de justicia acerca de cómo se ha de desarrollar la vida en sociedad.

En suma, las objeciones dirigidas a la estrategia argumentativa de la tesis de las precondiciones del procedimiento democrático no logran disminuir su plausibilidad. Una concepción procedimental de la democracia coherente con el compromiso de respeto de la participación política efectiva de todos como derecho constitutivo requiere que algunos derechos y con cierto alcance, sean asegurados en tanto precondiciones del mismo. Si ciertas precondiciones procedimentales no son aseguradas, el procedimiento democrático de toma de decisiones carecería de legitimidad en un grado relevante. Estos derechos, fundamentados como precondiciones para el propio funcionamiento legítimo del procedimiento, podrían justificar la adopción de un modelo de protección institucional robusto como cuestión de principio. En el siguiente punto desarrollaré este segundo paso en el argumento.

⁸⁹² Véanse NINO 1997: 193; BAYÓN 2004.

⁸⁹³ BAYÓN recuerda la advertencia que Isaiah BERLIN realizó respecto de la tensión entre dos fines valiosos en sí mismos, la libertad individual y el gobierno democrático, por lo que sostuvo que sería mejor «enfrentarse a este hecho intelectualmente incómodo que ignorarlo» (BERLIN 1988: 58 y 59, citado por BAYÓN 2004: 13 y nota 25).

8. La lógica de las precondiciones en las sociedades democráticas

Recordemos que en el Capítulo 3 presenté el argumento de WALDRON contra el control judicial robusto de constitucionalidad.⁸⁹⁴ Allí mencioné que este autor identifica cuatro condiciones o asunciones que conjuntamente describen una sociedad democrática contemporánea en la que su argumento nuclear contra el control judicial robusto de constitucionalidad sería patente.⁸⁹⁵ Repasemos brevemente esas cuatro asunciones:⁸⁹⁶

- 1) existen instituciones democráticas funcionando razonablemente bien, que respetan los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, plasmados a través de una legislatura representativa, elecciones políticas periódicas, y mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad;
- 2) existen instituciones judiciales que también funcionan bien de manera razonable, y que tienen la tarea de resolver los conflictos individuales aplicando el derecho;
- 3) existe un compromiso serio con la idea del respeto a los derechos humanos individuales y de las minorías por parte de la mayoría de la sociedad y con esa finalidad, se ha dotado de una carta o declaración de derechos; y por último,
- 4) existen desacuerdos sustantivos sinceros y razonables sobre el contenido y alcance de esos derechos, que involucran cuestiones de filosofía política y moral con consecuencias fundamentales en la vida de mucha gente. Este es un punto crucial en la posición de WALDRON que tiene particular vinculación con la condición enunciada en tercer lugar. El hecho de que la mayoría de las personas estén comprometidas con el respeto a los derechos fundamentales no impediría, según el autor, que surjan conflictos sobre qué significa en realidad estar comprometidos con los derechos, y qué se deriva de tal compromiso.

En sociedades con estas características, donde existe un compromiso con los derechos pero se discrepa sobre los mismos y, a la vez, es necesario llegar a un consenso que facilite la acción política colectiva, WALDRON

⁸⁹⁴ Véase el Capítulo 3: punto 9.

⁸⁹⁵ Cf. WALDRON 2006: 1359.

⁸⁹⁶ Cf. WALDRON 2006: 1360-1369.

argumenta que el foro legislativo es el apropiado para tomar tales decisiones, con carácter dispositivo. La legitimidad de un procedimiento de decisiones sería, para este autor, la respuesta al problema de los desacuerdos morales y políticos, y no la justificación por los méritos de ciertas decisiones que determinado procedimiento pueda arrojar.⁸⁹⁷ Esta es, como examiné en este capítulo previamente, la defensa procedimental de la legitimidad democrática en la que se embarca WALDRON junto con otros teóricos procedimentalistas.

WALDRON propone fortalecer su argumento en contra del control judicial robusto de constitucionalidad en el hecho de los desacuerdos sustantivos sobre derechos (sus asunciones tercera y cuarta) en sociedades cuyas instituciones legislativas y judiciales funcionan razonablemente bien (asunciones primera y segunda), acentuando que, en las sociedades así concebidas, el desacuerdo sobre derechos cuenta como una razón que excluye la justificación del control robusto de las leyes por parte del poder judicial. Esto es, el autor parece identificar como clave para objetar un modelo de protección judicial robusto de los derechos el hecho de los desacuerdos razonables entre los miembros de la sociedad respecto del contenido de tales derechos, afirmando que sus otras dos asunciones (la existencia de instituciones democráticas y la existencia de instituciones judiciales, ambas funcionando bien de manera razonable) no suponen ningún sentido controvertido.⁸⁹⁸

Una primera crítica respecto a esta imagen simplificada que presenta el autor de una sociedad liberal actual estaría dirigida a dudar o directamente negar la posibilidad de su existencia.⁸⁹⁹ Esto es, no se cuestionaría su imagen de la sociedad en sí, sino el hecho de que exista algún país que en realidad pueda ser caracterizado de tal forma; en otras palabras, que su argumento funcionaría solamente en un mundo ideal. El propio WALDRON se empeña en sostener que sus condiciones no aluden a sociedades perfectas en mundos ideales,⁹⁰⁰ sino que son realistas, y como ejemplo cita las deliberaciones de la *House of Commons* (Reino Unido) sobre la ley de terminación médica del embarazo de 1966.⁹⁰¹ Por el otro lado, señala que sociedades democráticas

⁸⁹⁷ Cf. WALDRON 2006: 1371.

⁸⁹⁸ Cf. WALDRON 2006a: 1361.

⁸⁹⁹ Véase una crítica similar en GONZÁLEZ BERTOMEU 2011.

⁹⁰⁰ Véase WALDRON 2006a: 1389, 1402.

⁹⁰¹ Cf. WALDRON 2006a: 1355, 1402.

como Nueva Zelanda, y Estados Unidos, serían ejemplos de casos patológicos, que deberían quedar fuera de su argumento central.⁹⁰² Podría insistirse contra WALDRON que el ejemplo de una legislatura de 1966 del Reino Unido actuando en el examen de una ley particular y bajo condiciones extraordinarias de deliberación, sea suficiente para mostrar la plausibilidad de su argumento, pero no creo que este sea un punto fuerte que valga la pena perseguir.⁹⁰³

Supóngase que se acepta que las sociedades democráticas contemporáneas más desarrolladas se caracterizan en los términos estipulados por WALDRON. Creo que es interesante examinar con mayor detenimiento la primera condición que asume el autor en tales sociedades que funcionan bien, ya que considero que hay implicaciones sobre derechos que deberían hacerse explícitas si se la ha de tomar seriamente. Para este autor, la primera característica imaginada consiste en asumir la existencia de un conjunto de propiedades que hacen al funcionamiento razonable de las instituciones democráticas: elecciones políticas periódicas, legislatura representativa, respeto por los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, y establecimiento de mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad.⁹⁰⁴

Lo que propongo ahora es dirigir la atención a esta primera condición asumida por WALDRON y sostener que en ella *están presupuestos implícitamente ciertos derechos fundamentales mínimos sobre los que no habría desacuerdos fundacionales*. Es decir, que para asumir la existencia de un funcionamiento razonable de las instituciones democráticas sería necesario presuponer el establecimiento y garantía de algunos derechos asegurados para todos los individuos respecto de los cuales el hecho de los desacuerdos fundacionales no los alcanzarían. Es en esta primera característica donde considero que se debería hacer explícito el acuerdo sobre la existencia de ciertas precondiciones mínimas de la democracia y su necesaria garantía para todos los miembros de la sociedad. Cuando WALDRON sostiene que su descripción de esta primera asunción no implica ninguna noción controvertida, ello requeriría asumir la existencia de un cierto consenso respecto de ciertos mínimos democráticos, ciertas precondiciones necesarias

⁹⁰² Véase WALDRON 2005a; 2006a: 1361, nota 47, 1362: nota 48, 1385-1386.

⁹⁰³ Véase GONZÁLEZ BERTOMEU 2011.

⁹⁰⁴ Cf. WALDRON 2006a: 1361.

para que la característica de funcionamiento razonable de las instituciones legislativas democráticas tenga sentido. Entre estas, en el Capítulo 5 sostendré que deben incluirse ciertas *precondiciones materiales mínimas* (exigencias de contenido socioeconómico justificadas en el propio procedimiento democrático).

Me explico. Antes me referí a una objeción dirigida contra la tesis de las precondiciones según la cual no sería posible sostener la exigencia de precondiciones del procedimiento porque el argumento de los desacuerdos también le asestaría un golpe mortal.⁹⁰⁵ Es decir, potencialmente, el hecho de los desacuerdos no dejaría nada en pie, ni siquiera la posibilidad de afirmar que existen ciertas precondiciones procedimentales necesarias para la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones. Mi respuesta a la objeción se basó en la importancia de hacer una distinción entre dos tipos de desacuerdos: los desacuerdos fundacionales y los desacuerdos operativos. En el punto anterior, precisé esta distinción señalando que por desacuerdos fundacionales me refiero a aquellos que existen respecto de los principios o los valores fundamentales subyacentes a las concepciones de la justicia. Ellos se distinguen de los desacuerdos operativos que son caracterizados como desacuerdos en la implementación práctica de cuestiones sobre las que existe un consenso mínimo.

En consecuencia, ¿qué significa tener un desacuerdo sobre las precondiciones mínimas del procedimiento de toma de decisiones? Cuando se afirma que no hay acuerdo sobre tales precondiciones, ello no se referiría al mismo tipo de desacuerdos razonables que existen respecto de los valores, principios o creencias subyacentes a las concepciones de la justicia, sino que se trataría de desacuerdos que implicarían cuestiones diferentes, serían desacuerdos en la concreción práctica (operativa) de aquello que básicamente y mínimamente hay acuerdo.⁹⁰⁶

Con la distinción entre tipos de desacuerdos en mente, diré que si se parte de la importancia de la democracia y de la participación política como derecho constitutivo, ello nos compromete con al menos un valor común: para que un procedimiento democrático tenga valor intrínseco tiene que permitir la participación real de todos. Ese valor debería asegurarse a través de las precondiciones que posibilitan dicha participación efectiva. En otras

⁹⁰⁵ Véase el punto 7.1 de este Capítulo.

⁹⁰⁶ Véase el Capítulo 3: punto 2.

palabras, si se sostiene que el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene valor en las sociedades contemporáneas pero se niega la exigencia de protección de un conjunto de precondiciones de dicho procedimiento, tales posiciones o bien serían inconsistentes (no sería posible sostener que se satisface solamente con el reconocimiento de derechos formales para justificar la superioridad de un procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas),⁹⁰⁷ o bien no serían posiciones democráticas, porque no valorarían el procedimiento democrático de toma de decisiones ni siquiera mínimamente y, en ese caso, caerían fuera del alcance de esta tesis.

En suma, la objeción de los desacuerdos fundacionales sobre derechos (cuarta característica en el argumento waldroniano) no sería válida contra la tesis de las precondiciones mínimas de la democracia, presupuestas necesariamente para la existencia de instituciones legislativas que funcionan razonablemente bien (primera característica en el mencionado argumento).

Ahora bien, asumamos que es posible sostener la plausibilidad del argumento waldroniano de una sociedad cuyas instituciones funcionan razonablemente bien caracterizada por sus cuatro condiciones, en la que se reconoce además como parte de la condición primera la exigencia de garantizar las precondiciones mínimas. Si es plausible sostener que no habría desacuerdos fundacionales sobre ciertas precondiciones mínimas (esto es, existiría acuerdo en que la garantía de ciertas precondiciones mínimas constituiría un prerrequisito del propio procedimiento), ello significaría, siguiendo el razonamiento waldroniano, que no tendríamos razones *de principio* para excluir un control judicial robusto de constitucionalidad en ese tipo de sociedad, respecto de la protección de esas precondiciones. Es decir, el argumento de WALDRON, una vez hechos explícitos sus presupuestos, dejaría abierta la posibilidad de justificar el mecanismo de control de constitucionalidad en una sociedad democrática. Las consideraciones a favor o en contra de tal mecanismo que entrarían a jugar serían aquellas que dependen de cuestiones contingentes, tales como el grado de competencia judicial de los miembros del tribunal en cada sociedad concreta (cuál es el nivel de preparación de los jueces para examinar determinadas cuestiones, el grado de diálogo entre las distintas instituciones, etcétera).⁹⁰⁸ Sin embargo, ya no podría funcionar la objeción de principio dirigida por WALDRON a la

⁹⁰⁷ Véase el punto 6 de este Capítulo.

⁹⁰⁸ Véase el Capítulo 3: punto 8.

ilegitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad en lo que hace a la protección de las precondiciones procedimentales del ejercicio efectivo de la participación política.

9. Conclusión

Desde una concepción de la democracia sustancialista lo fundamental sería que ciertas cuestiones deberían quedar fuera de la discusión política democrática en tanto que se considera preferente la obtención de resultados que respeten ciertos derechos. Lo que quedaría excluido de la decisión política ordinaria significaría el establecimiento de límites a lo que los legisladores pueden decidir, cuya protección debería instrumentarse mediante un control judicial robusto de constitucionalidad. Esto es, para una tesis sustancialista de la democracia se fundamenta la adopción de un modelo constitucional robusto de protección de los derechos fundamentales. Pero este tipo de enfoque no resulta atractivo en la medida en que, al sostener que la democracia es esencialmente un sistema por el cual deben obtenerse ciertos resultados, no tomaría seriamente el hecho de los desacuerdos que tienen las personas respecto de cuáles son tales resultados.

Así, luego de analizar las propuestas de DWORKIN y CHRISTIANO, el examen del enfoque procedimental de la democracia defendido por WALDRON se presenta como una mejor respuesta al problema de los desacuerdos en sociedad. De conformidad con el procedimentalismo las decisiones políticas alcanzadas por la mayoría serían legítimas porque el procedimiento de toma de decisiones está justificado en sí mismo, no porque los resultados que se obtengan mediante dicho procedimiento sean justos o correctos. Pero para que la propuesta procedimental de la democracia funcione debe hacerse explícita la tesis de las precondiciones. Por las mismas razones por las que estaría justificado adoptar un enfoque procedimental de la democracia, se debería entender que su fundamentación se sostiene sobre dos pilares: la presuposición del estándar de no exclusión y la noción de participación política efectiva. Este estándar requiere que nadie sea excluido de la posibilidad de participación política en el procedimiento de decisiones de manera de que sus puntos de vista tengan conexión con las decisiones colectivas adoptadas en aquel.

Habiendo examinado la tesis de las precondiciones procedimentales de la democracia y defendido de las objeciones dirigidas en su contra, en el

próximo capítulo intentaré justificar además la exigencia del establecimiento de un conjunto de precondiciones materiales para asegurar el estándar de no exclusión y la participación política efectiva. La particularidad de esta estrategia es que, en tanto consiste en un argumento interno al procedimiento democrático, está en mejor posición para dar cuenta del problema de los desacuerdos. Un argumento sobre la misma base permitirá sostener que es legítimamente permisible proteger las precondiciones procedimentales de la democracia con un control robusto de constitucionalidad.

CAPÍTULO 5

DOS NIVELES DE DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN

1. Introducción

En este capítulo completaré la justificación del argumento democrático a favor de los derechos sociales. En el Capítulo 3, al examinar su dimensión normativa, concluí que la manera típica de reivindicar los derechos como exigencias de la justicia social no podría dar cuenta del problema de los desacuerdos fundacionales sobre derechos en las sociedades pluralistas contemporáneas. De allí que abandoné ese enfoque y en el Capítulo 4 examiné una estrategia alternativa de justificación de los derechos a partir de lo que exige la legitimidad procedimental. Concluí que las razones para adoptar una concepción procedimental de la democracia justifican también el aseguramiento de un estándar de no exclusión y la asunción de una noción de participación política efectiva de todos los miembros de la sociedad. Finalmente sostuve que la concepción procedimental de la democracia requiere ser complementada con la tesis de las precondiciones procedimentales.

Este capítulo tiene por objetivo argumentar que existen buenas razones de legitimidad procedimental para considerar a ciertas exigencias sociales, tales como por ejemplo la exigencia a la educación básica, la exigencia a una vivienda básica, la exigencia a un sustento mínimo o la exigencia a un cuidado médico primario, como integrantes de las precondiciones materiales que un procedimiento legítimo de toma de decisiones debe asegurar y garantizar a todos. Para ello sostendré que en el marco teórico-normativo de legitimidad procedimental introducido en el Capítulo 4 ciertos derechos sociales y con determinado alcance podrían ser requeridos como precondiciones

materiales de la democracia procedimental (esto es, del estándar de no exclusión y la participación política efectiva). En este sentido pretendo mostrar que *incluso* quien asumiera, en virtud de un argumento como el de la exigencia de tomarse en serio los desacuerdos, que las cuestiones de teoría de la justicia deberían ser dirimidas por la asamblea legislativa, tendría que aceptar al menos algunos derechos sociales como precondiciones materiales para el funcionamiento legítimo de dicha asamblea y de su autoridad para imponer decisiones colectivas.

Con dicho objetivo introduciré una distinción entre dos niveles de derechos sociales que me permitirá sostener la importancia de estos derechos para la legitimidad procedimental y el respeto por los desacuerdos. El primer nivel comprende las precondiciones materiales que deberían ser garantizadas para que un procedimiento de decisiones pueda ser considerado legítimo en un grado aceptable. El segundo nivel se compone de las exigencias de la justicia social cuya decisión tendría que realizarse necesariamente a través de la política si se ha de tomar en serio el problema de los desacuerdos. En tanto mi interés está centrado en la legitimidad de los procedimientos de toma de decisiones en las “circunstancias de la política”, no voy a proponer una lista articulada y exhaustiva de los derechos sociales requeridos para tal fin.⁹⁰⁹ En cambio, indicaré qué derechos sociales podrían considerarse como “claros” candidatos a conformar las precondiciones materiales de la democracia bajo una interpretación significativa del derecho de participación política.⁹¹⁰ Asimismo, me valdré de casos judiciales para ilustrar cómo el argumento democrático puede justificar la intervención de diversos órganos institucionales para la tutela de cada uno de los niveles.

Procederé de la siguiente manera. En el punto 2 intentaré fundamentar la distinción entre los dos niveles de derechos sociales. En el punto 3 explicaré el papel que juega la adopción de *un criterio interno* al propio procedimiento de toma de decisiones y por qué considero que se presenta como un mejor candidato para la determinación del contenido de las precondiciones materiales de la democracia. En la medida en que este criterio no sería susceptible de la objeción de los desacuerdos fundacionales, se conformaría como un criterio plausible para guiar el establecimiento del

⁹⁰⁹ Las circunstancias de la política, recordemos, están dadas por la necesidad de tomar decisiones colectivas no obstante la existencia de desacuerdos persistentes en las sociedades contemporáneas. Véase WALDRON 2005a: 123-124; WEALE 2007: 12-18.

⁹¹⁰ Véase el Capítulo 4: punto 6.

primer nivel de los derechos sociales. En el punto 4 intentaré argumentar la tesis normativa consistente en que el primer nivel de los derechos sociales, en tanto encarna las precondiciones materiales del procedimiento democrático, podría ser asegurado y garantizado mediante un modelo robusto de protección institucional. En el punto 5 exploraré la idea de instituir un control judicial débil para los supuestos problemáticos en los que se duda sobre si deben quedar comprendidos o no dentro del primer nivel, o existe controversia al respecto. En el punto 6 intentaré justificar que el segundo nivel debería ser resguardado mediante un modelo de tutela legislativa que permita la superioridad de la decisión mayoritaria adoptada por el órgano legislativo sobre cómo ha de desarrollarse una sociedad para ser justa.

2. Los dos niveles de derechos sociales

Desde una concepción procedimental de la democracia es posible justificar el reconocimiento y protección de ciertos derechos entendidos como precondiciones de la participación política efectiva de un procedimiento legítimo de toma de decisiones. Típicamente, por ejemplo, el derecho de asociación política, el derecho de expresión y la libertad de movimiento.⁹¹¹ Sostendré en el punto siguiente que entre aquellas se justificaría también la tutela de ciertas *precondiciones materiales o de contenido socioeconómico*. En este punto me ocuparé de especificar a qué me refiero con la idea de precondiciones materiales.

Ahora bien, defender la necesidad de asegurar a todos cierto contenido socioeconómico o un cierto nivel material como exigencias de un procedimiento democrático legítimo podría inducir a una confusión acerca del alcance del argumento democrático. Me explico. La defensa de ciertas precondiciones materiales de un procedimiento democrático legítimo que justificaría su establecimiento y garantía como derechos sociales no debe entenderse como significando que la noción de las precondiciones materiales necesariamente agote el contenido de los derechos sociales.

En el Capítulo 1 sostuve que la cuestión del alcance de los derechos sociales (*i.e.*, cuál es la porción o extensión de recursos que un Estado estaría requerido a destinar para satisfacer su obligación respecto de los derechos

⁹¹¹ Véanse, por ejemplo, MEIKLEJOHN 1948: 22-27; ELY 1980: Capítulos 5 y 6; DÍAZ 1984: 66; BARRY 1989: 25; BOBBIO 1989: 48; DAHL 1992; NINO 1997; GARGARELLA 2001; ABRAMOVICH y CURTIS 2002: 217; SUNSTEIN 2001, 2004: 90; WALDRON 2005a: 339; SELEME 2009.

sociales) no correspondía ser examinada como una cuestión conceptual sino como una cuestión normativa. Desde esta perspectiva, debería valorarse la fundamentación del alcance de los derechos sociales a través de la bondad de los argumentos justificativos que se ofrecen. Ahora es el lugar de retomar esa cuestión y precisar las razones normativas que desde el argumento democrático permiten sostener la exigencia del establecimiento de ciertos derechos sociales y de su alcance. Lo que la tesis de las precondiciones materiales de la democracia propone es brindar buenas razones para su reconocimiento y protección en las circunstancias de la política. Ello, sin embargo, no agota el contenido de las exigencias socioeconómicas que pueden justificarse como contenido de los derechos sociales. Un contenido más extenso podría estar justificado en razones de otro tipo, por ejemplo, como exigencias de una concepción de la justicia social.

Esta diferente justificación de alcance se traduce, como trataré de mostrar, en una distinción de niveles de los derechos sociales. Aun si tomamos como modelo una sociedad democrática «que funciona razonablemente bien», como la caracterizada por WALDRON mediante las cuatro condiciones que he examinado en el Capítulo 4, podríamos distinguir entre dos niveles de derechos sociales.⁹¹² Nótese, sin embargo, que la plausibilidad de la distinción de niveles no se circunscribe a las posiciones de los teóricos de la democracia como WALDRON. El argumento democrático que propongo debería funcionar como punto de partida para debatir sobre la justificación de los derechos sociales desde una perspectiva que valore no sólo la legitimidad de un procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas sino también «lo que nos debemos unos a otros» como exigencias de la justicia social.⁹¹³

⁹¹² Véase WALDRON 2006a: 1360-1369. Sumariamente, estas cuatro asunciones, que he examinado previamente, son: a) existencia de instituciones democráticas que funcionan bien de manera razonable; b) existencia de instituciones judiciales que también funcionan razonablemente bien; c) existencia de un compromiso serio hacia el respeto de los derechos fundamentales de todos; y d) existencia de desacuerdos sustantivos sobre el contenido y alcance de esos derechos. Véanse el Capítulo 3: punto 7, y el Capítulo 4: punto 8 de este trabajo.

⁹¹³ La frase corresponde a SCANLON 1998.

2.1. *El primer nivel*

El primer nivel de los derechos sociales estaría compuesto por las precondiciones materiales del procedimiento democrático, esto es, aquellas exigencias sociales cuya garantía es necesaria para la existencia de instituciones democráticas que funcionan bien (formando parte de la asunción primera de la sociedad singularizada en términos waldronianos). Este nivel representaría un caso en que se mostraría que sin su establecimiento y protección en un sistema jurídico no se podría sostener un compromiso democrático genuino.⁹¹⁴

Parece razonable sostener que si la noción de democracia procedimental exige el respeto por la participación política efectiva de todos los miembros del cuerpo político, estos deberían estar en condiciones materiales de ejercer realmente ese derecho. Así, el primer paso para defender la justificación democrática del establecimiento de un primer nivel de los derechos sociales consiste en asociar la necesidad de garantizar ciertas precondiciones *materiales* con la posibilidad de participar efectivamente en el procedimiento democrático.⁹¹⁵ Esta línea de argumentación no es nueva. En tal modo, por ejemplo, se han expresado KING y WALDRON al observar que:

«Casi todos los grandes teóricos de la ciudadanía [...] han sostenido que para ser un ciudadano de la *polis*, para tener capacidad de participar completamente en la vida pública, uno necesitaba tener una cierta posición socioeconómica. [...] La gente, se creía, no podía actuar en absoluto como ciudadanos, o no podía esperarse que actuaran bien en la esfera política y que tomaran decisiones adecuadas, a menos que se prestara alguna atención a las cuestiones de su salud, su bienestar y su estatus social y económico.»⁹¹⁶

De esta cita se podrían seguir dos lecturas opuestas. Por un lado, varios teóricos políticos sostuvieron en el pasado que la constatación de la falta de recursos sociales que acucia a algunas personas podía ser valorada de manera negativa y utilizada como pauta para justificar su exclusión del

⁹¹⁴ Véase el punto 3 de este Capítulo.

⁹¹⁵ He sostenido previamente que un concepto de participación política formal no es una pauta suficiente para respetar la agencia moral de las personas en una sociedad democrática. Véase el Capítulo 4: punto 6.

⁹¹⁶ KING y WALDRON 1988: 426.

procedimiento de toma de decisiones.⁹¹⁷ Desde tales posiciones se argumentaba a favor de una especie de *elitismo económico o epistemológico*, según el cual sólo quienes acreditaran la propiedad de ciertos bienes y recursos materiales o intelectuales, estarían facultados para participar en el procedimiento político.⁹¹⁸ Se pretendía evitar, con ello, la participación política de quienes, por carecer de bienes y recursos, se consideraba que no gozaban de las capacidades para conducirse bien en el procedimiento político ni para adoptar decisiones adecuadas.

Por el otro lado, en las sociedades democráticas contemporáneas se entiende que está moralmente prohibido restringir la participación política de los individuos pobres de la sociedad. En la actualidad, se acuerda en que todos los ciudadanos y ciudadanas deberían gozar de una igualdad política intrínseca reconocida en el derecho fundamental a la participación política. Esta exigencia moral se podría traducir en términos de un *estándar de no exclusión*. No podría razonablemente alegarse como causa de exclusión fuentes discriminatorias como la raza, el género, o el estatus social y económico.

Un estándar semejante exigiría también que se remuevan los obstáculos institucionales y materiales tendientes a dificultar la participación política efectiva. Así, podría pensarse por ejemplo en la exigencia de atender a la educación primaria, a la vivienda básica, a un sustento mínimo o al cuidado médico primario de quienes carecen de recursos materiales. La satisfacción jurídica de tales exigencias se justifica en la importancia del ejercicio del derecho a la participación política efectiva de todos. Según los estudios de Joe SOSS, por ejemplo, «la lucha diaria por la subsistencia deja a los individuos con poco tiempo o energía para seguir los debates públicos, participar en organizaciones políticas, o hacer responsables a los representantes políticos electos».⁹¹⁹ El igual respeto y la dignidad de las ciudadanas y ciudadanos, plasmado en la relevancia de que cada uno tenga la

⁹¹⁷ Por ejemplo, de acuerdo con la Constitución de Francia de 1791 sólo podían votar los hombres mayores de 25 años que pagaban impuestos (denominado «sufragio censitario»). El sistema electoral prusiano «de tres clases» vigente en el siglo XIX, según el cual el cuerpo electoral se dividía en tres clases sociales de rédito, si bien permitía la participación de las clases más pobres les otorgaba un peso significativamente menor en el recuento de los votos al punto de anular su efecto. Véase PIRETTI 2006: 194, 200-201.

⁹¹⁸ Véase, por ejemplo, MILL 1985 [1861]: 106-109 para una defensa del voto plural para los individuos educados o con mejor instrucción de la sociedad.

⁹¹⁹ SOSS 2005: 306.

oportunidad efectiva de avanzar el propio punto de vista respecto de cómo se ha de desarrollar la sociedad proscribire hacer cargar a quienes carecen de recursos materiales con el perjuicio de su exclusión política del procedimiento de decisión por la falta de medios económicos. Antes bien, el obstáculo proveniente de la pobreza es una razón para justificar la satisfacción pública de las exigencias sociales con fundamento en el derecho de cada individuo de ser un ciudadano de la *polis*. Así, la provisión pública de un soporte socioeconómico a las personas pobres que les permita superar la amenaza de privaciones y sus efectos, aumentaría sus posibilidades de participar activamente como parte de la ciudadanía democrática.⁹²⁰

Esto es, si se valora el derecho de participación política como «el derecho de los derechos» según la expresión utilizada por WALDRON,⁹²¹ en tanto configuración de la legitimidad de un procedimiento de decisiones colectivas sobre cuestiones controvertidas, se seguiría la exigencia de que ninguna persona sea excluida por condicionamientos materiales o institucionales. Es el valor de legitimidad del propio procedimiento democrático de decisiones lo que justifica la exigencia de provisión pública de prestaciones positivas a quienes carecen de los recursos necesarios para su satisfacción.⁹²²

Como señalé en el Capítulo 4, partiendo del hecho de los desacuerdos fundacionales sobre qué decisiones serían justas que se adopten en una sociedad, no sería posible garantizar a todas las personas que sus preferencias se verán plasmadas en los resultados que el procedimiento arroje.⁹²³ Quienes se hallen perjudicados por tales resultados podrían negar la legitimidad de su imposición. De allí que el criterio de justificación de la imposición coactiva de las decisiones políticas no puede basarse en la justicia de los *outputs*. En cambio, asegurar los *inputs* (la inclusión de sus opiniones o puntos de vista) en el procedimiento de decisiones a través de la participación política, es un criterio universalizable y cuenta como una razón para legitimar dicho procedimiento. Pero el reconocimiento formal del derecho a la participación política no es suficiente en la medida que ello sería compatible con la exclusión efectiva de participación política de individuos o grupos de personas. Por consiguiente, la noción de participación política significativa

⁹²⁰ Véase SOSS 2005: 306.

⁹²¹ Véase WALDRON 2005a: 277, 303.

⁹²² Véase KNIGHT y JOHNSON: 2011: 234-246.

⁹²³ Véase el Capítulo 4: punto 6 sobre la distinción entre tipos de desacuerdos.

que se requiere para justificar la legitimidad de un procedimiento de decisiones es aquella que satisfaga el estándar de no exclusión de la ciudadanía democrática efectiva. Esta requiere que se garanticen las precondiciones institucionales y materiales tendientes a posibilitar el ejercicio efectivo de la participación de todos.

Lo que quiero decir es que si se otorga algún valor a la democracia, al menos uno mínimo en tanto procedimiento de toma de decisiones que permite la expresión de los puntos de vista de los ciudadanos y ciudadanas, este primer nivel de los derechos sociales *no podría estar sujeto a desacuerdos fundacionales*. Ello se seguiría a partir de la lógica de las precondiciones procedimentales que parte de una mínima convergencia acerca de la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas en el que todos tienen derecho a participar.⁹²⁴ Así los desacuerdos atendibles estarían en el nivel de la concreción del procedimiento: se trataría de *desacuerdos de tipo operativo*.⁹²⁵ Los desacuerdos operativos son desacuerdos que no socavan las bases democráticas. En el nivel de aplicación concreta de ese acuerdo mínimo habría espacio para los desacuerdos operativos sobre cómo implementar el estándar de no exclusión y la participación política efectiva de todos.⁹²⁶

La fundamentación del establecimiento y protección de un primer nivel de derechos sociales con base en el argumento democrático no significa necesariamente que en una sociedad democrática en la que están garantizadas las precondiciones materiales del procedimiento de decisiones estarán también satisfechas las exigencias de la justicia social. Sería erróneo colapsar la justificación del alcance de las precondiciones materiales del procedimiento de decisiones con la justificación del contenido social requerido por una concepción de la justicia singular, de manera de afirmar que dado que las primeras están garantizadas en el sistema jurídico, también lo están las exigencias de justicia en esa sociedad. Tal interpretación reduciría la justificación democrática de las precondiciones materiales a la fundamentación

⁹²⁴ Véase el Capítulo 4: punto 8 sobre la lógica de las precondiciones en las sociedades democráticas.

⁹²⁵ En el Capítulo 3: punto 2 he sostenido la importancia de hacer una distinción entre dos tipos de desacuerdos: los desacuerdos fundacionales y los desacuerdos operativos, adaptando la idea de la distinción entre tipos de desacuerdos de RAWLS 1993; y WALDRON 2006b: 60-63. Por desacuerdos fundacionales me refiero a aquellos que existen respecto de los principios o los valores morales, religiosos y filosóficos fundamentales subyacentes a las concepciones políticas de la justicia.

⁹²⁶ Véase el examen de la noción de participación política efectiva en el Capítulo 4: punto 6.

de una concepción de la justicia determinada, cuestiones que, como he señalado en el Capítulo 4, considero que deberían distinguirse.⁹²⁷

Es cierto que podría ocurrir, por hipótesis, que desde una cierta teoría moral de la justicia social se postule como parte de sus exigencias la satisfacción de un mismo alcance de prestaciones positivas que el justificado como precondiciones materiales del procedimiento democrático. Por ejemplo, piénsese en una concepción *suficientista* de la justicia relativa a la distribución de los bienes y recursos sociales.⁹²⁸ Desde esta concepción, podría sostenerse que todo lo que la justicia exige es que cada individuo tenga los recursos materiales suficientes para sobrevivir, negando que la desigualdad sea intrínsecamente mala. Aunque el contenido de las exigencias materiales de la legitimidad democrática y el contenido de las exigencias de la justicia social postulados por la concepción sufficientista coincidieran en el alcance de las prestaciones positivas, la diferencia estaría en que las primeras se justificarían como demandas materiales de la legitimidad de un procedimiento democrático de toma de decisiones sobre las segundas.

Las exigencias de la legitimidad democrática deberían estar establecidas en el sistema jurídico y garantizadas institucionalmente para posibilitar la participación política efectiva de todos, de manera que cada persona pueda exteriorizar su opinión sobre la mejor justificación del alcance de las exigencias de la justicia social. Los partidarios de una concepción de la justicia sufficientista como la del ejemplo deberían competir con los defensores de otras concepciones igualitarias de la justicia social (por ejemplo, «luck egalitarianism»,⁹²⁹ «capability theories»,⁹³⁰ «real libertarianism»,⁹³¹ etcétera) en el procedimiento democrático, para conseguir que una mayoría de personas también sostenga que las desigualdades en sí mismas, por encima de un cierto umbral, carecen de relevancia.

Podría objetarse desde una concepción libertaria de la justicia social que lo que ésta requiere es que el Estado no provea a la satisfacción de mínimos socioeconómicos. Desde esta perspectiva podría sostenerse, por

⁹²⁷ Véase RAWLS 1971: 196, 1993: 427-429; WALDRON 1993a: 31, 2005a.

⁹²⁸ Véanse FRANKFURT 1987, 1997, 2000; CRISP 2003.

⁹²⁹ Véanse, por ejemplo, COHEN 1989 (*luck egalitarianism*); DWORKIN 1981 (*equality of resources*); ARNESON 1989, 1991, 2000 (*equality of opportunities for welfare*).

⁹³⁰ Véanse SEN 1982, 1985, 1992; NUSSBAUM y SEN 1993; NUSSBAUM 2001, 2003.

⁹³¹ Por ejemplo, VAN PARIJS 1995.

ejemplo, que la obligación ciudadana del pago de impuestos para la satisfacción estatal de las precondiciones materiales de la democracia vulnera la libertad individual y la auto-propiedad y por ello es una medida ilegítima.⁹³² O bien, quienes en una línea similar, aceptarían como máximo una especie de fondo residual de recursos estatales para ayudar a algunos individuos sumidos en una pobreza extrema a lidiar con contingencias o privaciones extraordinarias, pero nada más allá, justificando, si acaso, sólo una provisión pública de recursos a título de dádiva. Ya sea que se sostenga la no injerencia del Estado en la recaudación y distribución de recursos públicos, o se acuerde meramente con una caridad pública para indigentes, desde tales posiciones se cuestionaría la garantía de las precondiciones materiales del procedimiento democrático por violar principios de justicia social.

Ante esta objeción, cabría distinguir entre dos posibilidades. Por un lado, la posición de los “libertarios demócratas”, quienes podrían postular una concepción de la justicia cuyos principios no aprueban la intervención del Estado para la satisfacción del contenido de los derechos sociales, pero acuerdan con el valor de un procedimiento democrático legítimo para adoptar las decisiones políticas colectivas sobre la justicia. En este supuesto, aunque desde la concepción particular de la justicia social que los libertarios sostienen no podría justificarse la tutela de ciertos derechos sociales, ello sí resultaría justificado a partir de la concepción de la democracia que paralelamente se acepta.⁹³³ Por el otro lado, podría pensarse en la posición de los “libertarios clásicos”, desde la cual se postula una concepción de la justicia cuyos principios no aprueban la garantía del contenido de los derechos sociales y tampoco valoran la democracia como procedimiento legítimo para

⁹³² Véanse FRIEDMAN 1962; HAYEK 1972, 1973; NOZICK 1974. Véase el Capítulo 3: punto 3 del presente trabajo.

⁹³³ Por ejemplo, TOMASI 2012. Podría pensarse en la posibilidad de que los libertarios, en esta línea, abogaran en el foro legislativo por una provisión inferior a la requerida por las precondiciones materiales por razones de lo que exige la teoría de la justicia social que sustentan. Si como resultado del respaldo de la mayoría obtenido en la asamblea legislativa, ésta decidiera adoptar una ley que, por ejemplo, redujera el contenido de las precondiciones materiales, podría presentarse un supuesto en el que se justifica la activación de una garantía constitucional robusta de protección de tales precondiciones por razones de legitimidad procedimental. Si existieran buenas razones para la reducción del alcance de las precondiciones materiales del procedimiento deberán ser razones de legitimidad democrática, y no fundadas en una teoría de la justicia social singular.

adoptar las decisiones políticas colectivas. Esta posición, sin embargo, quedaría fuera del marco del presente trabajo, en tanto este estudio parte del acuerdo básico de que la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas tiene valor en las sociedades contemporáneas y debe ser resguardado.

Ahora bien, no se sigue que la noción de las precondiciones materiales del procedimiento encarnadas en el primer nivel de los derechos sociales desplaza la consideración de las exigencias de justicia social a un lugar de menor relevancia moral y política, a un plano secundario o inferior.⁹³⁴ Estando aquellas aseguradas el segundo nivel de los derechos sociales cobra una importancia fundamental.

2.2. El segundo nivel

El segundo nivel de los derechos sociales se caracteriza, en las sociedades democráticas contemporáneas que funcionan política y judicialmente bien, por la aceptación de sus miembros, en palabras de WALDRON, de que todos «tienen ciertos intereses y son titulares de ciertas libertades que no se les debería negar simplemente porque sería más conveniente para la mayoría de las personas negárselos».⁹³⁵

El contenido del segundo nivel estará dado por el compromiso con la satisfacción de los derechos sociales de todas las personas como exigencias de la justicia social. Pero también incluye la posibilidad de que estos derechos y su alcance estén sujetos a desacuerdos fundacionales respecto de cuál es la mejor teoría de la justicia social que debe regular la distribución de los recursos materiales en esa sociedad.⁹³⁶ Esto es, que aunque se podría asumir un acuerdo mínimo sobre la exigencia de garantía y protección del primer nivel de derechos sociales, el segundo nivel de los derechos sociales se encontraría sujeto, como advierte WALDRON, a «la incidencia de un desacuerdo general sobre las principales cuestiones políticas que encontramos en las sociedades liberales modernas», entre las cuales se cuentan las consideraciones sobre lo que exige la justicia social en materia de distribución socioeconómica.⁹³⁷

⁹³⁴ Véase el punto 5 de este Capítulo.

⁹³⁵ WALDRON 2006a: 1364.

⁹³⁶ Cf. WALDRON 2006a: 1366 respecto del contenido de su asunción cuarta.

⁹³⁷ WALDRON 2006a: 1366. En referencia a “las circunstancias de la política”, véanse WALDRON 2005a: 123-124; y WEALE 2007: 12-18. Véase también RAWLS 1993: 428, que menciona estas particularidades sin referirlas explícitamente con dicha denominación.

En este sentido, siguiendo a RAWLS, no deberíamos razonablemente esperar que todos los individuos presten acuerdo sobre una misma concepción de justicia.⁹³⁸ Esas cuestiones deberían ser dirimidas con carácter final por la asamblea legislativa si se ha de tomar en serio el hecho de la diversidad de puntos de vista acerca de qué es lo justo en una sociedad.

Así, el alcance específico de este segundo nivel de derechos sociales debería ser decidido por el procedimiento político de cada sociedad. Como sostiene Ruth GAVISON, existe un abanico amplio de posibilidades «que pueden ser compatibles con un compromiso general hacia los derechos humanos».⁹³⁹ Cuál sea la propuesta elegida entre las muchas posibilidades debería responder a «consideraciones políticas, morales y empíricas», pero no conceptuales.⁹⁴⁰

2.3. La distinción entre niveles

La distinción entre el primer nivel de los derechos sociales y lo que debería quedar fuera puede ser concebida como una *línea móvil dentro de un continuo* en la satisfacción de las exigencias sociales, a modo de *umbral revisable* según se determine el impacto del incremento de una propiedad en la promoción de la participación política efectiva. Esto es, dónde establecer la separación entre el primer y el segundo nivel dependerá de hasta dónde el contenido de cierto derecho social podría ser señalado como precondition material de la noción de participación política efectiva.⁹⁴¹ En un sentido similar, Carlos NINO propuso la existencia de un umbral «respecto de la distribución de derechos “*a priori*”» (aquellos derechos que para el autor configuran los requisitos o «condiciones» del procedimiento democrático). Según el autor, el umbral debería servir como base desde la que «el proceso democrático puede corregirse y mejorarse».⁹⁴²

Me refiero a un umbral en el que la línea de distinción podría moverse y no a una línea rígida para distinguir los dos niveles porque una línea semejante no sería deseable. Y esto porque lo que se necesita es cierta flexibilidad para determinar el contenido de las condiciones materiales que

⁹³⁸ Cf. RAWLS 1971: 75-83, 1993.

⁹³⁹ GAVISON 2003: 24.

⁹⁴⁰ Cf. GAVISON 2003: 24.

⁹⁴¹ Véase el punto 4 de este Capítulo.

⁹⁴² NINO 1997: 276. También NINO aclara que «no existe ninguna fórmula exacta acerca de dónde ubicar ese umbral» (NINO 1997: 276). Véase el punto 3.1 de este Capítulo.

permiten la participación política efectiva en el procedimiento de decisiones en una cierta sociedad y en un momento determinado. De esta manera, podría moverse la línea modificando el contenido requerido, por ejemplo, según el grado de desarrollo democrático de una sociedad, ciertas circunstancias contextuales justificadas o la evolución e incorporación de medios tecnológicos que podrían alterar la dinámica de participación política.

El umbral que permite distinguir entre estos dos niveles de derechos sociales podría entenderse como un *test de las precondiciones*: un test que permita determinar entre todas las exigencias sociales, cuáles están instrumentalmente vinculadas al funcionamiento del procedimiento democrático legítimo en un momento dado.⁹⁴³

Considero que poner de relieve la distinción entre dos niveles de derechos sociales (el primer nivel como precondiciones materiales del procedimiento democrático, y el segundo nivel como exigencias de la justicia social) es una cuestión fundamental que ha sido ignorada en la literatura sobre los derechos sociales. De manera habitual, los filósofos políticos y teóricos del derecho discuten sobre nociones de derechos sociales con diferente alcance, mayormente como reflejos de sus particulares concepciones de la justicia social. Quienes abogan por los derechos sociales con un contenido mínimo como, por ejemplo, los partidarios de una posición suficientista de la justicia o los teóricos de las necesidades básicas, descartan la posibilidad de que se justifique reclamar otras exigencias de mayor alcance en la materia. En esta línea los teóricos suelen sostener que el contenido de los derechos sociales está dado únicamente por las exigencias de satisfacción de necesidades urgentes y perentorias, y en ello agotan tal noción, como si nada más debiera exigirse desde la perspectiva de la justicia social.⁹⁴⁴ Del otro lado, quienes sostienen una visión más extensa de los derechos sociales, como los defensores de estos derechos a partir de una perspectiva prioritarista de la justicia o una concepción igualitarista de la distribución de recursos, con frecuencia subestiman la importancia de argumentar por la

⁹⁴³ Véase el punto 3 de este Capítulo.

⁹⁴⁴ Por ejemplo, ATRIA 2005: 160 sostiene que los derechos sociales o bien son derechos a un “mínimo existencial”, o bien no pueden estar dotados de la operatividad jurídica que caracteriza a los derechos subjetivos. Mi posición, en cambio, es que los derechos sociales comprenden una noción compuesta más amplia (que el mero reconocimiento de un mínimo existencial) formada por los dos niveles señalados. Otra cuestión es el tipo de tutela jurídica que se debería otorgar a cada nivel.

garantía de un alcance más básico de estos derechos.⁹⁴⁵ En esta línea encontramos quienes defienden que los derechos sociales son, por ejemplo, exigencias de la justicia distributiva igualitaria y que tales exigencias encarnadas por los derechos sociales serían «algo más importante» que eliminar la necesidad de las personas de luchar por la mera supervivencia.⁹⁴⁶ Ello se ha traducido en un freno en la discusión sobre los alcances de los derechos sociales dados los desacuerdos sustantivos subyacentes sobre lo que exige la justicia social.

Pero además, en uno y en otro tipo de enfoque, se omite prestar la debida atención al lugar que ocupa la legitimidad del procedimiento mediante el cual se adoptan las decisiones políticas que serán impuestas sobre toda la población, incluidas las decisiones sobre el contenido de los derechos sociales, el papel que desempeña un procedimiento democrático legítimo para el respeto a la dignidad de las personas, y la posibilidad de estructurar un contenido de justicia social de los derechos sociales a partir de asegurar las condiciones (institucionales y materiales) de todos los miembros de la sociedad para que puedan participar de modo efectivo en el procedimiento de decisiones.⁹⁴⁷ La distinción de niveles permitiría deslindar la provisión de prestaciones positivas en tanto exigencias de la legitimidad del procedimiento, de las prestaciones que deberían ser garantizadas en una sociedad para ser considerada justa.

El argumento democrático, por lo tanto, permitiría resolver dos cuestiones comprometidas de manera simultánea: a) ofrecería un argumento para justificar la identificación de qué precondiciones materiales deberían quedar incluidas como contenido del primer nivel de los derechos sociales (distinguiendo estas de aquellas consideraciones de justicia social, que formarían parte del segundo nivel); y b) ofrecería una buena razón para afirmar que los derechos sociales son fundamentales y su establecimiento jurídico y protección constitucional justificados en las sociedades democráticas contemporáneas.

⁹⁴⁵ Véase CASAL 2007 para una caracterización de las distintas concepciones de la justicia mencionadas.

⁹⁴⁶ Así, FABRE 2000c: 124. Véanse también, entre otros, LIEBENBERG 2005; CRUZ PARCERO 2005; BILCHITZ 2008.

⁹⁴⁷ Véanse como excepciones a este cargo las propuestas de NINO 1997; GARGARELLA 2004b; MARTÍ 2005.

Ahora bien, ¿cuál debería ser el criterio mediante el cual especificar el contenido del primer nivel de los derechos sociales? Las posibilidades que he considerado en el Capítulo 3 como enfoques significativos que recurren a criterios externos desde las exigencias de la justicia social han sido tres: el criterio de las necesidades básicas; el criterio del mínimo social rawlsiano; y el criterio de los recursos adecuados.⁹⁴⁸ He abandonado este tipo de estrategia en la medida en que se apoya en la posible determinación objetiva del contenido de los derechos sociales que debería ser impuesto en una sociedad al margen de los desacuerdos sustantivos y de la posibilidad de que la asamblea democrática adopte una decisión colectiva al respecto. Por consiguiente, me ocuparé a continuación de fundamentar un criterio *interno* al propio procedimiento democrático. Este se presenta como un camino más atractivo para la determinación del contenido del primer nivel de los derechos sociales porque se basa en consideraciones sobre lo que exige la participación política efectiva de todos en una democracia, sin presuponer un acuerdo sobre el contenido material que debería asegurarse en una sociedad para ser considerada justa.

3. Precondiciones materiales y derechos sociales

Un modo de acercarnos a la precisión del contenido de las precondiciones materiales que deberían garantizarse para asegurar el estándar de no exclusión y posibilitar la participación efectiva de todos en el procedimiento democrático sería a través de un *criterio interno* al procedimiento democrático. Es decir, un criterio que no se apoya en consideraciones sustantivas exigidas por alguna concepción de la justicia social. Este criterio habría de cumplir una doble función. De un lado, serviría como test general para establecer qué cuenta como propiedades generales de las precondiciones en una sociedad democrática. Del otro lado, serviría como test de aplicabilidad para establecer qué exigencias sociales concretas satisfacen el criterio general. La identificación de qué exigencias sociales en particular satisfacen esas propiedades o test general de aplicabilidad debería realizarse

⁹⁴⁸ Véase el Capítulo 3: puntos 3, 4 y 5.

con independencia de las particulares limitaciones socioeconómicas de cada sociedad, o de consideraciones de otra índole.⁹⁴⁹

3.1. El criterio interno

Afirmar, en los términos de WALDRON, que la regla de la mayoría para la toma de decisiones en una democracia es el único mecanismo que respeta la dignidad de todos los ciudadanos en las circunstancias de la política requiere una noción amplia del derecho de participación política. Esto es, una noción que incorpore el estándar de no inclusión y la exigencia de participación política efectiva. Sólo si está garantizada la participación política real de todos en el procedimiento de toma de decisiones se puede sostener que las decisiones que se adopten a través de un procedimiento mayoritario son legítimas y su imposición justificada. De allí que parece razonable afirmar que el derecho de participación política efectiva en un procedimiento democrático requiere que se garanticen a todos ciertas condiciones materiales (además de otras condiciones institucionales). Ahora bien, ¿qué tipo de asociación permitiría justificar que la satisfacción de ciertas condiciones materiales es requerida para la participación política efectiva? Es esta una conexión ¿de tipo conceptual, normativo o empírico?⁹⁵⁰

La primera alternativa según la cual la satisfacción de las necesidades sociales es conceptualmente necesaria para el ejercicio efectivo de la participación democrática es demasiado exigente. Este tipo de vínculo conceptual podría afirmarse, por ejemplo, entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento. La libertad de expresión se relaciona conceptualmente con la libertad de pensamiento porque una no puede sostenerse lógicamente sin la otra. La posibilidad de expresar sin restricciones las ideas, pensamientos y

⁹⁴⁹ La determinación de las condiciones materiales debería ser independiente de la capacidad socioeconómica de cada país para satisfacer tales exigencias. Eso no quiere decir que los obstáculos económicos que pesan sobre un Estado no tengan ninguna incidencia a la hora de satisfacer las exigencias que surgen de las condiciones materiales de la democracia. Lo que significa, en cambio, es que el establecimiento institucional del primer nivel de los derechos sociales y la correlativa obligación jurídica del Estado de honrarlos es una cuestión que debe ser distinguida de la existencia fáctica de recursos estatales. Véanse los Capítulos 1 y 3.

⁹⁵⁰ Véase KING y WALDRON 1988: 424, quienes mencionan también la posibilidad alternativa de mostrar que una noción ideal de ciudadanía en las sociedades contemporáneas debería incluir la garantía de los derechos sociales como elemento constitutivo de la misma, si bien no se extienden en el examen de esta posibilidad.

creencias presupone que estas pueden ser generadas en el fuero íntimo. Parece conceptualmente imposible que exista el derecho a la libertad de expresión sin que se reconozca y respete el derecho a la libertad de pensamiento. Así, la libertad de expresión implica lógicamente la libertad de pensamiento. Una justificación tal respecto de ciertos derechos sociales ha sido propuesta por Michael SAWARD, para quien los derechos al cuidado médico adecuado y a la educación adecuada para todos los ciudadanos deberían incluirse entre «las condiciones lógicamente necesarias» de la democracia.⁹⁵¹ Este autor no provee argumentos adicionales (al argumento general) para mostrar la conexión lógica entre esos derechos sociales y la participación política.⁹⁵² Si se quisiera seguir esta vía, debería mostrarse que la participación política no existe sino están satisfechas las exigencias derivadas del derecho al cuidado médico adecuado y a la educación adecuada. Para ello habría que especificar cuáles son los contenidos adecuados que satisfacen estos derechos. Pero la determinación de los “recursos adecuados” necesarios para satisfacer los derechos a la salud y a la educación es una cuestión que no puede ser resuelta conceptualmente.⁹⁵³

Pero tampoco sería necesario defender tal asociación lógica entre la satisfacción de ciertas precondiciones materiales y la participación política efectiva. Es plausible sostener que el argumento democrático a favor de ciertas precondiciones materiales se fundamenta en un vínculo *normativo* entre los derechos sociales y el derecho de participación política. La afirmación de que el derecho de participación política, dado el hecho de los desacuerdos, debería ser considerado como «el derecho de los derechos» en tanto permite el respeto por las opiniones de todos respecto de qué derechos y con qué alcance deben ser reconocidos en una sociedad,⁹⁵⁴ *presupone* la satisfacción de un primer nivel de ciertos derechos sociales, y *exige* su resguardo. Porque, ¿qué podría ser más insultante, deshonroso o denigrante que el hecho de que las opiniones de ciertos ciudadanos no lleguen a articularse (y por lo tanto, no sean tenidas en cuenta en el foro democrático) por carecer de los recursos materiales que desarrollen y mantengan sus capacidades para comunicar sus puntos de vista a través de la participación

⁹⁵¹ SAWARD 1994: 16-17.

⁹⁵² Véase esta crítica en FABRE 2000c: 124, nota 27.

⁹⁵³ Véase el Capítulo 3: punto 6.

⁹⁵⁴ Por ejemplo, WALDRON 2005a: 277, y nota 1; véase también WALDRON 2005a: 303.

política efectiva?⁹⁵⁵ Un estado de cosas semejante contaría, para quienes se encuentran en tal situación, como negación de la realización de su estatus de ciudadanía.

Ahora bien, si la tesis normativa de que ciertas precondiciones materiales son requeridas para el ejercicio efectivo del derecho a la participación política es razonable, todavía quedaría por responder a la cuestión acerca de cómo determinar qué exigencias sociales deberían ser aseguradas como plausiblemente necesarias para la participación política efectiva. Para dar respuesta a esta cuestión propongo complementar la tesis normativa con un vínculo de naturaleza empírica que permita precisar el alcance del primer nivel de los derechos sociales con independencia de la teoría de justicia singular que se favorezca.⁹⁵⁶

Así, la determinación de qué cuenta como precondiciones materiales del procedimiento democrático para una cierta sociedad podría precisarse mediante el empleo de estudios empíricos.⁹⁵⁷ A partir de un enfoque empírico se podría mostrar que las personas que no tienen satisfechas ciertas condiciones materiales, por lo general, no pueden ejercer su derecho de participación política en el conjunto de actividades políticas que forman parte del procedimiento de toma de decisiones colectivas.⁹⁵⁸ Ahora bien, en la medida en que el sustento para esa averiguación empírica está dado por la tesis normativa según la cual para que un procedimiento de decisiones colectivas sea *legítimo* debe garantizarse la participación política efectiva de todos, no debería interpretarse como un argumento bidireccional. Es decir, no se seguiría que si se demostrara empíricamente que ciertas personas no tienen los recursos necesarios para desarrollar sus capacidades cognitivas o para atender a su cuidado médico básico, no debería permitírseles participar en el procedimiento. Porque esta conclusión estaría vedada por la

⁹⁵⁵ Cf. BOVENS y WILLE 2010.

⁹⁵⁶ Utilizo el término “empírico” como sinónimo de “pragmático” en sentido amplio, práctico o funcional. No me comprometo con una concepción pragmática de la democracia como la presentada, por ejemplo, en KNIGHT y JOHNSON 2011: 26-50.

⁹⁵⁷ Véase SHUE 1996: 190-191, nota 22 sobre el componente empírico en un elemento como las amenazas a la supervivencia, para distinguir entre las amenazas omnipresentes, las amenazas serias y las que pueden resistirse.

⁹⁵⁸ Véase BOVENS y WILLE 2010, en donde se muestra con datos cómo los ciudadanos holandeses pobres y menos educados son relegados en el avance de sus intereses, poniendo de manifiesto que «la brecha en educación» (*the education gap*) influye en la mayor o menor participación política de estos respecto de sus conciudadanos ricos y bien educados.

consideración adicional de que para que un procedimiento de decisiones resulte legítimo todas las personas deberían tener la oportunidad de participar efectivamente en dicho procedimiento. Lo que se seguiría de la comprobación empírica de que un cierto número de personas no tiene los recursos necesarios para proveer por sí mismas, por ejemplo, a su educación básica, a su vivienda, o a un cuidado médico primario, es que el procedimiento de toma de decisiones colectivas (y las decisiones que mediante tal procedimiento se obtengan) tendrá una legitimidad disminuida que podría ser considerada inaceptable. En la medida en que el fin es posibilitar la participación política efectiva de todos, la satisfacción de las precondiciones materiales podría entenderse como parte de los medios para su consecución.

Es interesante destacar que la participación política efectiva tiene muchas dimensiones. Ciertas capacidades se estiman relevantes para la participación política en las sociedades democráticas contemporáneas y para identificarlas se realizan análisis específicos.⁹⁵⁹ No entraré a evaluar la plausibilidad de esos análisis porque mi objetivo en este punto es más general. Consiste en mostrar que es útil recurrir a los análisis empíricos para la precisión del alcance de los derechos sociales en tanto precondiciones materiales de un procedimiento legítimo de toma de decisiones.

3.2. Exigencias normativas y relaciones empíricas

Parece fuertemente intuitivo sostener que la exigencia social a la educación pública básica o primaria puede ser considerada como una precondición material de la participación democrática.⁹⁶⁰ Las capacidades que se desarrollan como consecuencia del acceso a la educación podrían señalarse como un caso distintivo que permite mostrar que la necesidad de su establecimiento y protección como precondición material de la participación política efectiva es patente o manifiesta. Considérese la situación opuesta en la que la circunstancia de la falta de alfabetización coloca a una persona en

⁹⁵⁹ Entre las capacidades relevantes para participar políticamente en el procedimiento democrático actual, KNIGHT y JOHNSON 2011: 239-243 mencionan: i) las capacidades y herramientas cognitivas básicas; ii) la capacidad para articular preferencias auténticas o autónomas (evitando situaciones donde se generen preferencias «adaptativas»; y iii) la capacidad para utilizar recursos culturales de manera efectiva (ésta última con referencia a CHRISTIANO 1996: 255).

⁹⁶⁰ Por ejemplo, véase ELY 1980; BARBER 1987.

dificultades para manejarse (como agente competente) en sociedad.⁹⁶¹ En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de las herramientas de lectura y escritura, por ejemplo, reduce significativamente la posibilidad de que los individuos formen y expresen sus intereses y puntos de vista respecto de las cuestiones colectivas, así como que comprendan los puntos de vista avanzados por los demás.⁹⁶² Esto afectaría, a la vez, su libertad real o positiva.⁹⁶³ El procesamiento de la información, su evaluación y la decisión de qué representante o política mejor da cuenta de sus opiniones e intereses, presupone la posibilidad de entender tal información. Asimismo, la propia participación en las distintas actividades que forman parte del procedimiento político presupone la posibilidad de articular públicamente las opiniones, lo cual a su vez requiere la previa elaboración de ideas y cierto conocimiento sobre cómo exponerlas.⁹⁶⁴ Quienes no cuentan con las herramientas de una instrucción básica verán afectadas sus oportunidades de participar de manera significativa, en general, en tal procedimiento.

Joe SOSS, entre otros, ha realizado una serie de estudios empíricos en relación con los mecanismos de incorporación o exclusión de los ciudadanos desaventajados y las políticas de bienestar que se llevan a cabo en Estados

⁹⁶¹ Un supuesto de desigualdad individual y pública que genera no saber leer ha sido magistralmente expuesto en la película alemana-norteamericana *The Reader*, de Stephen DALDRY (basada en la novela *Der Vorleser* de 1995, escrita por Bernard SCHLINK). La protagonista, Hanna Schmitz (interpretada por Kate WINSLETT), guarda como secreto durante toda su vida su incapacidad para leer, al punto tal que cuando es juzgada por crímenes masivos en un campo de exterminio nazi, opta por asumir la condena como responsable de los delitos, para evitar el bochorno del reconocimiento público de su analfabetismo, lo cual le hubiera significado una prueba capital de su inocencia.

⁹⁶² Véanse BOVENS y WILLE 2010; BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 205, 210.

⁹⁶³ La carencia de las capacidades resultante de la falta de educación tiene efectos negativos también en comparación con otros miembros que sí las han adquirido mediante un proceso educativo. Esta es la dimensión de la igualdad. En un sentido formal de igualdad («todas las personas tienen derecho a la educación») tal dimensión también estaría considerada como componente de la exigencia social a la educación. Pero lo que es controvertido y sobre lo que existen desacuerdos fundacionales es cuánta igualdad sustantiva debería ser perseguida en una sociedad. Incorporar la dimensión de igualdad sustantiva en la noción de las precondiciones materiales implicaría incorporar una teoría de la justicia que gué la distribución social en la comunidad precluyendo la discusión a su respecto. De acuerdo con el argumento democrático las decisiones a ese respecto deberían formar parte del segundo nivel de los derechos sociales.

⁹⁶⁴ Véase el Capítulo 4: punto 6 sobre el conjunto de actividades que se entienden comprendidas en la noción de participación política en la toma de decisiones colectivas.

Unidos de Norteamérica.⁹⁶⁵ Entre los resultados de estos estudios hay varios aspectos interesantes a destacar en relación con la participación política de los ciudadanos y ciudadanas en tanto individuos y como grupos con intereses comunes. De una parte, según SOSS, en las personas más pobres (que bajo el estudio, reciben un beneficio de asistencia social) se perciben altos niveles de estigmatización.⁹⁶⁶ Ello se refleja en un sentimiento de «aislamiento» respecto de otros miembros del grupo y, más en general, un estigma social por la etiqueta de “beneficiarios”. Esa percepción grupal se traduciría en tres barreras contra la movilización política.⁹⁶⁷ En primer lugar, con baja probabilidad los individuos perciben «intereses políticos compartidos», quienes en cambio se ven como degradados socialmente del resto. En segundo lugar, señala SOSS que «el estigma y el aislamiento hace menos probable que los individuos perciban que su grupo ha sufrido una injusticia colectiva que merezca una respuesta política».⁹⁶⁸ Y en tercer lugar, tales cargas de estigma y aislamiento minan la posibilidad de que los pobres crean que pueden trabajar juntos como grupo para conseguir cambios a través de la política.

Por otra parte, es interesante mencionar que en un sistema de políticas de bienestar, los beneficiarios aprenden a participar en el sistema. Según varios estudios, dado que las instituciones públicas de beneficio social son lugares de acción política sirven también para el aprendizaje político de los adultos.⁹⁶⁹ El diseño de tales políticas públicas puede estructurar las experiencias de los individuos desaventajados con el gobierno de manera de aumentar o disminuir sus niveles de compromiso político.⁹⁷⁰ De allí que estos estudios tienen un alcance más extenso y, según SOSS, sirven «para evaluar la efectividad de la participación política en general».⁹⁷¹ Los mecanismos causales que estos estudios destacan muestran que los pobres «tienden a carecer de los recursos necesarios para la participación política —tales como

⁹⁶⁵ Véanse SOSS 2005; BRUCH, FERREE y SOSS 2010.

⁹⁶⁶ Véase SOSS 2005: 313-117.

⁹⁶⁷ Cf. SOSS 2005: 317-318.

⁹⁶⁸ SOSS 2005: 318.

⁹⁶⁹ Véase SOSS 2005: 308 y bibliografía allí citada; BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 206 y bibliografía allí citada.

⁹⁷⁰ BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 206.

⁹⁷¹ SOSS 2005: 308. Véase también BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 210.

dinero, capacidades y tiempo— así como también de conexiones con organización que enrolan a la gente en la política». ⁹⁷²

La exigencia de un sistema público de provisión de exigencias sociales como cuestión de derechos fundamentales podría derivarse, por consiguiente, de las propias demandas de la legitimidad de un procedimiento de toma de decisiones en el que se garantiza el derecho de participación de todos. La noción de participación política significativa requiere la satisfacción del estándar de no exclusión. Para ello es necesario asegurar la posibilidad de que las opiniones e intereses de cada ciudadano y ciudadana ingresen en el procedimiento, así como la posibilidad de que cada persona forme y exprese opiniones, puntos de vista o intereses genuinos, sin experimentar sentimientos de estigmatización o «aislamiento». Ello significa que debe ser posible para cada una comprender y debatir distintas propuestas políticas rivales entre ellas, comprender cuáles representan sus intereses y articularlos y defenderlos frente a otras, y disponer del tiempo y de los recursos para ello.

Esta noción de participación política efectiva presupone cierto grado de educación accesible para todos. De allí que es plausible afirmar que la garantía de alfabetización puede ser justificada como parte del contenido del derecho a la educación en tanto precondition de la legitimidad procedimental. Por lo tanto, el primer nivel del derecho a la educación gratuita entendido como precondition material del procedimiento debe entenderse como un derecho fundamental subjetivo que contiene, de una parte, una exigencia negativa de no interferencia en el acceso a la educación y, de la otra parte, una exigencia positiva de satisfacción de la alfabetización de todos los miembros de la comunidad política. Tal exigencia se traduce en la obligación del Estado de proveer con la educación primaria gratuita.

Un contenido más extenso del derecho a la educación no formaría parte del primer nivel. Esto significa que la provisión estatal de ciertos grados superiores de educación, tales como la formación de grado universitario o el aprendizaje y dominio de una segunda lengua como el inglés, el francés o el italiano, por ejemplo, forman parte del segundo nivel de los derechos sociales. Que estos contenidos sean establecidos o no en un sistema jurídico como derechos subjetivos a prestaciones públicas gratuitas, directrices o meras gracias, debería depender de que una decisión de la mayoría de la asamblea así lo estableciera.

⁹⁷² BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 207.

Piénsese la distinción de dos niveles que podría trazarse respecto de un derecho civil como, por ejemplo, la libertad de religión. Una lectura del primer nivel de ese derecho permitiría afirmar que una ley que forzara a las personas a convertirse a cierto credo violaría claramente ese derecho. Esto es, habría acuerdo en que el contenido del primer nivel del derecho a la libertad religiosa comprende la prohibición de imposición de creencias a las personas. Este contenido básico podría pensarse como parte de las precondiciones procedimentales de la democracia. Sin embargo, el diseño de los límites de la enseñanza religiosa podría adoptar diversas maneras en diferentes sociedades, o en la misma sociedad en diferentes momentos. El derecho a la libertad de religión en cuanto a los alcances de su enseñanza formaría parte de su segundo nivel. La realización de un balance entre las diversas posibilidades mediante las cuales se plasman esos alcances sería una cuestión que debería supeditarse a la decisión política mayoritaria de cada sociedad, con carácter institucional superior.

Pero no sólo la satisfacción del derecho a la educación básica es un prerrequisito de la participación política efectiva. Las exigencias a una vivienda básica, un sustento mínimo y un cuidado médico básico son también candidatos a formar parte de las precondiciones materiales necesarias para la participación democrática.⁹⁷³ El alcance preciso de estas exigencias podría apoyarse asimismo en los estudios empíricos que muestran los efectos que la carencia de ciertos bienes y recursos producen en la participación política de los grupos desaventajados de la sociedad.⁹⁷⁴ En los estudios realizados por SOSS, por ejemplo, se señala que, a nivel individual, los problemas por la supervivencia cotidiana dejan a las personas carenciadas sin energía o tiempo para participar en el foro público o en organizaciones políticas.⁹⁷⁵ Y a nivel social, afirma SOSS, «la pobreza también amenaza el igual respeto y dignidad necesarios para la ciudadanía. [...] Igualmente importante, la pobreza cultiva dependencia y vulnerabilidad en la vida diaria».⁹⁷⁶ Como consecuencia, se privaría de la fuerza necesaria para hacer frente a las autoridades de las instituciones gubernamentales cuando estas son las que controlan los recursos

⁹⁷³ Por ejemplo, véanse EDELMAN 1987; BARBER 1997; SAGER 1998. Para una sugerencia temprana del establecimiento de los derechos sociales para la inclusión de los pobres en la participación democrática, véase MARSHALL 1998.

⁹⁷⁴ Véase BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 207.

⁹⁷⁵ Cf. SOSS 2005: 306.

⁹⁷⁶ SOSS 2005: 306.

que necesitan. Sin recursos materiales, las personas pobres estarían impedidas de una participación al menos mínima en las cuestiones políticas y civiles.⁹⁷⁷ Lo que también muestran los estudios empíricos es que la forma en que se establecen las relaciones entre las instituciones públicas de provisión de bienestar con las personas necesitadas moldean los niveles de compromiso político de estas. Es decir, las políticas públicas de bienestar de carácter paternalista y naturaleza graciable o asistencial inciden negativamente en la inclusión de los beneficiarios a la organización política. En cambio, mediante el establecimiento de derechos sociales subjetivos es posible reducir los efectos de la estigmatización y promover la participación política democrática.⁹⁷⁸

De este modo, la evidencia científica muestra que las personas afectadas por las carencias materiales tienen un margen de participación política muy bajo o nulo.⁹⁷⁹ De allí que los estudios empíricos sirven de manera relevante para ayudar a fortalecer el caso a favor de la tutela de las exigencias sociales como precondiciones de la democracia y para colaborar para la determinación de los alcances concretos de la tutela de un derecho.

Piénsese, por ejemplo, cómo ha funcionado el tratamiento de la evidencia científica respecto de una situación diferente: la denuncia del daño que causa el fumar cigarrillos a la propia persona que fuma y a terceros que comparten un espacio cerrado con un fumador habitual. En el debate tendiente a establecer si los químicos del cigarrillo causan enfermedades cancerígenas a quienes adquieren el hábito de fumar y a quienes comparten regularmente un espacio cerrado con un fumador habitual no ha sido probado en términos absolutos (es decir, de manera categórica que, por ejemplo, fumar cigarrillos regularmente —o compartir el espacio físico con quien lo hace— sea *la causa* de una enfermedad de cáncer de pulmón o de enfisema). No obstante, la evidencia tendiente a mostrar ese nexo, presentada ante las cortes de justicia primero, y ante los legisladores después, fue considerada de peso suficiente como para concluir que el hábito de fumar cigarrillos podría ser una causa contribuyente de una enfermedad potencialmente mortal para el fumador y para terceros. En el pasado reciente, desde un enfoque de la salud poblacional, los datos han sido fundamentales para que los jueces encuentren prueba suficiente para

⁹⁷⁷ Véase SOSS 2005: 308.

⁹⁷⁸ Véase BRUCH, FERREE y SOSS 2010: 209.

⁹⁷⁹ Véanse BOVENS y WILLE 2010; BRUCH, FERREE y SOSS 2010.

condenar a las empresas tabacaleras a pagar indemnizaciones millonarias a los afectados por el consumo de tabaco que han desarrollado tales enfermedades.⁹⁸⁰

Entiéndase el alcance de la afirmación sobre la relevancia de incluir los resultados de los estudios empíricos. No es que aunque se encontrara probado categóricamente que convivir con alguien que fuma puede causar cáncer al no fumador, de eso se siga que haya que prohibir fumar en lugares públicos. Esto no se sigue porque los hechos, por sí solos, no justifican nada. Los estudios empíricos pueden indicar si algo es daño o no. Es porque asumimos un principio normativo según el cual una persona no debe causar innecesariamente un daño a otro si puede evitarlo, por ejemplo, que, dada cierta evidencia de que el humo del cigarrillo puede perjudicar a terceros, se justifica algún tipo de prohibición jurídica al respecto. De manera similar, las leyes de prohibición de fumar en espacios públicos cerrados se justificarían en la evitación de daño a terceros.⁹⁸¹ *En el mismo sentido, los estudios científicos pueden demostrar que carecer de determinados recursos o bienes tiene una incidencia negativa en la participación política. Pero es porque asumimos el principio de no exclusión y la exigencia de participación política efectiva que ciertos derechos sociales deben ser reconocidos como precondition de la participación democrática.*

Por ejemplo, una persona sin techo difícilmente podrá asistir a las asambleas políticas barriales o ser miembro de un partido político, a menos que tenga un lugar permanente donde habitar, se alimente regularmente, etc. Asimismo, la percepción de estigmatización y el sentimiento de aislamiento de quienes no tienen un techo donde habitar y pasan los días deambulando en la calle o en las plazas públicas influye negativamente en su posibilidad de participación política. Nótese que no sería necesario mostrar que en un caso particular cierto individuo se encuentra en una situación de exclusión fáctica de la *polis*, sino que bastaría la comprobación a nivel agregativo de que cierto grupo caracterizado por tales y cuales circunstancias generales (carecer de un techo permanente, carecer de vestimenta y alimentación regular, etcétera) no participa políticamente. Se entendería que un individuo que puede ser

⁹⁸⁰ Véanse por ejemplo, *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, Class Action FL Sup. Ct. 1994 Decertified; *Luckacs v. RJR* 672 So. 2d 39 (Fla 3d DCA 1996); 682 So 2d 1000 (Fla, 2 Oct 1996); 529 US 1144, 120 S Ct 2025, 146 L Ed 2d 975 (22 May 2000); 853 So 2d 434 (Fla 3d DCA 2003); 945 So.2d 1246 (Fla 21 Dec 2006).

⁹⁸¹ Véase GARZÓN 1988.

identificado como elemento del grupo de los “sin techo” cumple las propiedades para que se aplique el criterio a su respecto y se justifique la provisión de una vivienda básica.

El derecho social a la vivienda como precondition de un procedimiento democrático de toma de decisiones comprendería, por un lado, una exigencia meramente negativa sobre el Estado y los particulares consistente en abstenerse de determinadas medidas respecto de quienes se procuran un espacio donde refugiarse porque carecen de una vivienda.⁹⁸² Por el otro lado, una exigencia positiva de asegurar a quienes carecen de vivienda la provisión de algún sistema de asilo o albergue básico en condiciones adecuadas de salubridad, higiene y seguridad.⁹⁸³ En otros términos, el primer nivel del derecho a la vivienda comprende «un derecho a la seguridad en un lugar y constituye una afirmación de la identidad y la singularidad de la cultura. Es un derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones».⁹⁸⁴

La exigencia de satisfacción de una vivienda que sea «adecuada» podría entenderse como formando parte del segundo nivel de este derecho social. Qué contenido material satisface la demanda de «adecuación» del derecho a la vivienda que, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el artículo 11, está sujeto a desacuerdos fundacionales.⁹⁸⁵ En un esfuerzo por precisar su contenido, el Comité de DESC ha estipulado en la Observación General 4 que, como parte del contenido del derecho a la vivienda adecuada, deberían entenderse los

⁹⁸² Véase en el Capítulo 2: punto 5.2, el examen del caso *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, September 9, 2008 BCSC 1363 donde la Corte de Apelaciones de Columbia Británica resolvió a favor de los *homeless* imponiendo al gobierno de la ciudad de Victoria la obligación de no interferencia respecto del derecho a la vivienda.

⁹⁸³ Véase PISARELLO 2003: 106.

⁹⁸⁴ Informe de Rajindar SACHAR, Relator Especial de la Subcomisión de Prevenciones de Discriminación y Protección a las Minorías, «Derecho a una vivienda adecuada», Nueva York, 1996.

⁹⁸⁵ Existen diversos instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la vivienda adecuada con variado alcance. Por ejemplo, véanse la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.iii.e); la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14.2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3). Sobre los posibles contenidos de la exigencia de un derecho social a la vivienda adecuada desde la perspectiva teórica, véanse, entre otros, FABRE 2000c: 36; MUÑOZ 2000; PISARELLO 2003: 98-103.

siguientes aspectos:⁹⁸⁶ a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar; y g) adecuación cultural.⁹⁸⁷ En tanto el PIDESC impone obligaciones de cumplimiento progresivo sobre los Estados firmantes, estos aspectos deberían ser tomados en cuenta en el diseño de las políticas públicas sobre la vivienda. La forma de regulación jurídica justificada para este supuesto sería la directriz.⁹⁸⁸ Su alcance concreto estaría sujeto a desacuerdos fundacionales y debería ser decidido por la asamblea legislativa con carácter supremo.

La determinación del contenido del derecho a la salud presenta un desafío peculiar por su propia complejidad y amplitud de alcance (prácticamente todo tiene que ver con la salud física y mental) y por los avances médicos y tecnológicos en este campo. De manera hipotética, podría señalarse, por ejemplo, que el alcance de la tutela en el primer nivel del derecho a la salud comprendería obligaciones positivas de proveer a la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; el abastecimiento de agua potable; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento de enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales.⁹⁸⁹ En términos generales, podría conjeturarse que el primer nivel del derecho a la salud como un «primer nivel de atención».⁹⁹⁰ Este primer nivel de atención se referiría a las acciones más básicas o elementales del sistema de salud de manera de satisfacer las necesidades más frecuentes de la población.

El segundo nivel del derecho a la salud podría contener exigencias sociales como, por ejemplo, el acceso a tratamientos experimentales, acceso a operaciones de cirugía estética plástica, provisión de medicamentos mínimamente mejorados cuyo beneficio marginal sea nimio, o cobertura de

⁹⁸⁶ OG 4 del CDESC «El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)», U.N. Doc.E/1991/23 (1991).

⁹⁸⁷ Véase OG 4 del CDESC: punto 8.

⁹⁸⁸ Véase el Capítulo 1: punto 8.

⁹⁸⁹ De acuerdo con las definiciones que periódicamente establece el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de Salud (OMS).

⁹⁹⁰ Véase la estrategia «Atención Primaria de Salud» (APS), Declaración de Alma-Ata. Kazajistán: OMS, 1978. Según esta estrategia, el segundo y tercer nivel de atención se refieren a respuestas de diferente grado de complejidad y especialización.

tratamientos de reproducción asistida. Discutiré un caso concerniente a la provisión pública del acceso gratuito de tratamientos de reproducción asistida en el punto 6 de este capítulo.

Debería quedar claro que los ejemplos señalados como paradigmáticos de las precondiciones materiales de la democracia se presentan como candidatos a formar parte de su contenido. Parece plausible sostener que la noción de participación política efectiva fundamenta las exigencias materiales caracterizadas como contenido del primer nivel de cada uno de los derechos sociales si se ha de reconocer legitimidad al procedimiento político de decisiones colectivas en un grado aceptable.

Mi objetivo no es demostrar supuestos particulares de correlación entre la satisfacción de una exigencia social concreta y la posibilidad de participación política efectiva. Para el caso, debería ser suficiente mostrar que a través de una relación de probabilidad robusta y estable sería posible obtener un test democrático capaz de funcionar como *criterio interno* para la precisión del contenido de ciertos derechos sociales. Tampoco haría falta requerir pruebas empíricas concluyentes para derivar que la falta de satisfacción de ciertas exigencias sociales tendría un impacto negativo en la participación política efectiva en el procedimiento democrático. Dada la exigencia normativa de garantizar la participación política efectiva de todos para la legitimidad del procedimiento, se seguiría la obligación de proveer a aquellas exigencias sociales que se demuestren requeridas para tal fin a escala poblacional en una cierta sociedad. Recuérdesse que el fin que habría de guiar, a la hora de valorar los estudios científicos y las estadísticas, es el acuerdo básico de que el procedimiento democrático tiene valor en sí mismo para adoptar decisiones políticas colectivas bajo ciertas condiciones. En otras palabras, si es valioso garantizar a todos el derecho de participación política, y si ciertas limitaciones materiales tornan fácticamente imposible el ejercicio real de dicha participación, entonces se deberían remover esas limitaciones materiales.⁹⁹¹

De ahí que considero que el criterio interno del procedimiento democrático en una cierta sociedad basado en estudios empíricos suministrados por la ciencia política y social representa un enfoque plausible en las circunstancias de la política para precisar el contenido del primer nivel de los derechos sociales. Lo señalado pretende mostrar que este enfoque

⁹⁹¹ Véase el Capítulo 4: punto 6.

interno debería ser tomado en serio (más allá de la presentación rudimentaria que aquí se ofrece) para evaluar el vínculo entre la satisfacción de los derechos sociales y la participación política significativa. La investigación empírica, destaca SOSS, «es esencial para los académicos y los ciudadanos que esperan aprender cómo las políticas públicas pueden ser utilizadas para mejorar la democracia».⁹⁹²

Las posiciones que, alternativamente, postulan un criterio externo de justicia social para la determinación objetiva de los derechos sociales y de su alcance se basan, en última instancia, en postulados normativos sobre principios morales. Sobre esa base se puede debatir y decidir el contenido del segundo nivel de estos derechos, pero una vez se hayan asegurado las condiciones materiales e institucionales que hacen posible la participación de todos en ese procedimiento de deliberación y decisión.

3.3. Objeciones

La posición según la cual algunos derechos sociales y con un cierto alcance podrían ser justificados como precondiciones materiales de un procedimiento democrático legítimo ha sido objeto de agudas críticas. En primer lugar, Cécile FABRE ha sostenido que la posición que defiende una justificación de los derechos sociales por su conexión con los derechos políticos no daría cuenta de lo que realmente está en juego «cuando se habla de la exigencia de satisfacer las necesidades materiales de la gente».⁹⁹³ Según FABRE, justificar los derechos sociales de esta manera significaría no advertir que «hay algo más importante» que debería ser considerado como *la razón* para la asignación de esos derechos: «es la necesidad y su efecto sobre el necesitado lo que nos preocupa, no si el necesitado es capaz de participar en el proceso político».⁹⁹⁴ Para la autora, la satisfacción de ciertos derechos sociales es valiosa en sí misma, no por ser medio para la concreción de otros fines valiosos.⁹⁹⁵

Sin embargo, desde una defensa de las precondiciones materiales para la participación democrática, no se pretende negar que la satisfacción de

⁹⁹² SOSS 2005: 325.

⁹⁹³ FABRE 2000c: 122. Véase una crítica similar en KYMLICKA y NORMAN 1992: 10-11.

⁹⁹⁴ FABRE 2000c: 122.

⁹⁹⁵ Véase el Capítulo 3: punto 6, sobre la defensa en FABRE 2000c de los derechos sociales como exigencias a los recursos adecuados para llevar una vida digna.

ciertos derechos sociales sea valiosa en sí misma. Sostener la importancia de asegurar las condiciones que posibilitan el ejercicio del derecho de participación política no implica negar que puedan esgrimirse razones de justicia social que justifiquen la protección de las exigencias sociales en cierta comunidad por el valor que éstas puedan representar. La relevancia crucial de asegurar la capacidad de participación política efectiva radicaría en el hecho de que, dadas las circunstancias de la política, las decisiones colectivas sobre *qué* es lo valioso o justo de perseguir en una sociedad no deberían ser impuestas a la asamblea democrática en la forma de un contenido verdadero de justicia social que debería quedar excluido de la decisión mayoritaria. Obsérvese que FABRE acepta que la satisfacción de ciertas necesidades básicas (esto es, según la autora, asegurar que la gente no muera de hambre y sed, que tenga tratamiento médico si padecen un dolor atroz, etcétera) sería necesaria para la participación política.⁹⁹⁶ Lo que sostiene al respecto, sin embargo, es que esta no constituye una justificación robusta a favor de los derechos al cuidado médico «adecuado», vivienda «adecuada» e ingreso mínimo «adecuado» o a favor de su constitucionalización, en tanto exigencias para vivir una vida digna.⁹⁹⁷ No obstante, he examinado en el Capítulo 3 los problemas que esta concepción de la vida digna representa a la hora de especificar el contenido de los derechos sociales en las circunstancias de la política.⁹⁹⁸

La justificación de ciertos derechos sociales y con un cierto alcance que se fundamenta en las razones de la legitimidad política pretende mostrar que si tomarse en serio los desacuerdos justifica que las decisiones colectivas sobre lo que es valioso en una sociedad se tengan que adoptar a través de un procedimiento mayoritario, tal procedimiento *debe* asegurar ciertas precondiciones materiales para ser legítimo. Lo contrario, esto es, que en una sociedad las decisiones colectivas se adopten por mayoría en un procedimiento que no garantiza el igual ejercicio de la participación política de todos sus miembros, disminuiría la autoridad de esa mayoría, a un punto que no podría sostenerse en grado aceptable la legitimidad de esa autoridad para imponer decisiones sobre los demás.⁹⁹⁹ Y si la asamblea mayoritaria

⁹⁹⁶ En contra, véase KNIGHT y JOHNSON: 2011: 243, para quienes la participación política efectiva exige más que una garantía de un mínimo básico de esos recursos.

⁹⁹⁷ Cf. FABRE 2000c: 125.

⁹⁹⁸ Véase el Capítulo 3: punto 6.

⁹⁹⁹ Cf. CHRISTIANO 2008.

carece de legitimidad procedimental no habría razones *a priori* que inclinaran la balanza a su favor frente a otras instituciones de toma de decisiones, tales como una corte judicial. La participación política efectiva en el procedimiento político tendría tal particular lugar porque posibilitaría que todos los ciudadanos se encuentren en posición de expresar sus opiniones e intereses sobre cómo organizar su sociedad. De esa manea se respeta su agencia moral y su dignidad como seres humanos. Nadie debería quedar excluido porque no tiene sistemáticamente, por ejemplo, qué comer, o un techo bajo el cual cobijarse, o no cuenta con atención médica en caso de enfermarse. Si ello ocurre de manera invariable respecto de ciertos individuos o grupos, significaría que las instituciones políticas de su sociedad no los respetan como agentes morales cuyas opiniones ingresan por igual en el procedimiento a la hora de adoptar las decisiones políticas colectivas, no obstante tales decisiones les serán impuestas.

En segundo lugar, podría plantearse, como lo ha hecho también FABRE, que esta tesis asume injustificadamente que «no votar significa que uno no es capaz de participar políticamente».¹⁰⁰⁰ Y sin embargo, según la autora,

«cuando jóvenes enojados organizan manifestaciones (a veces violentas), cuando los campesinos decepcionados saquean ciudades y cortan rutas, ellos expresan su insatisfacción con el sistema, ellos participan en el sistema, y muestran que serían capaces de usar los canales legales de participación –a través del voto– si quisieran hacerlo.»¹⁰⁰¹

No resulta obvio ver cómo se sigue de la posibilidad de exteriorización del descontento (incluso por vías violentas) respecto del sistema político, el hecho de que esos individuos son capaces de participar a través de los canales legales, y que se auto-excluyen voluntariamente de usarlos. Los estudios empíricos suministrados por la ciencia social indican el impacto negativo de la carencia de recursos y de la falta de herramientas para la participación política. De allí que habría variables y matices cuya consideración debilitaría el alcance de la crítica. Por ejemplo, ante he mencionado el sentimiento de estigmatización y aislamiento respecto de la comunidad política que pueden experimentar los miembros más desaventajados, la percepción de exclusión

¹⁰⁰⁰ FABRE 2000c: 125.

¹⁰⁰¹ FABRE 2000c: 125.

política y falta de intereses compartidos, etcétera¹⁰⁰²; el grado de representatividad que pueden alcanzar los individuos pobres en las elecciones (esto es, por ejemplo, si el tipo de sistema electoral, o la configuración de circunscripciones electorales, están diseñadas para excluir a una minoría sistemáticamente de la representación en el órgano legislativo); cuáles son los diferentes motivos por los que se decide llevar a cabo una actividad de protesta pública (sea de forma violenta o no), por ejemplo, si se origina en una situación extrema de privación y pobreza que el Estado ha provocado o mantenido, etcétera.¹⁰⁰³ Las manifestaciones, los cortes de ruta y los saqueos, muchas veces tienen el objeto de denunciar la ilegitimidad de un sistema político que excluye sistemáticamente a un grupo de personas de los canales legales de participación política efectiva.

La cuestión sería si las manifestaciones, corte de rutas, saqueos, etcétera, pueden ser considerados formas de participación política a través de canales legales, o no. A veces, observa GARGARELLA, quienes se manifiestan cortando rutas o haciendo piquetes, «son gente con especiales dificultades en el acceso al foro público y, [...] que están sistemáticamente enfrentando situaciones de severa privación».¹⁰⁰⁴ Por ello creo que en respuesta al tipo de objeción analizada hay que llamar la atención sobre el abanico de razones que subyacen a este tipo de actos. Como observa Cillian MCBRIDE, «deberíamos adoptar una visión más matizada, que distinga entre los simplemente no interesados, los alienados genuinamente, los excluidos, y aquellos que no participan en tanto están satisfechos, de momento, de suscribir las acciones de sus representantes».¹⁰⁰⁵ Respecto de quienes están alienados por el propio sistema político y excluidos de este, no debería asumirse sin más que sus actos de protesta no significan formas de denuncia de su exclusión de la participación política si el resto de los canales legales de hecho les están vedados o a la hora de adoptar decisiones colectivas están alienados para poder articular sus reclamos.

En tercer lugar se podría cuestionar que la estrategia de especificación de ciertas precondiciones materiales como medios para la participación política con base en datos empíricos sería una defensa débil de los derechos

¹⁰⁰² Véanse SOSS 2005; BOVENS y WILLE 2010; BRUCH, FERREE y SOSS 2010.

¹⁰⁰³ Véase GARGARELLA 2008.

¹⁰⁰⁴ GARGARELLA 2008: 80.

¹⁰⁰⁵ MCBRIDE 2012: 12.

sociales de las personas. BRETTSCHEIDER, por ejemplo, afirma que una estrategia de defensa de los derechos sociales basada en resultados empíricos sería vulnerable a que los resultados de un estudio empírico muestren que la participación política y los derechos considerados como precondiciones del procedimiento no se vinculan de ninguna manera.¹⁰⁰⁶ El autor manifiesta sospechas de una tesis cuya aptitud para defender los derechos sociales podría ser disminuida por un estudio que arrojara tales resultados.

Pero quien adopta la tesis de las precondiciones materiales del procedimiento podría aceptar que la falta de respaldo empírico de la vinculación entre un derecho como precondición y el funcionamiento del procedimiento, en efecto, debilita la fortaleza de la tutela de cierta exigencia social *como* precondición. Por ejemplo, supóngase un estudio empírico que mostrara que el hecho de que un grupo de ciudadanos de una cierta sociedad carece de libertad de expresión no tiene ninguna incidencia en la posibilidad de participación política de estos. Si los resultados de estudios empíricos mostraran este extremo, se debilitaría en efecto la justificación instrumental de proteger el derecho a la libertad de expresión como precondición del procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas. Sin embargo, ello no constituye una objeción al criterio interno para la determinación de las precondiciones que aquí se defiende. Porque qué cuenta como precondiciones materiales de la participación política no es una cuestión empírica, sino normativa. Los estudios empíricos sirven para precisar el contenido y robustecer los alcances de la tutela.

En el extremo, podría resultar que es una teoría que sostiene la necesidad de un conjunto vacío. Pero para afirmar ello habría que apoyarse en estudios empíricos respecto de cada uno de los elementos y que los resultados mostraran que entre aquellos y el procedimiento de toma de decisiones no existe tal nexo en una particular sociedad. No se cuentan con tales resultados, ni con indicaciones que muestren su plausibilidad. En cambio, los estudios se orientan en la dirección contraria. Parece razonable considerar, por ejemplo, que en las sociedades democráticas contemporáneas el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión política es un elemento necesario para el ejercicio de la participación política de todos en el procedimiento de decisiones. Y ello sin perjuicio de afirmar, en el plano normativo, que ciertas precondiciones procedimentales deberían ser aseguradas

¹⁰⁰⁶ Cf. BRETTSCHEIDER 2007: 14.

para expresar el ideal de la democracia. Después de todo, quien critica la aproximación empírica para precisar el alcance de las precondiciones materiales por su escaso alcance como tal, lo hace desde una cierta teoría de la justicia que de manera externa y previa al procedimiento, y con independencia de éste, establece cuáles deberían ser los resultados que han de obtenerse; en concreto, qué derechos sociales y con qué alcance deberían ser impuestos a los miembros de la sociedad según los principios de una particular teoría de la justicia social.

En cuarto y último lugar, podría dudarse de la necesidad fáctica de satisfacción de concretas precondiciones y, en consecuencia, sospechar de la validez de la afirmación de que todos los miembros de la comunidad política requieren que ciertas precondiciones materiales estén aseguradas para participar políticamente. Se objetaría que algunas personas están, de hecho, capacitadas para participar en el procedimiento democrático de toma de decisiones con independencia de que ciertas precondiciones sean protegidas y, por lo tanto, su aseguramiento sería innecesario. Por ejemplo, podría observarse que algunas personas que carecen de recursos materiales, de hecho, votan en las elecciones políticas de su comunidad, o que hay gente cuya salud es pobre y, sin embargo, participa en el proceso político.¹⁰⁰⁷

La tesis de las precondiciones materiales no necesita derivar de probabilidades empíricas que muestren la necesidad de ciertos derechos sociales para la participación democrática una verdad universal. Bastaría sostener que un extenso número de personas necesita contar con ciertos recursos materiales para participar efectivamente en un procedimiento legítimo de decisiones colectivas. Esta parece ser una consideración suficiente para exigir de manera general la satisfacción de ciertas precondiciones materiales para todas y cada una de las personas. La comprobación fáctica de que unos pocos no necesitan realmente de aquellas no tendría incidencia en el argumento. Sostener lo contrario, como dice CHRISTIANO, significaría que estaría justificado comprometer al Estado con un tipo de investigación casuística colosal a fin de individualizar aquellos pocos que no necesitan de tales precondiciones de la mayoría que sí las necesitan.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁷ Por ejemplo, FABRE 2000c: 125.

¹⁰⁰⁸ Cf. CHRISTIANO 2008: 274. Véase un punto similar del autor respecto del «mínimo económico».

En el extremo, que algunas personas no obstante carecer de los recursos materiales voten en las elecciones de su comunidad, todavía no eliminaría que, como cuestión de hecho, si las causas de la necesidad o de la enfermedad fueran la alienación y la exclusión sistemática y continuada en una sociedad donde sus instituciones políticas y sociales no proveen a la satisfacción de ciertas precondiciones materiales, el sistema social y político carece de legitimidad o tiene una legitimidad debilitada. Además, es importante recordar que a menos que se entienda el derecho de participación política como mera agregación formal de las preferencias de unos cuantos, el derecho al voto no agota el derecho de participación política. Tampoco cabe asumir que la mayoría legislativa representa siempre la voz del pueblo.¹⁰⁰⁹ Así, si se entiende que el procedimiento de toma de decisiones colectivas comprende también elementos de la argumentación y de la negociación entre todos los miembros del colectivo, esa crítica tampoco se seguiría.

En suma, la defensa de la tesis de las precondiciones materiales de la legitimidad democrática para justificar ciertos derechos sociales no implica negar que la satisfacción de estos tiene valor en sí misma. Por lo tanto, no sostengo que quienes defienden los derechos sociales deberían considerar la tesis de las precondiciones como la única justificación de estos. En cambio, afirmo que esta ofrece una justificación sólida de los derechos sociales desde una perspectiva de lo que exige el procedimiento democrático, que respeta la diversidad de opiniones y la posibilidad efectiva de participación de todos acerca de las decisiones sobre la justicia social, evitando retirar su contenido de la discusión política y de la decisión mayoritaria. Este es un argumento fuerte para la justificación de los derechos sociales porque fundamenta cierto contenido de los derechos sociales en el acuerdo sobre el valor mínimo del procedimiento democrático y la participación política. En cambio, la estrategia de justificación de estos derechos a partir de lo que exige una teoría de la justicia singular, y desde la cual se puede ofrecer no una sino varias defensas del reconocimiento jurídico de los derechos sociales (y con alcances variados y controvertidos), no puede dar cuenta de porqué cierto núcleo de derechos sociales debería considerarse no negociable ni sujeto a debate y, en cambio, debe ser excluido de la decisión política ordinaria.

¹⁰⁰⁹ Véase EISGRUBER 2001 sobre la distinción entre el procedimiento de decisión por mayoría en una legislatura estatal y «la voluntad del pueblo» (*the will of the people*).

4. Protección del primer nivel: la legitimidad del control de constitucionalidad

Es el momento de examinar cómo debería estructurarse el resguardo institucional de los derechos sociales en las sociedades democráticas contemporáneas caracterizadas por el hecho de los desacuerdos fundacionales y la necesidad de adoptar decisiones colectivas a su respecto.

Al justificar los derechos sociales a partir de las demandas de la democracia en los términos analizados surge la siguiente pregunta: ¿hay algún tipo de decisiones que pueden tomar legítimamente los jueces en aras de proteger los derechos sociales de las personas en estas sociedades? En otras palabras, ¿respecto de alguna o algunas cuestiones socioeconómicas tienen los jueces autoridad legítima para intervenir en las sociedades democráticas y, en caso afirmativo, cuál debería ser el carácter de esa intervención? Para contestar a este tipo de preguntas es necesario distinguir entre posibles escenarios según se trate de la protección del primer nivel de los derechos sociales, de los casos problemáticos, o de la tutela del segundo nivel.

4.1. La protección robusta del primer nivel

El primer nivel de los derechos sociales, en tanto encarna las precondiciones materiales del procedimiento democrático, debería ser incluido en una constitución rígida y podría ser protegido por un control judicial robusto de constitucionalidad.¹⁰¹⁰ Esta afirmación debería entenderse como que el modelo robusto de protección de los derechos sociales es un modelo *permisible* como mecanismo de su resguardo en las sociedades democráticas contemporáneas.¹⁰¹¹

¹⁰¹⁰ Recuérdese que, de acuerdo con el Capítulo 2, el establecimiento en un sistema jurídico de un conjunto de derechos sociales subjetivos garantizados en una constitución rígida y dotados de la protección de un control judicial supremo, definen el *modelo constitucional robusto de protección de los derechos sociales*. Bajo este tipo de protección, los jueces constitucionales tienen la facultad de controlar con carácter final o efectos inmediatos que las leyes que dicta el órgano legislativo, o los actos de la administración, no violen dichas precondiciones. El carácter final o inmediato de las decisiones judiciales sobrepasa la idea del mero control judicial de la legislación o de los actos de la administración pues introduce la nota de supremacía del poder judicial sobre el poder legislativo.

¹⁰¹¹ Véase también el Capítulo 4: punto 8.

Desde concepciones procedimentales de la democracia se afirma la importancia de los derechos sociales de los ciudadanos, e incluso para algunos defensores de estas posiciones podría estar justificada su protección constitucional, pero se niega que en las sociedades democráticas contemporáneas esté justificada su garantía a través de un control robusto de constitucionalidad.¹⁰¹² Al respecto, se hace extensiva la objeción de la existencia de desacuerdos sobre qué derechos sociales tienen las personas y con qué alcance.¹⁰¹³ Los jueces, según afirma Richard BELLAMY, no serían ajenos a esos desacuerdos y terminarían imponiendo sus puntos de vista sobre cuestiones socioeconómicas al resto de la ciudadanía, que los percibiría como adjudicados arbitrariamente.¹⁰¹⁴

Es cierto que podrían presentarse desacuerdos entre los jueces de un órgano jurisdiccional de control al decidir sobre el resguardo de los derechos sociales, pero es oportuno recordar que, en relación con el primer nivel, estos desacuerdos versarían sobre cuestiones operativas, no fundacionales. En tales casos, el control judicial funcionaría como un mecanismo institucional externo a las decisiones adoptadas por la asamblea legislativa, o respecto de los actos de la administración, de verificación de la satisfacción de las precondiciones materiales. La adopción de un control constitucional robusto para la protección del primer nivel de los derechos sociales estaría habilitada por el resguardo de la legitimidad del propio procedimiento democrático. Los jueces podrían actuar legítimamente asegurando que los aspectos operativos de este nivel se garanticen o no se violen y, de esta forma, el valor del procedimiento democrático en sí mismo se resguarde. De allí que la tarea de los jueces en materia socioeconómica se fundamentaría en la protección, promoción y garantía de la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas. La objeción contramayoritaria a partir de la existencia de los desacuerdos, por consiguiente, se debilita cuando el control robusto de constitucionalidad se limita a asegurar las precondiciones materiales del procedimiento democrático. Con este alcance, el control robusto de

¹⁰¹² Véanse WALDRON 2006a; BELLAMY 2007, 2012; TUSHNET 2008.

¹⁰¹³ Véase el Capítulo 3: punto 9, y el Capítulo 4: punto 8, donde considero la objeción contramayoritaria al control robusto de constitucionalidad de los derechos.

¹⁰¹⁴ Cf. BELLAMY 2012: 466.

constitucionalidad podría entenderse como un mecanismo *permitido* para la protección de los derechos sociales constitucionales.¹⁰¹⁵

Ahora bien, ¿de qué manera podrían los jueces contribuir a la promoción y protección del procedimiento de participación y decisión democrática en relación con los derechos sociales? Si es un hecho que en las sociedades democráticas contemporáneas la carencia de recursos materiales dificulta y hasta imposibilita la inclusión de personas o grupos de personas en el procedimiento de toma de decisiones, y dada la exigencia de garantizar la participación política efectiva, las decisiones colectivas así adoptadas no respetarían la agencia moral de todas las personas, a pesar de que afectarían sus intereses. En tal calidad, BELLAMY admite que esos individuos podrían ser ignorados por las mayorías al adoptar las decisiones colectivas, ya sea por prejuicios, ignorancia, o falta de información de estas, o porque quienes están excluidos son individuos dispersos, carentes de representación de sus intereses minoritarios, e incapaces de organizarse de manera de tener cierto peso electoral.¹⁰¹⁶ En consecuencia, en las sociedades democráticas actuales existe la posibilidad de que ciertas personas, o miembros de grupos, e incluso ciertos distritos electorales en su conjunto, no tengan un acceso efectivo a los canales del procedimiento de participación (esto es, a las distintas formas de participación que integran la “pirámide de participación”¹⁰¹⁷), o se encuentren constante y sistemáticamente en minoría. Consciente de la dificultad que este tipo de situaciones persistentes plantea a la legitimidad del procedimiento democrático BELLAMY acepta la adopción de un mecanismo de control judicial débil para su examen y protección.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁵ Véase, por ejemplo, en DIXON 2008: 402-403 una enumeración de potenciales «puntos ciegos» y «cargas de inercia» en el procedimiento legislativo de toma de decisiones, que justificarían su bloqueo a través de mecanismos institucionales de control externos como la intervención suprema del poder judicial.

¹⁰¹⁶ Cf. BELLAMY 2012: 466. Véanse también GARGARELLA 2006a: 17; TUSHNET 2008: 192-193. Por ejemplo, WALDRON 2006a: 1346 también admite la posibilidad de este tipo de deficiencias en el procedimiento político mayoritario, sin embargo, para este autor, tales situaciones deberían considerarse como «casos patológicos», que quedarían fuera de su argumento central a favor de la supremacía legislativa. Véase el Capítulo 4: punto 8, donde examino esta posición en relación con la lógica de las precondiciones del procedimiento político de decisiones.

¹⁰¹⁷ BOVENS y WILLE 2010: 395-397. Véase el Capítulo 4: punto 6 sobre la noción contextual de participación política efectiva.

¹⁰¹⁸ Véase BELLAMY 2012: 466.

Pero para quienes se toman en serio que la participación política efectiva de todos en el procedimiento democrático es *el derecho* que constituye la legitimidad del mismo, un modelo débil de protección de las precondiciones es insuficiente. Cuando se trata de adoptar decisiones colectivas que pueden afectar las precondiciones materiales del propio procedimiento, no se debería confiar en que la mayoría legislativa rectificará tales situaciones respecto de grupos minoritarios, porque podrían no tener los incentivos suficientes y porque, precisamente, responden ante las presiones de la mayoría del electorado. El órgano de control podría desarrollar una función fundamental comprometida con la legitimidad del procedimiento democrático de toma de decisiones, antes que menoscabarlo. No correspondería oponer, como razones para negar la justificación del control de constitucionalidad robusto de los derechos sociales en las sociedades democráticas, argumentos fundados en la falta de legitimidad de los jueces para decidir sobre la protección del primer nivel de los derechos sociales, ni en la falta de competencia de los magistrados para adoptar decisiones relativas a la asignación de fondos públicos o en la escasez de recursos del Estado para hacer frente a las obligaciones derivadas de los mismos.¹⁰¹⁹

Es interesante notar que Thomas CHRISTIANO ha argumentado a favor de la justificación del control judicial robusto de constitucionalidad de los derechos en un sentido similar, basándose en los principios que, para el autor, sustentan la democracia.¹⁰²⁰ Según CHRISTIANO, esta defensa «debe soportar una elevada carga de la prueba [...] a la luz del carácter no democrático de los tribunales constitucionales».¹⁰²¹ Considero, a diferencia de CHRISTIANO, que la carga de la prueba debería recaer sobre la posición que niega la justificación del control judicial robusto de constitucionalidad del primer nivel de los derechos sociales. En la medida en que su función de control no supone la imposición de concepciones valorativas de la justicia social (sobre las que recaen los desacuerdos fundacionales entre los miembros de la sociedad), quienes lo niegan deberían mostrar que no es deseable un mecanismo de control y resguardo de los derechos sociales de tal forma limitado.

¹⁰¹⁹ Véase el Capítulo 3 donde se examinan estas objeciones.

¹⁰²⁰ Cf. CHRISTIANO 2008: 285-288. Véase un análisis de esta concepción de la democracia en el Capítulo 4.

¹⁰²¹ CHRISTIANO 2008: 288.

Se podría alegar la objeción de incompetencia de los jueces para decidir en materia socioeconómica, el grado de corrupción u otro tipo de consideraciones contingentes en el desempeño de sus funciones en un cierto sistema jurídico.¹⁰²² Pero que los jueces no tengan capacidad técnica para entender en cuestiones sociales y económicas, o que el grado de corrupción judicial sea elevado en cierta sociedad, no afecta la justificación de la adopción del control robusto de constitucionalidad. Un juez corrupto no sólo no debería ejercer la función de control de constitucionalidad, sino que no debería juzgar. Si en una cierta sociedad se prueban casos de corrupción en el poder judicial habría que combatir los factores de corrupción, pero no se seguiría la falta de justificación del propio mecanismo de control. Esto es, ante la constatación de tales consideraciones contingentes habría razones para exigir que el Estado arbitre las medidas necesarias para «instruir» a sus jueces en la protección de los derechos sociales y en el conocimiento especializado para tomar decisiones relativas al ámbito socioeconómico o, si fuera el caso, «sanear» su aparato judicial de elementos corruptos.¹⁰²³

Respecto del primer nivel de los derechos sociales, por consiguiente, los jueces podrían actuar como «salvaguardas legítimas» contra las deficiencias del procedimiento democrático, justificándose su intervención como garantía de las precondiciones de un procedimiento legítimo.¹⁰²⁴ Este primer paso en la fundamentación del tipo de decisiones que los jueces estarían legitimados a adoptar respecto de la protección del primer nivel requiere ser completado con el examen de diversos contextos institucionales.

4.2. La previsión de la justicia constitucional

Para comenzar, hay que distinguir y considerar por separado las distintas configuraciones institucionales que puede adoptar la justicia constitucional: a) el modelo *européo* según el cual en el sistema jurídico se prevé un órgano expresamente designado para el control abstracto de constitucionalidad de las leyes (como es el caso de aquellos países que han adoptado un tribunal constitucional independiente del poder judicial), y donde la declaración de

¹⁰²² Véase, entre otros, LINARES 2008. He analizado la objeción de la falta de competencia judicial para proteger los derechos sociales en el Capítulo 3: punto 8.

¹⁰²³ Nótese que estas son cuestiones que se refieren a un ámbito más amplio de diseño constitucional que exceden el alcance del presente trabajo.

¹⁰²⁴ Cf. GARGARELLA 2006a.

inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes*; y b) el modelo *americano* según el cual se confiere a todos los jueces la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos limitados al caso concreto o *inter partes*.¹⁰²⁵

4.2.1. El modelo europeo de justicia constitucional

Supongamos que, bajo las características del modelo europeo, el tribunal constitucional es requerido a examinar si una ley aprobada por el órgano legislativo vulnera alguno de los derechos sociales constitucionales, porque reduce (o recorta) su alcance por debajo del umbral de las precondiciones materiales.

Por ejemplo, en el sistema jurídico español, el derecho social a la educación (artículo 27 de la Constitución española), comprende, además de la libertad *negativa* de enseñanza (inc. 1), la obligación *positiva* del Estado de proveer gratuitamente a la enseñanza básica (inc. 4). Este derecho social se encuentra incluido dentro de un conjunto de derechos fundamentales garantizado con el principio de vinculatoriedad o eficacia inmediata, el principio de reserva de ley, y el control constitucional robusto de las leyes de desarrollo. Además, se establece en el texto constitucional que la legislación de desarrollo de estos derechos debe respetar «su contenido esencial» (art. 53.1). Ahora bien, qué ha de entenderse por contenido esencial es una cuestión controvertida que la Constitución no precisa ni incluye pautas para ello.¹⁰²⁶

El Tribunal Constitucional español lo definió en 1981 como:

«aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ Véase el Capítulo 2: punto 2.3, donde se distinguen las distintas posibilidades de control de constitucionalidad.

¹⁰²⁶ Véase el Capítulo 3: punto 3.3 sobre distintas teorías sobre lo que debe entenderse por el contenido esencial de los derechos fundamentales.

¹⁰²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 11/1981, de 8 de abril).

De ahí que el contenido esencial de un derecho, según el Tribunal, se vulneraría «cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».¹⁰²⁸ También se prevé la garantía de un recurso de amparo en sede judicial y, de manera subsidiaria, ante el Tribunal Constitucional, para el caso de alegación de un particular de vulneración de alguno de estos derechos. Dado el derecho social a la educación establecido en el sistema constitucional español y dotado de la garantía del control robusto, ¿cuál sería la intervención legítimamente justificada de este Tribunal para asegurar el contenido esencial de este derecho?

Su función debería limitarse a examinar si las leyes dictadas por el parlamento o los actos de la administración violan o no exigencias sociales amparadas por el derecho a la educación básica, de manera que como consecuencia de ello algunas personas o determinado grupo queda excluido de los recursos materiales necesarios para el ejercicio de tal derecho.

Por ejemplo, imagínese que en el sistema jurídico español el órgano legislativo promulga una ley que establece una importante reducción del gasto público para la provisión de la enseñanza primaria gratuita, de manera que a partir de su implementación un sector de la población estudiantil verá afectado su acceso a las escuelas primarias estatales, en un punto en que la alfabetización ya no estará garantizada. El tribunal constitucional llamado a controlar la constitucionalidad de esa ley debería examinar si las disposiciones de esa ley tornan inviable la garantía de la alfabetización y, por lo tanto, violan el derecho constitucional a la educación. Si el tribunal, llegado el caso, decide que la ley viola el derecho social fundamental a la educación, deberá declarar su inconstitucionalidad. Este parecería ser un *caso claro* de afectación del primer nivel del derecho social fundamental a la educación en tanto la garantía de alfabetización entraña una de las precondiciones materiales del procedimiento democrático. La intervención judicial para bloquear tal decisión está justificada por razones de legitimidad del propio procedimiento democrático.

En un supuesto semejante, no sería suficiente instituir un modelo débil de constitucionalidad como sostienen los teóricos de la democracia procedimental.¹⁰²⁹ Una ley de educación que implicara un flagrante recorte

¹⁰²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 11/1981, de 8 de abril).

¹⁰²⁹ Por ejemplo, WALDRON 2004b; TUSHNET 2004b, 2008; LINARES 2008; BELLAMY 2012.

del presupuesto destinado a la enseñanza primaria podría adolecer de una inconstitucionalidad manifiesta si sus disposiciones ordenaran un estado de cosas en el que se tornara imposible garantizar la alfabetización. La intervención de un órgano de control externo a la asamblea con poder para declarar la inconstitucionalidad de la ley por violación del derecho fundamental a la educación estaría justificada en la protección de derechos sociales constitucionales que se fundamentan en la legitimidad procedimental. Aquí no habría espacio para los desacuerdos fundacionales. Se trataría, en última instancia, de la protección del propio procedimiento democrático. En cambio, bajo este marco de justificación de la justicia constitucional de los derechos sociales, el tribunal no tendría autoridad legítima para adoptar decisiones sobre el contenido del derecho a la educación cuyo alcance forme parte de los principios de justicia que han de guiar el desarrollo socioeconómico de esa sociedad.

4.2.2. El modelo americano de justicia constitucional

Supóngase el sistema jurídico argentino (que es un sistema con las características del modelo americano de justicia constitucional) en el que existe la acción de reclamo para que un individuo pueda alegar la violación (por parte del Estado o de un tercero) de un derecho subjetivo fundamental. El órgano judicial, y en última instancia, la Corte de Justicia, tendría que evaluar el supuesto particular y, llegado el caso, ordenar la restitución (o satisfacción) del derecho violado respecto del peticionante.¹⁰³⁰

Es interesante advertir que bajo este modelo de justicia constitucional, dado que el poder asignado a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de una ley tiene efectos limitados al caso específico bajo examen, ello podría destacarse como una ventaja de este sistema frente a la objeción

¹⁰³⁰ Según cuáles sean las peculiaridades del sistema, los jueces dispondrán de un conjunto de herramientas procedimentales para el resguardo de los derechos sociales más o menos extenso. Véanse, entre otros, FABRE 2000c: 148; GLOPPEN 2006; GARGARELLA 2006a: 27-29; GOLDSWORTHY 2010. Por ejemplo, algunos jueces argentinos han ordenado la imposición de sanciones conminatorias (*astreintes*) a autoridades gubernamentales por incumplimiento de sus obligaciones derivadas de una decisión judicial. Véase, entre otras, *Villa 20 y otros c/ Instituto de Vivienda de la C.A.B.A y otros s/ otros procesos incidentales*, expediente 12975, dictada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 4 de septiembre de 2007. El 26 de octubre de 2010 se ordenó el bloqueo de las cuentas bancarias del Ministro de Salud de la C.A.B.A. por persistente incumplimiento de la orden judicial de proveer de una ambulancia custodiada para el barrio Villa 21-24.

contramayoritaria en cuanto mostraría mayor respeto a las funciones del órgano legislativo.¹⁰³¹

He sostenido que un procedimiento democrático legítimo de toma de decisiones requiere la adopción de mecanismos institucionales robustos de control (no sólo políticos, sino también externos al poder legislativo) que funcionen para considerar casos concretos de quienes sistemáticamente están excluidos del procedimiento de decisiones colectivas.¹⁰³² En este sentido, la función que desempeñan los jueces tendría un carácter privilegiado a la hora de atender casos de individuos que carecen de recursos materiales y que, por lo tanto, no tienen satisfechos sus derechos sociales. En palabras de Roberto GARGARELLA,

«No hay otra institución cuyos pasillos están diariamente ocupados por quienes se encuentran en necesidad de ayuda y atención pública. Los jueces están (bastante) inclinados a mirar al sistema político desde la perspectiva de quienes lo sufren —son requeridos a mirar a este sistema prestando atención a sus debilidades, fallas y rupturas. Incluso mejor que eso, los jueces están institucionalmente obligados a oír a las diferentes partes del conflicto —y no solamente el lado de los reclamos de los que han sido maltratados».¹⁰³³

La existencia de un mecanismo externo de control de la aplicación de las leyes o de actos de la administración o de particulares, respecto de casos concretos, permitiría a los jueces examinar peticiones de individuos que no tienen satisfecho el primer nivel de los derechos sociales. Los jueces, por esta vía, podrían contribuir a verificar cómo está funcionando el procedimiento y hacer visibles sus fallas o defectos.¹⁰³⁴ De este modo, la presentación de numerosos reclamos respecto de la insatisfacción del primer nivel de los derechos sociales podría ser un indicio de que el procedimiento mayoritario de toma de decisiones está funcionando de manera parcial y arbitraria. Así, a

¹⁰³¹ Véase LINARES 2008: 157-166 donde argumenta que en relación con el modelo americano la intensidad de la objeción democrática es de menor grado.

¹⁰³² En términos similares, TUSHNET 2008 destaca la importancia de enfatizar que «los derechos robustos pueden ser protegidos tanto políticamente como judicialmente» (TUSHNET 2008: 237). Véase también GARGARELLA 2006a.

¹⁰³³ GARGARELLA 2006a: 28.

¹⁰³⁴ Véase GARGARELLA 2006: 28-29; SUNSTEIN 2004: 228.

través del mecanismo del control de constitucionalidad, un juez que es llamado a examinar y decidir una acción de violación de un derecho social constitucional podría indagar en el caso concreto si una ley, un acto o una omisión de la administración o de un particular, vulnera el primer nivel de los derechos sociales respecto del reclamante. Veámoslo con un ejemplo.

El sistema jurídico de Colombia prevé una acción ante la justicia para examinar los casos de alegación de un particular por la violación del derecho constitucional a la educación primaria gratuita. En 1995 la justicia constitucional fue requerida a decidir en el siguiente caso presentado por el menor X. El menor, que residía junto con su familia en las afueras (a nueve kilómetros de distancia) de la localidad donde se encontraba la escuela más cercana a la que asistía como estudiante de primaria, carecía de recursos económicos para pagar su transporte. El municipio suministró un transporte público para su traslado. Entre el lugar de residencia del menor y la localidad de la escuela existe un peaje, que el menor, junto a otros estudiantes en las mismas condiciones, debían pagar diariamente. X se presentó ante el juez de instancia alegando que a él y a sus compañeros se les vulneraba su derecho constitucional a la educación porque no podían asistir regularmente a clases por no contar con los medios económicos para pagar el peaje del transporte municipal. El juzgado de instancia resolvió que se había vulnerado el derecho constitucional a la educación primaria gratuita, y ordenó a las autoridades del Ministerio de Transporte a eximir del pago del peaje.¹⁰³⁵

A la luz de un supuesto semejante, corresponde examinar si la intervención del órgano jurisdiccional para la protección del derecho está justificada desde la perspectiva de la legitimidad democrática. En el marco de la concepción de la democracia procedimental en la que se justifica la garantía de ciertas precondiciones materiales para la legitimidad de las decisiones que la asamblea adopte, en un caso semejante el juez estaría legitimado para intervenir en la resolución del caso y para pronunciarse con efectos inmediatos. Específicamente, lo que el juez debería examinar y decidir en este caso concreto es si el derecho a la educación gratuita comprende el derecho a que se suministre transporte gratuito a los escolares.

¹⁰³⁵ Sentencia de instancia del Juzgado Promiscuo Municipal de Guática del 25 de noviembre de 1995. Recurrido el fallo ante la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, ésta revocó la decisión del juez de instancia, negando que se hubiera vulnerado el núcleo esencial del derecho constitucional a la educación del menor. Sentencia T-258 de 1995 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión.

Podría afirmarse que en la medida en que el derecho a la educación se interprete como una precondition material de la democracia, la intervención judicial favorable a la tutela de este derecho respecto de los menores estaría justificada bajo una concepción de la democracia procedimental. El tipo de desacuerdo que podría surgir de la interpretación del derecho constitucional en un caso semejante sería de tipo operativo. Esto es, un desacuerdo sobre la implementación de los requisitos necesarios que posibilitan la legitimidad del procedimiento. Concretamente, si el primer nivel del derecho a la educación abarca el derecho a que los alumnos se trasladen gratuitamente a su escuela. Creo que hay razones de legitimidad procedimental para considerar que el derecho a la educación entendido como precondition procedimental requiere su ejercicio efectivo. Y que para hacer efectivo ese ejercicio es necesario posibilitar el acceso real a la institución en la que se brinda la enseñanza. Si los alumnos (o sus familiares) no cuentan con los recursos necesarios para trasladarse hasta la escuela se les debería asegurar el transporte escolar. Es de destacar que esta interpretación del alcance del primer nivel del derecho a la educación, que ha sido realizada por el juez de instancia, contaría con el acuerdo del órgano representativo en la medida en que el propio municipio ha decidido costear un transporte para el traslado de los estudiantes a la escuela. El hecho de que la provisión municipal del servicio público de transporte requiera que los menores asuman un coste extra (que para su situación desaventajada podría ser excesivo), podría interpretarse como un obstáculo injustificado en tanto frustra el acceso real a la escuela y, por consiguiente, vulnera el ejercicio efectivo del derecho a la educación.

El juez está legitimado a eximir del pago del peaje a los transportes estudiantiles en la medida en que la falta de recursos para costearlo afecta el derecho constitucional a la educación primaria gratuita y, por ende, dicho pago sería inconstitucional. El control de constitucionalidad robusto estaría justificado para la protección del primer nivel de los derechos sociales en tanto que tal decisión promueve la legitimidad democrática. El órgano jurisdiccional no estaría adoptando decisiones sobre cuestiones controvertidas en la sociedad. Sino que dada la existencia de acuerdos mínimos la decisión judicial podría justificarse en la implementación efectiva que el primer nivel del derecho a la educación requiere.

Podría imaginarse un caso similar en el que los puestos electorales para la votación en elecciones se ubicaran a una distancia tal que tornaran improbable que las personas de menos recursos pudieran llegar a estos y, de

tal manera, se frustraría el ejercicio de su derecho a la participación política (en este caso concreto, manifestado en el acto de voto). Sería razonable sostener que el ejercicio del voto comprende el transporte gratuito hasta los puestos de votación, o bien, que estos se ubicaran a distancias accesibles. Así, podría ocurrir que la asamblea democrática adoptara una medida que implícitamente privara del ejercicio del derecho fundamental al voto a quienes carecen de medios económicos y que, ante la alegación de la violación de tal derecho, por ejemplo, la medida mayoritaria no pudiera ser controlada por un órgano externo. Un supuesto semejante no tiene que pensarse como fantasioso si se consideran, por ejemplo, ciertas medidas restrictivas del voto que han sido adoptadas recientemente en varios Estados de Estados Unidos de Norteamérica. En el Estado de Texas, por ejemplo, el gobierno estatal aprobó una ley que requiere que la gente muestre un documento de identificación con foto para poder votar.¹⁰³⁶ Parece plausible sostener que en la medida en que se muestre empíricamente que ciertos grupos de personas carecen de los medios para obtener algún tipo de identificación de las exigidas, tal tipo de requisito probablemente frustrará su derecho de voto.

Así lo decidió la Corte Federal del Distrito de Columbia, la cual dictaminó el bloqueo de los efectos de la ley del Estado de Texas que habría impuesto a los votantes mostrar una identificación con foto en las elecciones políticas de noviembre de 2012.¹⁰³⁷ En la sentencia se sostuvo que la ley habría impuesto «cargas estrictas e implacables» sobre la minoría pobre de votantes.¹⁰³⁸ Paralelamente a lo señalado antes, podría decirse aquí también que el control robusto de una ley cuya implementación podría significar la privación efectiva del derecho de voto de un número de personas que tienen en común su situación de carencia económica y social, y/o su pertenencia a minorías étnicas, está justificado por razones de protección del procedimiento legítimo de adopción de decisiones colectivas. La objeción de los desacuerdos fundacionales no podría ser justificadamente elevada en este tipo de casos.

¹⁰³⁶ En Estados Unidos el medio más extendido para acreditar la identificación personal es a través de la licencia de conducir o la licencia de portación de armas. La ley estatal de identificación de los votantes (*Senate Bill 14*) exige a estos que se identifiquen en el lugar de votación con uno de los cinco tipos de identificación. En caso de no tener ninguno, deben obtener una credencial de identificación para las elecciones, cuyo trámite implica costes.

¹⁰³⁷ *Case 1-12-cv-00128-RMC-DST-RLW*, Document 340, 30 de agosto de 2012.

¹⁰³⁸ Véase *Case 1-12-cv-00128-RMC-DST-RLW*, Document 340: 55.

Esta forma de razonamiento no presupone que las instituciones legislativas, las autoridades ejecutivas, o el poder judicial, funcionen unas mejor que otras. Por lo que evitaría caer en la falacia de comparar el buen funcionamiento de una institución para la protección de los derechos sociales, con el pésimo nivel de funcionamiento de la otra.¹⁰³⁹ Nótese que en el ejemplo del menor de escasos recursos el municipio accedió a costear un transporte público para el traslado de los menores a la escuela. Pero no previó la inclusión del coste del peaje. Esta omisión se presenta como irracional e ineficiente para los fines perseguidos. El juez de instancia rectificó la medida resolviendo a favor de la exoneración de su pago y protegiendo el derecho fundamental a la educación.¹⁰⁴⁰ Pero podría ocurrir lo opuesto si, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos convalidara la ley de Texas que exige requisitos de identificación que vulneran el derecho de voto de las personas económicamente carenciadas. Tanto en uno como en otro caso se contaría con un criterio interno al procedimiento para valorar la decisión del órgano representativo y la del órgano jurisdiccional de control. Pero que se pueda sostener que, según el argumento democrático, en el ejemplo de la ley de voto ambos órganos adoptaron malas decisiones que afectarán la legitimidad del procedimiento, no se sigue que la institución del control jurisdiccional carece de justificación democrática *tout court*.

Por otra parte, no debería olvidarse que los derechos sociales también se correlacionan con obligaciones de no hacer, o de abstención, por parte de los poderes públicos, o de terceros particulares. El control de constitucionalidad de casos concretos en los que se alega la violación de un derecho social por la interferencia en su goce, podría no requerir que sean adjudicados recursos económicos, sino que se detenga cierta acción del Estado o de un particular que atenta contra el ejercicio efectivo del derecho. Para estos casos, también el control judicial robusto de constitucionalidad está justificado.

¹⁰³⁹ Me refiero a la crítica dirigida por WALDRON 2005a: 341-345, y 2006a a los defensores del control robusto de constitucionalidad. Véanse también BAYÓN 2000a; TUSHNET 2002; GARGARELLA 1996: 60, 2004: 72 en referencia al problema de caer en ficciones sobre cómo funcionan las instituciones.

¹⁰⁴⁰ Si bien la Corte Constitucional revocó tal decisión. Véase Sentencia T-258 de 1995, Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión.

5. Los casos problemáticos

El punto de partida del razonamiento acerca de la justificación de la protección constitucional de los derechos sociales ha sido tomarse en serio las precondiciones materiales del procedimiento democrático. En este marco, es posible que en cierto punto surjan dudas o haya incertidumbre para considerar la protección de una exigencia socioeconómica particular como parte del contenido de las precondiciones materiales de la democracia.

Cuando se presentan dudas o hay desacuerdos sobre si una exigencia social singular forma parte del contenido del primer nivel de los derechos sociales o del segundo nivel cabe preguntarse cuál sería el órgano institucional con competencia para resolver un reclamo a su respecto y con qué alcance (o fuerza). En otras palabras, es posible que se presenten problemas sobre si cierta cuestión forma parte o no de las precondiciones porque, por un lado, podrían existir dudas sobre si corresponde ubicar una cuestión como parte de las precondiciones materiales o no (problema normativo de indeterminación). Por el otro lado, el problema podría presentarse porque puede ser que un individuo piense que cierta cuestión debe ubicarse en el primer nivel y otro individuo considere que se la debe ubicar en el segundo (problema normativo de desacuerdos).

Podría recurrirse a la idea de una zona intermedia entre los niveles que permita situar aquellos casos problemáticos respecto de los cuales o bien está indeterminada su ubicación, o bien se desacuerda en cuál de los dos niveles ubicarlos. En este tipo de supuestos, ¿cuál sería la función que legítimamente podrían ejercer los jueces? ¿Deberían funcionar como órgano final de decisión según el modelo de control robusto de constitucionalidad y resolver a favor o en contra de la constitucionalidad de la ley con carácter último? ¿O deberían, en cambio, abstenerse de decidir alegando deferencia hacia el órgano legislativo? La respuesta no es sencilla. Una posibilidad interesante es pensar la justificación de una intervención debilitada de los jueces respecto de estos supuestos sin incurrir en la adopción de decisiones finales para las cuales podrían carecer de legitimidad democrática.

Así, para resolver judicialmente casos de estas características podría ser deseable instituir algún tipo de control externo al procedimiento democrático de las decisiones legislativas que se adopten al respecto, que permita a los jueces examinar y exponer las razones por las cuales podrían considerar que tales cuestiones requerirían una determinada interpretación. Tal tipo de

decisión podría ser adoptada mediante una intervención *débil* del órgano judicial, una intervención que permita la revisión de la constitucionalidad de la ley sin que tal decisión tenga carácter último.¹⁰⁴¹ Aquí cobra relevancia la idea de un compromiso hacia el *diálogo* institucional entre el órgano legislativo y el tribunal de control. Bajo un mecanismo de control débil, los jueces podrían actuar junto con el órgano legislativo (y, según los casos, también con el órgano de gobierno) a través de distintas formas según cómo se implementen las respectivas intervenciones.

Como he señalado en el Capítulo 2, el control débil de constitucionalidad constituye un mecanismo de protección de los derechos sociales que se presenta como alternativo al control robusto.¹⁰⁴² En la última década, se ha incrementado el estudio de este mecanismo de control judicial, en especial respecto de la protección constitucional de los derechos sociales.¹⁰⁴³ Se trataría de un sistema en el que se incluyen derechos sociales en la constitución, y se dota a los jueces con el control de constitucionalidad atenuado. Es decir, los jueces tendrían la facultad de interpretar el contenido y alcance de los derechos, pero sus decisiones no serían finales. La característica principal, entonces, sería que el juez, si bien examina la compatibilidad de las leyes ordinarias en materia socioeconómica bajo el parámetro constitucional, o de los tratados internacionales de derechos humanos, el dictamen que emita respecto a la adecuación de tales leyes, tendría efectos meramente declarativos (pero no los efectos de anulación de la disposición o la ley, ni la capacidad de imponer remedios dirigidos a garantizar la satisfacción de exigencias sociales ante demandas individuales).

Por ejemplo, a través del recurso a *sentencias meramente declarativas* los jueces pueden señalar que no es claro si cierta ley vulnera algún contenido de los derechos sociales constitucionales, sin imponer su decisión ni ordenar una forma concreta en que debería ser modificada. Pueden también brindar interpretaciones alternativas sobre los alcances de la cuestión dudosa, y señalar que bajo cierta interpretación se protege el derecho social y bajo otra

¹⁰⁴¹ Véase el Capítulo 2. Recuérdese que la protección constitucional débil puede adoptar diversas formas, dependiendo de las circunstancias institucionales y estructurales particulares de cada país.

¹⁰⁴² Véase el Capítulo 2: punto 4.

¹⁰⁴³ Véanse los análisis de TUSHNET 2004a, 2004b, 2008; BATEUP 2005, 2009; DIXON 2007, 2012; GARGARELLA 2006a, 2008; ROACH 2008; LINARES 2008: 199-239; LIU 2008; KHOSLA 2010; sobre las diversas formas de arbitrar la comunicación entre los poderes.

se afecta tal derecho, de manera que el legislativo pueda volver a examinar el alcance de la normativa teniendo en cuenta, como dice Roxalind DIXON, la introducción de «nuevas ideas, perspectivas, o incluso equilibrios dentro del proceso político».¹⁰⁴⁴ Por consiguiente, una declaración judicial de este tipo no debería entenderse como carente de efectos. Las declaraciones judiciales tendientes a brindar una protección constitucional débil en los casos problemáticos en materia social tendrían efectos en un marco de diálogo institucional y reconocimiento del tribunal por parte del órgano legislativo como interlocutor válido. Para ello es necesario que éste último tenga en cuenta los argumentos apuntados por el tribunal a la hora de volver a tomar una decisión al respecto. Es de desear que el órgano legislativo, comprometido seriamente a su vez con los postulados democráticos y la protección de los derechos, responderá apropiadamente al tomar una decisión, sopesando los argumentos adelantados por el poder judicial.¹⁰⁴⁵

Las decisiones judiciales respecto de los casos problemáticos adoptadas en un marco de control débil demostrarían, por un lado, una sensibilidad democrática hacia las decisiones del órgano legislativo y, por el otro lado, la necesidad de un resguardo externo para los casos problemáticos acerca de los derechos sociales.

6. Protección del segundo nivel: los límites de la justicia constitucional

Si se acepta que en las sociedades democráticas los jueces están legitimados para proteger el primer nivel de los derechos sociales, todavía cabe preguntarse si también están legitimados para adoptar decisiones (ya sea con efectos finales o sólo con efectos meramente declarativos) respecto de exigencias sociales que van más allá del primer nivel.

He sostenido a lo largo del capítulo que la fundamentación del establecimiento y protección institucional de ciertas exigencias sociales no se

¹⁰⁴⁴ DIXON 2007: 407. Pero véase DIXON 2012 para una posición crítica sobre los efectos limitados y contingentes del modelo de control judicial débil de constitucionalidad y las implicaciones prácticas de su adopción en otros sistemas.

¹⁰⁴⁵ Véanse en este punto las similitudes con los enfoques deliberativistas respecto de la promoción de una actitud constructiva hacia la protección de la democracia mediante la asunción de ciertas condiciones que permiten el diálogo a través de la argumentación, en COHEN 1986, 1994, 1996; GARGARELLA 2006a, 2006b; MARTÍ 2006. Para una crítica a la posibilidad de un diálogo efectivo entre el poder judicial y el poder legislativo, véanse WALDRON 2004b; ALLAN 2006; HUSCROFT 2009; DIXON 2012.

agota en la justificación de un primer nivel de derechos sociales. Mientras estos encarnan las precondiciones materiales del procedimiento democrático legítimo, todavía deberíamos precisar la forma para establecer y proteger las exigencias socioeconómicas de justicia social, que son de fundamental importancia para los ciudadanos pero sobre cuyo contenido y alcance existen *desacuerdos fundacionales*. Estas, como he sostenido antes, formarían el contenido del segundo nivel de los derechos sociales y deberían poder ser protegidas adecuadamente en las sociedades democráticas contemporáneas.¹⁰⁴⁶ Pero dado el hecho de los desacuerdos sobre los principios que han de guiar la justicia social de una sociedad democrática, el mecanismo de decisión del contenido de este segundo nivel debería respetar, como sostiene SHAPIRO, el compromiso con la «autonomía de las prácticas sociales».¹⁰⁴⁷ Respecto de este nivel, debería atenderse a la exigencia de que los individuos sean libres de decidir qué bienes han de ser asegurados para todos y con qué alcance, para que su sociedad pueda ser considerada como justa.

El arreglo institucional que mejor respetaría ese compromiso, una vez garantizadas en la constitución las precondiciones de todos los participantes, sería establecer el alcance del segundo nivel de los derechos sociales por la vía del procedimiento democrático de toma de decisiones, ya sea a través de la posibilidad de participación directa (por ejemplo, vía *referéndum*), ya sea a través de la posibilidad de que todos los intereses estén representados en la configuración del órgano legislativo. Por consiguiente, creo que este segundo nivel no debería ser susceptible de un control robusto de constitucionalidad. Ello no significa, sin embargo, que los jueces no tendrán ninguna intervención a su respecto, porque los jueces deben aplicar todo el derecho y, como consecuencia, tendrán que resolver las disputas relativas a la aplicabilidad en los casos concretos del segundo nivel de los derechos sociales.

El rasgo diferencial estaría en que el alcance del segundo nivel de los derechos sociales será determinado por la asamblea legislativa y estará sujeto a los cambios que la asamblea legislativa disponga a través del procedimiento político ordinario de toma de decisiones colectivas. Los jueces intervendrían en las cuestiones vinculadas a su aplicación en los casos concretos pero *no podrían imponer criterios sobre el alcance o extensión de los derechos por encima de aquellos adoptados en las decisiones colectivas de la asamblea*. En

¹⁰⁴⁶ Véase el Capítulo 3: punto 2.

¹⁰⁴⁷ SHAPIRO 1994.

otras palabras, los jueces no deberían controlar la justicia del contenido de las decisiones adoptadas por la asamblea respecto de las exigencias sociales contenidas en este segundo nivel.¹⁰⁴⁸ Tal intervención del órgano judicial no estaría justificada en una sociedad democrática porque el órgano de control (judicial o político) carecería de legitimidad para imponer su interpretación (sea unánime o por mayoría de sus miembros) sobre las decisiones adoptadas por el órgano legislativo en cuestiones de justicia social.¹⁰⁴⁹ Se trata, por lo tanto, de la justificación de un modelo de tutela legislativa para el segundo nivel de los derechos sociales (Modelo III).¹⁰⁵⁰

Lo antedicho no significa que este segundo nivel sea una categoría necesariamente vacía de contenido o que carezca de mecanismos de protección. Por un lado, el segundo nivel de los derechos sociales tendrá como contenido aquellas exigencias sociales y con el alcance que se decida mediante el procedimiento democrático, *i.e.*, aquél que refleje los principios de justicia social de la concepción que obtenga el apoyo de la mayoría de los participantes en el procedimiento. Por el otro lado, en ciertas sociedades podrían existir salvaguardas políticas internas al procedimiento de decisión que aseguren que la decisión mayoritaria sea implementada.¹⁰⁵¹ Asimismo, habría que considerar que en ciertos países podría existir una cultura política-social respetuosa de los derechos de todos, atenta y dispuesta al control de la legislatura. El tipo de protección de este segundo nivel de derechos sociales, por ende, es contingente. La contingencia de la protección se refiere, de un lado, a la extensión de su contenido, que reflejará los valores de justicia social compartidos por la mayoría. Del otro lado, su efectiva tutela dependerá de la existencia de mecanismos de control políticos que funcionen bien y de un grado de desarrollo de la cultura política de respeto hacia estos derechos.

Ahora bien, si se afirma que el órgano legitimado para tomar decisiones en cuanto al contenido y extensión del segundo nivel de los derechos sociales es el legislativo, y suponiendo que la asamblea democrática ha establecido la provisión de cierto contenido en la legislación ¿cuál sería la potestad

¹⁰⁴⁸ Véase, por ejemplo, que SUNSTEIN defiende un modelo de «minimalismo judicial» limitado sólo a aquellos casos que «involucran cuestiones de complejidad fáctica o normativa alta que producen desacuerdos democráticos» (SUNSTEIN 1999: 46).

¹⁰⁴⁹ Cf. WALDRON 2005a: 194-222.

¹⁰⁵⁰ Véase el Capítulo 2: punto 8.

¹⁰⁵¹ Véase el Capítulo 2. Véase BELLAMY 2007; LINARES 2008.

jurisdiccional justificada de los jueces cuando son llamados a resolver un caso sobre exigencias sociales que por su alcance podrían considerarse como pertenecientes al segundo nivel?¹⁰⁵² Veámoslo con un ejemplo.

En la ciudad de Mar del Plata una pareja interpuso una acción de amparo contra el Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) reclamando que un acto de esta entidad habría vulnerado sus derechos constitucionalmente amparados.¹⁰⁵³ Según los hechos de la causa, los reclamantes, afiliados al IOMA, padeciendo ella de infertilidad, fueron atendidos por un médico quien les recomendó un tratamiento de fertilización asistida comprensiva de tres fases: suministro de medicamentos (estrógenos y progesterona), ovodonación y fecundación *in vitro* más inyección intracitoplasmática de espermatozoides. La cobertura de dicho tratamiento fue denegada por el Instituto con base en que la obtención de gametas por ovodonación no estaba incluida en el Plan Médico Obligatorio (PMO), y por la edad de la reclamante. La ley 14.208 y su decreto reglamentario contempla la cobertura a las prácticas médicas de fertilización homóloga (cuando se utilizan gametas propias de cada integrante de la pareja) a mujeres de entre 30 y 40 años.¹⁰⁵⁴ La negativa del IOMA, corroborada por la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires, se basó en que debido a la edad de la accionante (41 años) ella quedaría excluida de la cobertura a este tipo de prácticas, y se adujo además que la ley no contempla el tratamiento con donación de óvulos.¹⁰⁵⁵ El reclamo judicial consistió en que se ordene el pago íntegro del tratamiento más traslado y alojamiento de la pareja a la ciudad de realización del aquel, valuado aproximadamente en 2.800 euros.

Mas allá de las peculiaridades del caso y de la penosa respuesta de las autoridades administrativas,¹⁰⁵⁶ el caso introduce la compleja cuestión de si

¹⁰⁵² Me referiré a un supuesto resuelto bajo el modelo americano de justicia constitucional. El caso se podría pensar también respecto del modelo europeo con las distinciones correspondientes.

¹⁰⁵³ Sentencia *L., P. R. y V., S. L. c/IOMA s/amparo*, resuelta por Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Mar del Plata, 8049-JC3, 3 de octubre de 2011.

¹⁰⁵⁴ Véanse la Ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires, del 22 de diciembre de 2010 (D 2738/10), el Decreto Reglamentario 2.980/10, y la Disposición 001/11.

¹⁰⁵⁵ Véase *L., P. R. y V., S. L. c/IOMA s/amparo*: considerando VI, acerca de que del reconocimiento expreso de la cobertura de la técnica de fertilización homóloga no se puede inferir válidamente la exclusión de cobertura de las técnicas de fertilización no homólogas, como la ovodonación.

¹⁰⁵⁶ Cf. *L., P. R. y V., S. L. c/IOMA s/amparo*: considerando III.

la reproducción asistida forma parte del contenido del derecho constitucional a la salud en Argentina, y si el Estado tiene la obligación consiguiente de proveer a todas las prestaciones positivas para hacerlo efectivo.

Considero que, desde la perspectiva de una concepción procedimental de la democracia que incorpora la tesis de las precondiciones materiales del procedimiento, la decisión legislativa acerca de la cobertura estatal de los tratamientos de reproducción asistida y sus alcances, podría señalarse como un ejemplo del segundo nivel del derecho a la salud. En tanto tal, podría sostenerse que una decisión al respecto debería estar exenta del control judicial robusto de constitucionalidad por razones de deferencia hacia la autoridad democrática mayoritaria. La asamblea legislativa sería el órgano legitimado para adoptar decisiones colectivas respecto de cuestiones sobre las que existen desacuerdos fundacionales entre los miembros de la sociedad, entre las que podría contarse la cobertura de las prácticas de reproducción asistida como integrante del derecho constitucional a la salud.

La intervención judicial mediante un control robusto de constitucionalidad en un caso como el planteado sería susceptible de la objeción contramayoritaria. La dificultad de falta de legitimidad surgiría porque cualquiera fuera la decisión del juez (sea que interpretara como incluido bajo la ley el tratamiento de ovodonación, por ejemplo, o que interpretara que tal tratamiento está excluido) se impondría a la voluntad del legislador. Nótese que la consideración de esta cuestión como perteneciente al segundo nivel del derecho a la salud no se apoya en que permitir el tratamiento con fondos públicos represente una suma de dinero elevada que podría hacer colapsar el sistema de servicio médico provincial. Es más, en este caso, el coste del tratamiento completo es considerablemente ínfimo. Pero aunque en ciertas ocasiones el coste de la prestación podría tener incidencia en el razonamiento judicial, no debería ser la única ni la principal razón que determinara la legitimidad de la intervención judicial robusta para la protección constitucional de un derecho fundamental.

Sostener que el control judicial de constitucionalidad en un caso como la revisión de la negación de cobertura de tratamiento para la reproducción asistida de los accionantes no está justificado como parte del derecho constitucional a la salud podría parecer contraintuitivo. Sin embargo, no debería interpretarse que, bajo las premisas democráticas asumidas el interés de la pareja de ser padres biológicos no tiene valor. No suscribiría esa conclusión en absoluto. Todo lo que sostengo es que el órgano judicial de

control robusto de constitucionalidad, dado el hecho de los desacuerdos fundacionales, no sería el órgano legitimado para tomar una decisión final respecto de si el derecho constitucional a la salud comprende el pago con fondos públicos de tratamientos de reproducción asistida, no sólo respecto de parejas que padecen infertilidad, sino en relación con otros supuestos que también podrían reclamar este tipo de cobertura.

En línea con lo expuesto previamente, no debe desestimarse la importancia del segundo nivel de los derechos sociales. La distinción entre un primero y un segundo nivel de los derechos sociales alude a la idea de que previamente deben estar garantizadas las precondiciones materiales de un procedimiento democrático legítimo para que, en segundo lugar, estén presentes las condiciones para posibilitar la deliberación entre todos sobre el alcance de las exigencias de la justicia social. De lo contrario, las decisiones sobre lo que exige la justicia serían adoptadas por los ciudadanos ricos, bien educados, cuyos intereses y puntos de vista son sostenidos por una organización política poderosa, y que tienen las capacidades para entender las cuestiones en disputa así como de modular y exponer sus intereses y opiniones. Quedarían excluidos del procedimiento de toma de decisiones sobre cuestiones en materia de justicia social quienes, por causa de su pobreza, falta de educación, y deficiente o ausente organización, no cuentan con la representación o los recursos y las capacidades para comprender las cuestiones comprometidas en el procedimiento de toma de decisiones o para formarse una idea clara de cuáles son sus intereses y puntos de vista al respecto, cómo articularlos y formularlos frente a otros, o cómo intervenir en los distintos canales de participación política, no obstante tales decisiones que afectan sus intereses les serán impuestas.

Lo anterior no significa necesariamente que en el ámbito del segundo nivel de las exigencias sociales todo estaría libre para cualquier decisión,¹⁰⁵⁷ en tanto podría ser, en la línea del argumento central de WALDRON sobre las sociedades bien organizadas, que en una sociedad democrática contemporánea que funciona razonablemente bien las personas reconocerían y respetarían que todos tienen derechos individuales.¹⁰⁵⁸ La distinción de niveles debe servir para mostrar que en este segundo nivel de los derechos sociales hay desacuerdos fundacionales sobre cuál es la mejor concepción de la justicia

¹⁰⁵⁷ Cf. WALDRON 2005a: 361.

¹⁰⁵⁸ Cf. WALDRON 2006a: 1364.

social para establecer qué exigencias sociales deben ser protegidas y con qué alcance. En este segundo nivel, por lo tanto, podría ser que exista una cultura política de respeto a los derechos de todos. Podría también asumirse que habrá imposiciones relativas al desarrollo del procedimiento democrático, de manera que los ciudadanos puedan comunicar sus puntos de vista acerca de cuál consideran que debería ser el alcance de estos derechos y que, como resultado, será adoptada la opción que obtenga la mayoría de votos.

Garantizado el primer nivel de los derechos sociales, debería estimarse que en las sociedades contemporáneas bien organizadas el hecho de los desacuerdos sobre el segundo nivel merece pensarse dentro de las circunstancias de la política. Por ello, lo que sostengo es que la noción de la garantía de las precondiciones materiales importa posibilitar la participación política efectiva de todos para poder expresar sus concepciones de la justicia social en el procedimiento de decisiones colectivas. Sin embargo, es importante recordar que esa presuposición no puede asumirse como dada, o satisfecha respecto de todos los individuos ni en todas las sociedades democráticas contemporáneas, sin más. Su establecimiento jurídico y la necesidad de su garantía y protección institucional deben hacerse explícitos apreciando su lugar en el ideal de la democracia.

Pero de ello no debería inferirse que en el supuesto de adoptarse una protección institucional de las precondiciones materiales a través de un control judicial robusto de constitucionalidad, tal mecanismo excluiría a la mayoría legislativa de la posibilidad de adoptar decisiones de importancia en materia económica y social con carácter de última palabra. Como examiné en el Capítulo 4, una objeción que se ha dirigido contra la justificación de la exclusión de ciertas precondiciones del debate político es la denominada “paradoja de las precondiciones”.¹⁰⁵⁹ Recordemos que la crítica sostiene que la adopción de un control judicial robusto de constitucionalidad para garantizar las condiciones del ideal de la democracia, en tanto que las condiciones potencialmente impondrían estándares de igualdad cada vez más exigentes respecto de la distribución de recursos en materia social, reduciría enormemente el margen de decisión de las instituciones representativas. Pero asegurar las precondiciones materiales de la participación democrática no tiene que implicar que se faculte a los jueces a imponer una igual distribución de recursos económicos y sociales *tout court*, según los principios de cierta

¹⁰⁵⁹ Véase el Capítulo 4: punto 6.3.

concepción de la justicia social igualitaria. Este es el tipo de decisión que corresponde adoptar al órgano legislativo, si así se resuelve por mayoría, en un procedimiento en el que todos, aseguradas sus precondiciones materiales, pueden participar articulando sus intereses y opiniones al respecto.

Desde concepciones de la democracia constitucional en las que se aboga por una protección robusta de los derechos sociales todavía se podría objetar, en línea con las críticas examinadas previamente contra la tesis de las precondiciones materiales, por un lado, que la protección constitucional robusta del primer nivel de los derechos sociales no es lo suficientemente extensa como para considerar que esa sociedad es justa y, por el otro lado, que dicha justificación democrática para los derechos sociales constitucionales es sumamente débil en tanto se les asigna a los derechos sociales un papel instrumental o dependiente de los derechos políticos.¹⁰⁶⁰

Respecto de la primera cuestión, es posible que el modelo que propugna la protección constitucional robusta del primer nivel de los derechos sociales no baste para afirmar que una sociedad en que se protege constitucionalmente sólo el primer nivel de los derechos sociales pueda ser considerada justa. Ello significa que una sociedad organizada democráticamente, entre cuyos arreglos institucionales se protege constitucionalmente sólo el primer nivel de los derechos sociales podría ser tachada de injusta bajo la perspectiva de algunos. Pero también se podría sostener razonadamente que es injusta una sociedad que protege constitucionalmente unos derechos sociales más extensos, ya sea porque desde una concepción de la justicia alternativa no se acuerda con esa extensión, o bien porque al momento de hacerlos efectivos a través del control de constitucionalidad, son los jueces los que deciden cuál debería ser ese alcance (tal vez en desacuerdo con lo que sostiene la mayoría a ese respecto). Lo que justifica el modelo de democracia procedimental con garantía de las precondiciones institucionales y materiales es que posibilita que todos estén en condiciones de participar en el procedimiento mediante el que se ha de decidir cuál ha de ser la teoría de la justicia que guíe las decisiones colectivas que se les impondrán. Pero también, que las decisiones sobre lo que exige la justicia social no serán adoptadas por (la mayoría de) los miembros de un tribunal.

En cuanto a la objeción de justificación débil de los derechos sociales creo que es equivocada. En las sociedades pluralistas contemporáneas, la importancia de un procedimiento de toma de decisiones que, idealmente,

¹⁰⁶⁰ Véase FABRE 2000c: 125.

debe incluir a todos sus miembros, es una base fundamental sobre la cual debatir sobre la justicia de esa sociedad. Ello no significa negar la existencia e importancia de otras formas de defensa de los derechos sociales con base en otros valores fundamentales. Lo que se niega es que exista un valor de justicia (o varios) incontrovertible(s), que pueda ser reconocido como verdadero de manera de ser impuesto sobre los miembros de la sociedad con independencia de los desacuerdos fundacionales al respecto. Lo que se afirma es más modesto, pero no por ello carente de relevancia, y es que la deliberación sobre los valores que plasman la justicia social, y la decisión sobre la manera en que la sociedad debe organizarse en ese ámbito, para ser considerada legítima, presupone un procedimiento de decisiones en el que está garantizado el primer nivel de los derechos sociales. Sostener que los derechos sociales deben ser interpretados como encarnando principios igualitarios (por caso, prioritaristas) de justicia social y afirmar que con ese alcance deberían estar asegurados en una constitución y garantizados con el control robusto de constitucionalidad importa no tomarse en serio el hecho de los desacuerdos fundacionales en las sociedades democráticas contemporáneas. Frente a la objeción de los desacuerdos la defensa de derechos sociales entendidos como la garantía de «acceso a los recursos adecuados», por caso, no representa una justificación promisoría de estos derechos.

Corresponde observar que la justificación de la protección del segundo nivel a través de la función legislativa requeriría que se mencionaran otras muchas e importantes cuestiones al respecto. Existen algunos importantes trabajos sobre cómo los órganos legislativos y administrativos deberían proteger las exigencias de la justicia social en una sociedad democrática respetuosa de los derechos sociales de sus miembros. Y es posible que quede mucho todavía por hacer. Sin embargo, este no ha sido el objetivo de mi trabajo. El objetivo de mi trabajo ha sido, en cambio, responder a la pregunta sobre la legitimidad de la intervención judicial en la protección de los derechos sociales en las sociedades democráticas contemporáneas. El hecho de concluir que en estas sociedades el control judicial de constitucionalidad debería estar ausente en la protección del segundo nivel de los derechos sociales se sigue del respeto a los compromisos democráticos en las circunstancias de la política. Honrar esos compromisos democráticos, sin embargo, también exige que todos los individuos tengan garantizados los recursos materiales de modo de estar en condiciones de participar en el establecimiento de una sociedad democrática más justa. Y en este esquema el

modelo de protección robusto aparece justificado. Como resultado, el modelo propuesto podría entenderse como un «sistema compuesto», en los términos que asigna Walter SINNOTT-ARMSTRONG, en el cual «los legisladores a veces pueden y a veces no pueden anular interpretaciones judiciales de las disposiciones constitucionales».¹⁰⁶¹

7. Conclusión

En este capítulo he argumentado que existen buenas razones a favor de la consideración de ciertas precondiciones materiales de un procedimiento legítimo de toma de decisiones colectivas como parte fundamental de una concepción procedimental de la democracia.

Ello me ha llevado a sostener la distinción de dos niveles de derechos sociales. Un primer nivel conformado por las precondiciones materiales de un procedimiento legítimo de toma de decisiones, y un segundo nivel que se compone con las exigencias de la justicia social que comparte la mayoría en una cierta sociedad. La distinción entre uno y otro vendría dada por un criterio interno al propio procedimiento en tanto pauta de precisión del contenido del primer nivel. La ventaja de adoptar un criterio interno estaría en que permitiría bosquejar una salida a la objeción de no tomarse en serio los desacuerdos fundacionales. Además, he tratado de mostrar la importancia de incorporar los estudios empíricos de la ciencia social para especificar el alcance del primer nivel de los derechos sociales.

Por último, he sostenido la riqueza de abogar por un modelo compuesto de protección de los derechos sociales. El primer nivel de los derechos sociales podría ser protegido legítimamente por vía de un *control robusto de constitucionalidad*. Los casos problemáticos tendrían habilitada la vía del *control débil de constitucionalidad*. Finalmente, el segundo nivel de los derechos sociales podría ser legítimamente protegido a través de la *tutela legislativa*. Si bien también podría admitirse su protección mediante un modelo débil (como el propuesto para los casos problemáticos), la opción por un modelo robusto de constitucionalidad para la protección del segundo nivel estaría vedada en las sociedades democráticas contemporáneas.

¹⁰⁶¹ SINNOTT-ARMSTRONG 2003: 384.

CONCLUSIONES

Comencé este trabajo de investigación con una fuerte intuición sobre el valor del reconocimiento jurídico de los derechos sociales en una sociedad justa. Al mismo tiempo, otra intuición poderosa caló hondo: la exigencia de tomarse en serio el hecho de los desacuerdos sustantivos en las sociedades democráticas actuales dada por el respeto a la agencia moral de las personas. Pronto una y otra intuición se mostraron en tensión. Me enfrenté con la siguiente disyuntiva: de una parte, encauzar la tesis desde la perspectiva habitual en la literatura de los derechos sociales como exigencias de la justicia social y relegar a un segundo plano el problema de los desacuerdos. Sin embargo, esta vía no daría cuenta de la segunda intuición. De la otra parte, tomar en serio el hecho de los desacuerdos y examinar si los derechos sociales podrían justificarse como exigencias de la legitimidad procedimental. Y, llegado el momento, reevaluar el lugar asignado a la intuición sobre el valor de justicia de estos derechos. Esta segunda es la estrategia que adopté en la tesis.

Partí de ofrecer argumentos en el Capítulo 1 dirigidos a señalar que los derechos sociales tienen conceptualmente una estructura similar a los derechos civiles y políticos. En el Capítulo 2 mostré que distintos sistemas jurídicos brindan diverso status y jerarquía de protección institucional a los derechos sociales. Estas fueron afirmadas como las bases ineludibles a partir de las cuales es posible emprender la discusión sobre la cuestión normativa de los derechos sociales, ya sea acerca de las razones para su reconocimiento, o acerca de las razones para adoptar un mecanismo robusto de protección. En el Capítulo 3 examiné la defensa de los derechos sociales como exigencias de la justicia que han de ser excluidos de la decisión política mayoritaria para que ésta no pueda vulnerarlos. Sostuve que la defensa de la protección de los derechos sociales a través del mecanismo de control robusto de constitucionalidad no puede dar cuenta de la objeción de los desacuerdos. De allí que en el Capítulo 4 examiné la estrategia desde lo que exige la

legitimidad procedimental. Concebir la democracia como un procedimiento de toma de decisiones que permite la participación de todos podría ser una vía plausible para respetar el hecho del pluralismo y la diversidad de puntos de vista. Sin embargo, sostuve que esa posición debía ser complementada con la tesis de las precondiciones que garanticen el estándar de no exclusión y la participación política efectiva de todos.

Llegada a este punto, en el Capítulo 5 retomé las intuiciones iniciales en conflicto dadas por lo que exige la justicia y lo que exige la democracia. La propuesta de distinción de dos niveles de derechos sociales pretende dar cuenta de aquellas. El primer nivel encarna los derechos sociales como precondiciones materiales de la legitimidad democrática. El segundo nivel encarna las exigencias de la justicia.¹⁰⁶² Mientras el primero podría ser legítimamente protegido por un control robusto de constitucionalidad, el segundo nivel debería ser tutelado por la asamblea democrática. La contribución de la tesis reside en mostrar que se ha fallado en apreciar esta distinción: los constitucionalistas jurídicos (como Cécile FABRE) creen que los dos niveles de derechos sociales deberían ser protegidos constitucionalmente, mientras que los constitucionalistas políticos (como Jeremy WALDRON) sostienen que ninguno de los niveles debería ser protegido de esta manera.

Desde una concepción procedimental de la democracia es posible defender que el primer nivel de los derechos sociales, en tanto precondiciones de la legitimidad democrática, podría ser garantizado y protegido a través de un control robusto de constitucionalidad. Porque si este nivel no fuera satisfecho y asegurado en una sociedad, la autoridad mayoritaria no podría ser considerada legítima para imponer decisiones sobre los demás, o su legitimidad estaría disminuida en un grado inaceptable.

El segundo nivel de los derechos sociales es el objeto propio de los desacuerdos fundacionales sobre lo que exige la justicia social y su tutela es dependiente de que la mayoría decida en el proceso político cuál ha de ser su alcance. Precisamente, porque no hay acuerdo sobre la extensión de los derechos sociales respecto de lo que las personas se deben unas a otras en democracia, retirarlos de su decisión política sería ilegítimo. No obstante, este nivel es asimismo importante. La ordenación entre el primer y el segundo nivel se seguiría del argumento de la exigencia de participación de

¹⁰⁶² El marco teórico resultante para garantizar el primer nivel de los derechos sociales como precondiciones procedimentales podría servir para pensar también los demás derechos civiles y políticos.

todos en el procedimiento dado el hecho de los desacuerdos sustantivos. No debería entenderse como apelación a una urgencia o importancia moral distintiva de los valores.

Al final del recorrido, las intuiciones iniciales siguen en pie, si bien han sido calibradas. Tomarse en serio el hecho de los desacuerdos en las sociedades democráticas nos previene de retirar un cierto contenido de la decisión en el foro político porque así lo requiere la justicia social. A la pregunta inicial que articuló la tesis, esto es, si está justificada la protección constitucional de los derechos sociales en las sociedades democráticas, la respuesta es que sí. Una sociedad democrática debe garantizar el primer nivel de los derechos sociales por razones de legitimidad procedimental. Ello no significa negar que los derechos sociales no tienen valor en sí mismos o que no son necesarios para realizar nuestros proyectos personales y planes de vida. Significa en cambio que el foro político es el lugar donde decidir cómo distribuir las cargas y los beneficios en una sociedad siempre que esté garantizada la participación política efectiva de todos sus miembros. Significa también que una sociedad que no asegura las precondiciones materiales de todos no satisface la exigencia de participación política efectiva y el estándar de no exclusión, por lo que no podría reclamar legitimidad en la imposición de sus decisiones, o su legitimidad estaría disminuida.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor (2006). «La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales», en Alicia Ely YAMIN (ed.), *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. México D.F.: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, pp. 149-169.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (2001). «El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible», Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley* Tomo D, pp. 22-34.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASSI (2008). «El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina», *Salud Colectiva* 4(3), pp. 261-282.
- ALBISA, Caty y Jessica SCHULTZ (2008). «The United States: A Ragged Patchwork», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 230-249.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Atrea. Citado por la traducción al castellano de los autores. Título original: *Normative Systems*. Vienna: Springer, 1971.
- ALEXY, Robert (1988). «Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa* 5, pp. 139-151.
- ALEXY, Robert (2000). «Derechos sociales fundamentales», en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México D.F.: UNAM, pp. 67-85.

- ALFREDSSON, Gusmundur (2001). «Technical Cooperation in the Field of Economic, Social and Cultural Rights», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 473-477.
- ALLAN, James (1996). «Bill of Rights and Judicial Power – A Liberal's Quandary», *Oxford Journal of Legal Studies* 16, pp. 337-352.
- ALLAN, James (2006). «The Victorian *Charter of Human Rights and Responsibilities*: Exegesis and Criticism», *Melbourne University Law Review* 30(3), pp. 906-922
- AMAR, Akhil Reed (1991). «The Bill of Rights as a Constitution», *Yale Law Journal* 100, pp. 1131-1210.
- ANDERSON, Elisabeth S. (1999). «What Is the Point of Equality?», *Ethics* 109(2), pp. 287-337.
- AÑÓN, María José (1995). *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO, Rodolfo (2003). «Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy», *Ratio Juris* 16(2), pp. 141-154.
- ARANGO, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia: Editorial Legis.
- ARANGO, Rodolfo (2009). «La jurisdicción social de la tutela en Colombia», en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 301-319.
- ARENDT, Hannah (1958). *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press.
- ARIZA, Rodolfo (2006). «El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en *Juridice. Servicios Jurídicos Integrales*. Disponible en: <http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm> [Consulta: octubre de 2007].
- ARNESON, Richard J. (1989). «Equality and Equal Opportunity for Welfare», *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* 56(1), pp. 77-93.
- ARNESON, Richard J. (1991). «A Defense of Equal Opportunity for Welfare», *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* 62(2), pp. 187-195.
- ARNESON, Richard J. (2000). «Welfare Should Be the Currency of Justice», *Canadian Journal of Philosophy* 30(4), pp. 497-524.
- ATIENZA, Manuel (2003). *El sentido del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO (2004). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- ATRIA, Fernando (2003). «Legalismo, derechos y política», en *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 107-139.
- ATRIA, Fernando (2005). «¿Existen derechos sociales?», *Discusiones* 4, pp. 15-59.
- ÁVILA, Ramiro (2009). «Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos», en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 451-477.
- BAKAN, Joel (1992). «What's Wrong with Social Rights», en Joel BAKAN y David SCHNEIDERMAN (eds.), *Social Justice and the Constitution. Perspectives on a Social Union for Canada*. Ottawa: Carleton University Press, pp. 85-99.
- BALDWIN, Peter (1990). *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State, 1875-1975*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BARAK-EREZ, Daphne y Aeyal M. GROSS (eds.) (2007). *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford/Portland: Hart Publishing.
- BARBER, Benjamin (1984). *Strong Democracy: Participatory Politics for New Age*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press.
- BARBER, Sotirios A. (1997). «Welfare and the Instrumental Constitution», *American Journal of Jurisprudence* 42(1), 159-186.
- BARRY, Brian (1989). «Is Democracy Special?», en *Democracy, Power, and Justice: Essays in Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 24-60.
- BATEUP, Christine (2005). «The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue», *Brooklyn Law Review* 71, pp. 1109-1120.
- BATEUP, Christine (2009). «Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights», *Hastings International and Comparative Law Review* 32(2), pp. 529-599.
- BAYÓN, Juan Carlos (2000a). «Derechos, democracia, y constitución», *Discusiones* 1, pp. 65-94.
- BAYÓN, Juan Carlos (2000b). «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía* 13, pp. 87-117.
- BAYÓN, Juan Carlos (2004). «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Jerónimo BETEGÓN, Francisco LAPORTA, Juan R. DE PÁRAMO y Luis PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138.

- BAZAN, Víctor (2005). «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 11(II), pp. 547-583.
- BEDDARD, Ralph y Dilys M. HILL (eds.) (1992). *Economic, Social and Cultural Rights. Progress and Achievement*. London: Macmillan.
- BEETHAM, David (1995). «What Future for Economic and Social Rights?», *Political Studies* 43(1), pp. 41-60.
- BEITZ, Charles (1983). «Procedural Equality in Democratic Theory: A Preliminary Examination», en Poland PENNOCK y John CHAPMAN (eds.) *Nomos XXV: Liberal Democracy*. New York: New York University Press, pp. 69-91.
- BEITZ, Charles (1989). *Political Equality*. Princeton: Princeton University Press.
- BELLAMY, Richard (1996). «The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy», *Political Studies* 44, pp. 436-456.
- BELLAMY, Richard (2007). *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BELLAMY, Richard (2012). «Rights as Democracy», *Critical Review of Social and Political Philosophy*, 15(4), pp. 449-471.
- BENTHAM, Jeremy (1970 [1843]). «Anarchical Fallacies», en A. I. MELDEN (ed.), *Human Rights*. Belmont: Wadsworth, pp. 28-39.
- BERGALLO, Paola (2006). «Justicia y experimentalismo: La función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina», en *Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- BERLIN, Isaiah (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza. Citado por la traducción al castellano de Juan Carlos BAYÓN, Natalia RODRÍGUEZ y Belén URRUTIA. Título original: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BERNAL, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL, Carlos (2005). «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», *Discusiones* 4, pp. 99-144.
- BICKEL, Alexander M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BILCHITZ, David (2008). *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- BLACK, Charles L. (1986). «Further Reflections on the Constitutional of Livelihood», *Columbia Law Review* 86(6), pp. 1103-1117.
- BOBBIO, Norberto (1989). *Liberalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Citado por la traducción al castellano de José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN. Título original: *Liberalismo e democrazia*, 1966.
- BOHMAN, James y William REHG (eds.) (1997). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.
- BOTTOMORE, Thomas (1998). «Ciudadanía y clase social, cuarenta años después», en Thomas H. MARSHALL y Thomas BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial, 85-137. Citado por la traducción al castellano de Pepa LINARES.
- BOVENS, Mark y Anchrit WILLE (2010). «The Education Gap in Participation and Its Political Consequences», *Acta Politica* 45, pp. 393-422.
- BOVERO, Michelangelo (2001). «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 215-242.
- BRADSHAW, Jonathan (1972). «The Concept of Social Need», *New Society* 496, pp. 640-643.
- BRANDT, Richard B. (1964). «The Concepts of Obligation and Duty», *Mind* 73(291), pp. 374-393.
- BRAYBROOKE, David (1987). *Meeting Needs*. Princeton: Princeton University Press.
- BRAYBROOKE, David (1998). «The Concept of Needs, with a Heartwarming Offer of Aid to Utilitarianism», en Gilian BROCK (ed.), *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, pp. 57-72.
- BRAZIER, Margaret (1993). «Rights and Health Care», en Robert BLACKBURN (ed.), *Rights of Citizenship*. London: Mansell, pp. 56-74.
- BREMS, Eva (2007). «Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights», en Daphne BARAK-EREZ y Aeyal M. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 135-167.
- BRETTSCHEIDER, Corey (1997). *Democratic Rights: The Substance of Self-government*. Princeton: Princeton University Press.
- BRIGHOUSE, Harry y Marc FLEURBAEY (2010). «Democracy and Proportionality», *Journal of Political Philosophy* 18(2), pp. 137-155.

- BROCK, Gillian (1998) (ed.). *Necessary Goods: Our Responsibility to Meet Others' Needs*. Maryland: Rowman & Littlefield.
- BRUCH Sara K., Myra FERREE y Joe SOSS (2010). «From Policy to Polity: Democracy, Paternalism, and the Incorporation of Disadvantaged Citizens», *American Sociological Review* 75(2): 205-226.
- BRYCE, James (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Título original: «Flexible and Rigid Constitutions», en *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1901, pp. 145-254.
- BUCHANAN, Allen (2002). «Political Legitimacy and Democracy», *Ethics* 112(4), pp. 689-719.
- BUCHANAN, James M. y Gordon TULLOCK (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Michigan: University of Michigan Press.
- BULYGIN, Eugenio (1987). «Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos», *Doxa* 4, pp. 79-84.
- BULYGIN, Eugenio (1990). «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», *Ratio Juris* 3, pp. 29-45.
- CARBONELL, Miguel, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (eds.) (2000). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México D.F.: UNAM.
- CARRIÓ, Genaro R. (1991). «Nota preliminar», en Wesley N. HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México D.F.: Editorial Fontamara, pp. 7-21.
- CASAL, Paula (2007). «Why Sufficiency is not Enough», *Ethics* 117(2), pp. 296-326.
- CASAL, Paula y Peter SINGER (2012). *Los derechos de los simios*. Madrid: Editorial Trotta.
- CELANO, Bruno (2001). «I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz», *Analisi e diritto*, pp. 1-58.
- CHAYES, Abram (1979). «The Role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review* 89, pp. 1281-1316.
- CHIRWA, Danwood (2008). «African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 323-338.
- CHRISTIANO, Thomas (1996). *The Rule of the Many. Fundamental Issues in Democratic Theory*. Oxford: Westview Press.
- CHRISTIANO, Thomas (2000). «Waldron on Law and Disagreement», *Law and Philosophy* 19(4), pp. 513-543.

- CHRISTIANO, Thomas (2008). *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- CHRISTIANSEN, Eric C. (2008). «Using Constitutional Adjudication to Remedy Socio-economic Injustice: Comparative Lessons from South Africa», *UCLA Journal International Law and Foreign Affairs* 13, pp. 369-405.
- CLAPHAM, Andrew (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press.
- CLEMENTS, Luke y Alan SIMMONS (2008). «European Court of Human Rights: Sympathetic Unease», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 409-427.
- COHEN, G.A. (1989). «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics* 99(4), pp. 906-944.
- COHEN, G.A. (1992). «Incentives, Inequality, and Community», *The Tanner Lectures on Human Values*. Vol. 13. Salt Lake City: University of Utah Press, pp. 263-329.
- COHEN, G.A. (2000). *If You're an Egalitarian, How Come You're so Rich?* Cambridge: Harvard University Press.
- COHEN, Joshua (1986). «An Epistemic Conception of Democracy», *Ethics* 97(1), pp. 26-38.
- COHEN, Joshua (1994). «Pluralism and Proceduralism», *Chicago-Kent Law Review* 69(3), pp. 589-618.
- COHEN, Joshua (1996). «Procedure and Substance in Deliberative Democracy», en Seyla BENHABIB (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University Press, pp. 95-119.
- COMANDUCCI, Paolo (1995). «Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado», *Isonomía* 3, pp. 21-42.
- COMANDUCCI, Paolo (2002). «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía* 16, pp. 90-112.
- COOPER, Jeremy (1993). «Poverty and Constitutional Justice: The Indian Experience», *Mercer Law Review* 44, pp. 611-635.
- COPP, David (1992). «The Right to an Adequate Standard of Living: Justice, Autonomy, and the Basic Needs», *Social Philosophy and Policy* 9(1), pp. 231-261.
- CORTI, Horacio G. (2007). *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

- COURTIS, Christian (2009). *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- CRAIG, Scott (1999). «Social Rights: Toward A Principled, Pragmatic Judicial Role», *Economic and Social Rights Review* 1(4), pp. 4-6.
- CRANSTON, Maurice (1967). «Human Rights, Real and Supposed», en D. D. RAPAHEL (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*. London: Macmillan, pp. 43-52.
- CRANSTON, Maurice (1973). *What are Human Rights?* London: Bodley Head.
- CRAVEN, Matthew (1995). *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press.
- CRISP, Roger (2003). «Equality, Priority, and Compassion», *Ethics* 113(4), pp. 745-763.
- CROSS, Frank R. (2000). «The Error of Positive Rights», *UCLA Law Review* 48, pp. 857-924.
- CRUZ PARCERO, Juan A. (1999). *El concepto de derecho subjetivo*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- CRUZ PARCERO, Juan A. (2005). «Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)», *Doxa* 4, pp. 71-98.
- CRUZ PARCERO, Juan A. (2007). *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- DAHL, Robert (1992). *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós. Citado por la traducción al castellano de Leandro WOLFSON. Título original: *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DANIELS, Norman (1981). «Health-Care Needs and Distributive Justice», *Philosophy and Public Affairs* 10(2), pp. 146-179.
- DANIELS, Norman (1985). *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DAVIS, Dennis M. (1992). «The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles», *South African Journal on Human Rights* 8, pp. 475-490.
- DAVIS, Dennis M. (2007). «Socio-Economic Rights: The Promise and Limitation. The South African Experience», en Daphne BARAK-EREZ y Aeyal M. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 193-212.
- DEBELJAK, Julie (2007). «Parliamentary Sovereignty and Dialogue under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making», *Monash University Law Review* 33(1), pp. 9-71.

- DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO (eds.) (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- DE LORA, Pablo (2004). «El derecho a la protección de la salud», en Jerónimo BETEGÓN, Francisco LAPORTA, Juan R. DE PÁRAMO y Luis PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 875-910.
- DE LUCAS, Javier y María José AÑÓN (1990). «Necesidades, razones, derechos», *Doxa* 7, pp. 55-81.
- DÍAZ, Elías (1984). *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Editorial Debate.
- DIDCOTT, J. (1988). «Practical Workings of a Bill of Rights», en J. VAN DER WESTHUIZEN y H. VILJOEN (eds.) *A Bill of Rights for South Africa*. Durban: Butterworth.
- DIXON, Rosalind (2007). «Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited», *International Journal of Constitutional Law* 5(3), pp. 391-418.
- DIXON, Rosalind (2012). «Weak-form Judicial Review and American Exceptionalism», *Oxford Journal of Legal Studies* 32(3), pp. 487-506.
- DODD, Jordan (2008). «Comments to Brettschneider Reading Group», *Public Reason Blog*. <http://www.publicreason.net>.
- DOMINGO, Pilar (2004). «Judicialization of Politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America», *Democratization* 11(1), pp. 104-126.
- DONALD, Margaret (1984). «Natural Rights», en Jeremy WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 21-40.
- DONALDSON, Sue y Will KYMLICKA (2011). *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- DOYAL, Len (1998). «A Theory of Human Need», en Gilian BROCK (ed.), *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, pp. 157-172.
- DOYAL, Len y Ian GOUGH (1991). *A Theory of Human Needs*. London: Macmillan.
- DROVER, Glenn (1992). «Social Minima and Social Rights: Justifying Social Minima Socially», en Joel BAKAN y David SCHNEIDERMAN (eds.), *Social Justice and the Constitution. Perspectives on a Social Union for Canada*. Ottawa: Carleton University Press, pp. 139-153.
- DWORKIN, Ronald (1981). «What is Equality? Part 2: Equality of Resources», *Philosophy & Public Affairs* 10(4), pp. 283-345.

- DWORKIN, Ronald (1984). «Rights as Trumps», en Jeremy WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 153-167.
- DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire*. London: Fontana.
- DWORKIN, Ronald (1987). «What is Equality? Part 4: Political Equality», *San Francisco Law Review* 22(1), pp. 1-30.
- DWORKIN, Ronald (1990). «Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?», *Alberta Law Review* 28(2), pp. 324-346.
- DWORKIN, Ronald (1993). *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta. Citado por la traducción castellana de Marta GUASTAVINO. Título original: *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978.
- DWORKIN, Ronald (1996). «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en Ronald DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 1-38.
- DWORKIN, Ronald (2000). *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press.
- EDDY, Katherine (2008). «Against Ideal Rights», *Social Theory and Practice* 34(3), pp. 463-481.
- EDELMAN, Peter (1987). «The Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor», *Hastings Law Journal* 39, 1-62.
- EDMUNDSON, William A. (2003) «Locke and Load: A Review of A. John Simmons, Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations», *Law & Philosophy* 22(2), pp. 195-216.
- EIDE, Asbjørn (1989). «The Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach», *Human Rights Law Journal* 10(1-2), pp. 35-51.
- EIDE, Asbjørn (2001). «The Use of Indicators in the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 545-551.
- EIDE, Asbjørn, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.) (2001). *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff.
- EISGRUBER, Christopher (2001). *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press.
- ELSTER, Jon (1988). «Introduction», en Jon ELSTER y Rune SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-17.

- ELSTER, Jon (ed.) (1998). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ELY, John Hart (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- ENOCH, David (2006). «Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement», *Israel Law Review* 39(3), pp. 23-35.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta (1993). *Los tres mundos del estado del bienestar*. Valencia: Alfons el Magnànim. Citado por la traducción castellana de Begoña ARREGUI. Título original: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Oxford: Blackwell, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta (1999). *Social Foundations of Post Industrial Economies*. Oxford: Oxford University Press.
- ESTLUND, David M. (2008). *Democratic Authority: A Philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press.
- ESTLUND, David M. (2009). «Debate: On Christiano's *The Constitution of Equality*», *Journal of Political Philosophy* 17(2), pp. 241-252.
- EWING, K.D. (2001). «The Unbalanced Constitution», en Tom CAMPBELL, K.D. EWING y Adam TOMKINS (eds.), *Skeptical Essays on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 103-118.
- EYLON, Yuval y Alon HAREL (2006). «The Right to Judicial Review», *Virginia Law Review* 92(5), pp. 991-1022.
- FABRE, Cécile (2000a). «A Philosophical Argument for a Bill of Rights», *British Journal of Political Science* 30(1), pp. 77-98.
- FABRE, Cécile (2000b). «The Dignity of Rights», *Oxford Journal of Legal Studies* 20(2), pp. 271-282.
- FABRE, Cécile (2000c). *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- FALLON JR., Richard H. (2008). «The Core of an Uneasy Case For Judicial Review», *Harvard Law Review* 121(7), pp. 1693-1736
- FAVOREU, Louis (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel. Citado por la traducción al castellano de Vicente VILLACAMPA. Título original: *Les cours constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, 1986.
- FEINBERG, Joel (1973). *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- FEINBERG, Joel (1978). «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *Philosophy and Public Affairs* 7(2), pp. 93-123.
- FEINBERG, Joel (1980). *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*. Princeton: Princeton University Press.

- FERNÁNDEZ, José J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi (1997). «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», *Doxa* 20, pp. 235-278.
- FERRAJOLI, Luigi (2001a). «Derechos fundamentales», en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 19-56.
- FERRAJOLI, Luigi (2001b). «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 139-196.
- FERRERES, Víctor (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRERES, Víctor (2000). «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa* 23, pp. 29-48.
- FERRERES, Víctor (2004). «The Consequences of Centralizing Judicial Review in a Special Court: Some Thoughts of Judicial Activism», *Texas Law Review* 82, pp. 1704-1736.
- FERRERES, Víctor (2009). *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press.
- FISHKIN, James S. y Peter LASLETT (eds.) (2003). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell Publishing.
- FISS, Owen (1979). «The Forms of Justice», *Harvard Law Review* 93(1), pp. 1-58.
- FORSYTHE, David P. (2007). «The United States and International Economic Rights: Law, Social Reality, and Political Choice», en Shareen HERTEL y Lanse MINKLER (eds.), *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 310-324.
- FRANKFURT, Harry (1987). «Equality as Moral Ideal», *Ethics* 98(1), pp. 21-43.
- FRANKFURT, Harry (1997). «Equality and Respect», *Social Research* 64(1), pp. 3-15.
- FRANKFURT, Harry (1998). «Necessity and Desire», en Gilian BROCK (ed.). *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, pp. 19-32.
- FRANKFURT, Harry (2000). «The Moral Irrelevance of Equality», *Public Affairs Quarterly* 14(2), pp. 87-103.
- FRASER, Nancy (1989). «Talking About Needs: Interpretive Contests as Political Conflicts in Welfare-State Societies», *Ethics* 99(2), pp. 291-313.
- FREDMAN, Sandra (2009). *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.

- FREEMAN, Samuel (ed.) (2003). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FRIED, Charles (1978). *Right and Wrong*. Cambridge: Harvard University Press.
- FRIEDMAN, Barry (2002). «The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty», *Yale Law Journal* 112, pp. 153-259.
- FRIEDMAN, Milton (1962). *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- FULLER, Lon (1978). «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review* 92(2), pp. 353-409.
- GALLIE, Walter B. (1956). «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, pp. 167-198.
- GARDBAUM, Stephen (2003-2004). «The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights», *Michigan Law Review* 102(3), pp. 387-459.
- GARGARELLA, Roberto (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.
- GARGARELLA, Roberto (1997). «La dificultad de defender el control judicial de las leyes», *Isonomía* 6, pp. 55-70.
- GARGARELLA, Roberto (2000). «Los jueces frente al “coto vedado”», *Doxa* 1, pp. 53-64.
- GARGARELLA, Roberto (2001). «La amenaza del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia», *SELA 2001*, disponible en línea en <http://islandia.law.yale.edu>
- GARGARELLA, Roberto (2004a). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- GARGARELLA, Roberto (2004b). «In Search of a Democratic Justice. What Courts Should not Do: Argentina (1983-2002)», en Siri GLOPPEN, Roberto GARGARELLA y Elin SKAAR (eds.), *The Accountability Function of the Courts in New Democracies*. London: Routledge, pp. 181-197.
- GARGARELLA, Roberto (2006a). «Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights», en Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate, pp. 13-34.
- GARGARELLA, Roberto (2006b). «Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?», en Samantha BESSON y José Luis MARTI ROUX (eds.), *Deliberate Democracy and its Discontents*. Hampshire: Ashgate, pp. 233-252.

- GARGARELLA, Roberto (2008). «A Dialogue on Law and Social Protest», en Andrés SAJÓ (ed.), *Free to Protest. Constituent Power and Street Demonstration*. The Netherlands: Eleven International Publishing, pp. 61-86.
- GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (eds.) (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate.
- GARGARELLA, Roberto y José Luis MARTÍ (2005). «La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos», en Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, XIII-XLVIII.
- GARZÓN, Ernesto (1988). «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa* 5, pp. 155-173.
- GARZÓN, Ernesto (1989a). «Representación y democracia», *Doxa* 6, pp. 143-164.
- GARZÓN, Ernesto (1989b). «Algo más acerca del “coto vedado”», *Doxa* 6, pp. 209-213.
- GARZÓN, Ernesto (1993). *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARZÓN, Ernesto (2000). «El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías», *Isonomía* 12, pp. 7-34.
- GAVISON, Ruth E. (2003). «On the Relationships between Civil and Political Rights, and Social and Economic Rights», en Jean-Marc COICAUD, Michael W. DOYLE y Anne Marie GARDNER (eds.), *The Globalization of Human Rights*. Tokyo/New York/Paris: United Nations University, pp. 23-55.
- GEARTY, Conor (2011). «Against Judicial Enforcement», en Conor GEARTY y Virginia MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*. Oxford: Hart Publishing, pp. 1-84.
- GEARTY, Conor y Virginia MANTOUVALOU (2011). *Debating Social Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- GEWIRTH, Alan (1996). *The Community of Rights*. Chicago: University of Chicago Press.
- GILBERT, Margaret (2006). *A Theory of Political Obligation*. Oxford: Clarendon Press.
- GLENDON, Mary Ann (1991). *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press.
- GLOPPEN, Siri (2006). «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework», en Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate, pp. 35-59.
- GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA y Elin SKAAR (eds) (2004). *The Accountability Function of the Courts in New Democracies*. London: Routledge.

- GOLDING, Martin P. (1984). «The Primacy of Welfare Rights», *Social Philosophy and Policy* 1(2), pp. 119-136.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey D. (2010). «Structural Judicial Review and the Objection From Democracy», *University of Toronto Law Journal* 60(1), pp. 137-154.
- GONZALEZ BERTOMEU, Juan F. (2011). «Against the Core of the Case», *Legal Theory* 17(2), pp. 81-118.
- GOODHART, Michael (2007). «“None so Poor that he is Compelled to Sell Himself”: Democracy, Subsistence and Basic Income», en Shareen HERTEL y Lanse MINKLER (eds.), *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 94-114.
- GOODIN, Robert E. (2003). *Reflective Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- GOODIN, Robert E., Bruce HEADLEY, Ruud MUFFELS y Henk-Jan DIRVEN (1999). *The Real Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GOODWIN, Barbara (1992). *Justice by Lottery*. Chicago: University of Chicago Press.
- GOUGH, Ian (1979). *The Political Economy of the Welfare State*. London: Macmillan.
- GROSMAN, Lucas S. (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- GRUSKIN, Sofia, Michael A. GRODIN, George J. ANNAS, Stephen P. MARKS (eds.) (2005). *Perspectives on Health and Human Rights*. New York: Routledge.
- GUASTINI, Riccardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa. Citado por la traducción al castellano de Jordi FERRER. Título original: *Analisi e diritto, 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappicchelli, 1994.
- GUASTINI, Riccardo (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- GUTMANN, Amy (1983). «How Liberal is Democracy?», en Douglas MACLEAN y Claudia MILLS (eds.), *Liberalism Reconsidered*. Totowa: Rowman & Allanheld, pp. 25-50.
- GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON (1996). *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.
- HANDLER, Joel F. y Yeheskel HASENFELD (2007). *Blame Welfare, Ignore Poverty and Inequality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, H.L.A. (1955). «Are There Any Natural Rights?», *Philosophical Review* 64(2), pp. 175-191.
- HART, H.L.A. (1982a). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.

- HART, H.L.A. (1982b). «Legal Rights» en H.L.A. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 162-193.
- HART, H.L.A. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Citado por la traducción castellana de Genaro R. CARRIÓ. Título original: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HAYEK, Friedrich A. (1972). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- HAYEK, Friedrich A. (1973). *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- HAYSOM, Nicholas (1992). «Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights», *South African Journal on Human Rights* 8, pp. 451-463.
- HEES, Martin VAN (2012). «Rights, Goals, and Capabilities», *Politics, Philosophy & Economics*. Doi:10.1177/1470594X12447787.
- HERTEL, Shareen y Lanse MINKLER (eds.) (2007). *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HIEBERT, Janet L. (2006). «Parliamentary Bill of Rights: An Alternative Model?», *The Modern Law Review* 69(1), pp. 7-28.
- HIERRO, Liborio (2007). «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en Robert ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 163-222.
- HILBINK, Lisa (2008). «Assessing the New Constitutionalism», *Comparative Politics* 40(2), pp. 227-245.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- HOBBS, Thomas (1996 [1651]). *Leviathan*. Edición a cargo de Richard TUCK. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOHFELD, Wesley N. (1917). «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», *Yale Law Journal* 26(8), pp. 710-770.
- HOHFELD, Wesley N. (1991). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México D.F.: Editorial Fontamara. Citado por la traducción al castellano de Genaro R. CARRIÓ. Título original: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal* 23 (1913), pp. 16-59.
- HOLDEN, Barry (1993). *Understanding Liberal Democracy*. Hemel Hempstead: Harvester and Wheatsheaf.

- HOLMES, Stephen (1988). «Precommitment and the paradox of democracy», en Jon ELSTER y Rune SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 195-240.
- HOLMES, Stephen y Cass R. SUNSTEIN (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Co.
- HOOF, Godefridus J. H. VAN (1984). «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views», en Philip ALSTON y Katarina TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 97-110.
- HOOK, Sidney (1970). «Reflections on Human Rights», en Howard E. KIEFER y Milton K. MUNITZ (eds.), *Ethics and Social Justice*. New York: SUNY Press, pp. 252-281.
- HOROWITZ, Donald D. (1977). *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution.
- HUBER, Evelyne y John D. STEPHENS (2001). *Development and Crisis of the Welfare State. Parties and Policies in Global Markets*. Chicago: The University of Chicago Press.
- HUNT, Paul (1996). *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*. Aldershot: Dartmouth Publishing Co.
- HUSCROFT, Grant (2009). «Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory», en James B. KELLEY y Christopher P. MANFREDI (eds.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Charter of Rights and Freedoms*. Vancouver: University of British Columbia Press, pp. 50-65.
- IGLESIAS, Marisa (2000). «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa* 23, pp. 77-104.
- IGLESIAS, Marisa (2007). «Las causas de indeterminación del Derecho: una aproximación filosófica», *Cuadernos de Derecho Público* 28, pp. 55-82.
- IGNATIEFF, Michael (1986). *The Needs of Strangers. An Essay on Privacy, Solidarity, and the Politics of Being Human*. New York: Penguin Books.
- JACKMAN, Martha (1998). «The Protection of Welfare Rights Under the Charter», *Ottawa Law Review* 70, pp. 315-338.
- JACKMAN, Martha y Bruce PORTER (2008). «Canada: Socio-Economic Rights Under the Canadian Charter», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 209-229.
- JAMES, Susan (2003). «Rights as Enforceable Claims», *Proceedings of the Aristotelian Society* 103, pp. 133-147.

- JONES, Peter (1994). *Rights*. London: Macmillan.
- JOST, Timothy (2011). «Analyzing Judge Vinson's Opinion Invalidating the ACA», 1 de febrero, en *Health Affairs Blog*. Disponible en <http://healthaffairs.org/blog/2011/02/01/analyzing-judge-vinsons-opinion-invalidating-the-aca>.
- KAHANA, Tsvi (2001). «The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Chapter», *Canadian Public Administration* 44(3), pp. 255-270.
- KAHANA, Tsvi (2002). «Understanding the Notwithstanding Mechanism», *The University of Toronto Law Journal* 52(2), pp. 221-255.
- KAVANAGH, Aileen (2003). «Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron», *Law and Philosophy* 22(5), pp. 451-486.
- KELLEY, David (1998). *A Life of One's Own. Individual Rights and the Welfare State*. Washington: Cato Institute.
- KELSEN, Hans (1988). «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 109-155. Citado por la traducción al castellano de Juan RUÍZ. Título original: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger* (1928) 44, pp. 221-244.
- KELSEN, Hans (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos. Citado por la traducción castellana de Roberto BRIE. Título original: «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», *Die Justiz* (1931) 6, pp. 576-628.
- KELSEN, Hans (1998). *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Porrúa. Citado por la traducción castellana de Roberto J. VERNENGO. Título original: *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, zweite vollständig und erweiterte Auflage, 1960.
- KHOSLA, Madhav (2010). «Making social rights conditional: Lessons from India», *International Journal of Constitutional Law* 8(4), pp. 739-765.
- KING, Desmond S. y Jeremy WALDRON (1988). «Citizenship, Social Citizenship and the Defense of Welfare Provision», *British Journal of Political Science* 18(4), pp. 415-443.
- KING, Jeff (2008). «The Pervasiveness of Polycentricity», *Public Law*, pp. 101-124.
- KING, Jeff (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KLEIN, Alana (2008). «Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights», *Columbia Human Rights Law Review* 39(2), pp. 351-422.

- KLIEMT, Hartmut (1993). «On Justifying a Minimum Welfare State», *Constitutional Political Economy* 4(2), pp. 159-172.
- KNIGHT, Jack y James JOHNSON (2011). *The Priority of Democracy. Political Consequences of Pragmatism*. New York: Princeton University Press.
- KORSGAARD, Kristine (1996). «Two Distinctions in Goodness», *Philosophical Review* 92(2), pp. 169-195.
- KOTHARI, Jayna (2007). «Social Rights Litigation in India», en Daphne BARAK-EREZ y Aeyal M. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 171-192.
- KRAMER, Matthew H., N. E. SIMMONDS, Hillel STEINER (1998). *A Debate Over Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- KRAMER, Larry D. (2001). «Foreword: We the Court», *Harvard Law Review* 115(1), pp. 5-169.
- KYMLICKA, Will y Wayne J. NORMAN (1992). «The Social Charter Debate: Should social justice be constitutionalized?», *Network Analyses: Analyses N^o 2*, Ottawa: Network on the Constitution, pp. 2-16.
- LAFONT, Cristina (2003). «Justice and Legitimacy. The Intricate Relation of Morality to Politics», en M. HERRERA y P. DE GREIF (eds.), *Razones de la justicia. Homenaje a Thomas McCarthy*. México D.F.: UNAM.
- LANGFORD, Malcolm (2008a) (ed.). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LANGFORD, Malcolm (2008b). «From Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3-45.
- LAPORTA, Francisco J. (1987). «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa* 4, pp. 23-46.
- LAPORTA, Francisco J. (2001). «El ámbito de la Constitución», *Doxa* 24, pp. 459-483.
- LAPORTA, Francisco J. (2004). «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en Jerónimo BETEGÓN, Francisco LAPORTA, Juan R. DE PÁRAMO y Luis PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 297-325.
- LENTA, Pablo (2004a). «Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review», *South African Journal on Human Rights* 20, pp. 1-31.
- LENTA, Pablo (2004b). «Judicial Restraint and Overreach», *South African Journal on Human Rights* 20, pp. 544-576.

- LEVY, Leonard (1988). *Original Intent and the Framers' Constitution*. New York: Macmillan.
- LIEBENBERG, Sandra (1997). «Needs, Rights and Transformations: The Adjudication of Social Rights in South Africa», en Terry LOVELL (ed.), *(Mis)Recognition, Social Inequality and Social Justice: Nancy Fraser and Pierre Bourdieu*. London: Routledge.
- LIEBENBERG, Sandra (2001). «The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 55-84.
- LIEBENBERG, Sandra (2005). «The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights», *South African Journal on Human Rights* 21, pp. 1-31.
- LIEBENBERG, Sandra (2008). «South Africa», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 75-101.
- LINARES, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- LIU, Goodwin (2008). «Rethinking Constitutional Welfare Rights», *Stanford Law Review* 61(2), pp. 203-270.
- LOCKE, John (1988 [1690]). *Two Treatises of Government*. Edición a cargo de Peter LASLETT. Cambridge: Cambridge University Press.
- LONBAY, Julian (1992). «Implementing the Right to Education in England», en Ralph BEDDARD y Dilys M. HILL (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. Progress and Achievement*. London: Macmillan, pp. 163-183.
- LÓPEZ-GUERRA, Claudio (2011) «The Enfranchisement Lottery», *Politics, Philosophy & Economics* 10(2), pp. 211-233
- LOVETT, Frank (2010). *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- LYONS, David (1970). «The Correlativity of Rights and Duties», *Noûs* 1(4), pp. 45-55.
- LYONS, David (1994). «Introduction», en David LYONS, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 3-22.
- MACCORMICK, Neil (1976). «Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 62, pp. 305-316.
- MACCORMICK, Neil (1982). *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press.
- MACINTYRE, Alasdair (1981). *After Virtue: A Study in Moral Theory*. London: Duckworth.

- MACPHERSON, C.B. (1973). *Democratic Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MANIN, Bernard (1987). «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory* 15(3), pp. 338-368.
- MANTOUVALOU, Virginia (2011). «In Support of Legalization», en Conor GEARTY y Virginia MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*. Oxford: Hart Publishing, pp. 85-171.
- MARMOR, Theodore, Jonathan OBERLANDER, y Joseph WHITE (2009). «The Obama Administration's Options for Health Care Cost Control: Hope Versus Reality», *Annals of Internal Medicine* 150(7), pp. 485-489.
- MARSHALL, Thomas H. (1998). «Ciudadanía y clase social», en Thomas H. MARSHALL y Thomas BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial, 13-82. Citado por la traducción al castellano de Pepa LINARES. Título original: *Citizenship and Social Class*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- MARTÍ, José Luis (2005). «The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance», en Luc WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*. Aldershot: Ashgate, pp. 259-281.
- MARTÍ, José Luis (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- MARTÍ, José Luis (2008). «Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino», en Marcelo ALEGRE, Roberto GARGARELLA, Carlos F. ROSENKRANTZ (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, pp. 307-323.
- MARX, Karl (1996 [1891]). «*Critique of the Gotha Programme*», en Terrell CARVER (ed.), *Marx: later political writings*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 208-226.
- MAY, Kenneth (1952). «A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision», *Econometrica* 20(4), pp. 680-684.
- MCBRIDE, Cillian (2012). «Democratic Participation, Engagement and Freedom», *The British Journal of Politics and International Relations*. Doi: 10.1111/j.1467-856X.2012.00516.x.
- MCNAMARA, Paul (2010). «Deontic Logic», en Edward N. ZALTA (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/logic-deontic/>.
- MEIKLEJOHN, Alexander (1948). *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. New York: Harper Brothers Publishing.
- MICHELMAN, Frank I. (1969). «Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review* 83, pp. 7-59.

- MICHELMAN, Frank I. (1988). «Law's Republic», *Yale Law Journal* 97(8), pp. 1493-1537.
- MICHELMAN, Frank I. (1989). «Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*», en Norman DANIELS (ed.): *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' 'A Theory of Justice'*. Stanford: Stanford University Press, pp. 319-347.
- MICHELMAN, Frank I. (2003). «Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law», en Samuel FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 394-425.
- MILBRATH, L. (1965). «Political Participation: How and Why Do People Get Involved in Politics?», Chicago: Rand McNally.
- MILL, John Stuart (1985 [1861]). *Del gobierno representativo*. Madrid: Tecnos. Citado por la traducción al castellano de Marta C.C. de ITURBE. Título original: *Considerations on Representative Government*. London: Parker, Son & Bourn, West Strand.
- MILLER, David (1976). *Social Justice*. Oxford: Clarendon Press.
- MILLER, David (1999). *Principles of Social Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- MONTGOMERY, Jonathan (1992). «Recognizing a Right to Health», en Ralph BEDDARD y Dilys M. HILL (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. Progress and Achievement*. London: Macmillan, pp. 184-203.
- MOORE, Michael S. (2002). «Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation», en Jeffrey D. GOLDSWORTHY y Tom D. CAMPBELL (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*. Aldershot: Dartmouth Publishing Co.
- MORESO, José Juan (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORESO, José Juan (2000a). «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa* 23, pp. 105-118.
- MORESO, José Juan (2000b). «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones* 1, pp. 15-52.
- MORESO, José Juan (2009). *La constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, José Juan y José Luis MARTÍ (2003). «La constitucionalización del principio de la diferencia», en *John Rawls. Estudios en su memoria. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso* 47, pp. 545-574.
- MORESO, José Juan y José María VILAJOSANA (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

- MULGAN, Richard G. (1968). «The Theory of Human Rights», en K. J. KEITH (ed.), *Essays on Human Rights*. Wellington: Sweet & Maxwell, pp. 19-35.
- MUÑOZ, José (2000). *El derecho a una vivienda digna y adecuada: eficacia y ordenación administrativa*. Madrid: Editorial Colex.
- MURALIDHAR, S. (2008). «India: The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 102-124.
- MUREINIK, Etienne (1992). «Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution», *South African Journal on Human Rights* 8, pp. 464-474.
- MURPHY, Liam B. (1998). «Institutions and the Demands of Justice», *Philosophy & Public Affairs* 27(4), pp. 251-291.
- MURPHY, Liam B. (2000). *Moral Demands in Nonideal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- NAGEL, Thomas (1987). «Moral Conflict and Political Legitimacy», *Philosophy and Public Affairs* 16(3), pp. 215-240.
- NEUFELD, Blain (2011). «Reasonable Disagreement», en Deen K. Chatterjee (ed.), *Encyclopedia of Global Justice*. Dordrecht: Springer, pp. 260-262.
- NEWMAN, Anne (2012). «A Democratic Framework for Educational Right», *Educational Theory* 62(1), pp. 7-23.
- NICKEL, James W. (2005). «Poverty and Rights», *The Philosophical Quarterly* 55(220), 385-402.
- NINO, Carlos S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Editorial Ariel.
- NINO, Carlos S. (1992). «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», *Cardozo Law Review* 14(3/4), pp. 799-846.
- NINO, Carlos S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa. Citado por la traducción al castellano de Roberto P. SABA. Título original: *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- NINO, Carlos S. (2000). «Sobre los derechos sociales», en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México D.F.: UNAM, pp. 137-143.
- NOZICK, Robert (1974). *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books.
- NUSSBAUM, Martha C. (2001). «Adaptive Preferences and Women's Options», *Economics and Philosophy* 17(1), pp. 67-88.

- NUSSBAUM, Martha C. (2003). «Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice», *Feminist Economics* 9(2-3), pp. 33-59.
- NUSSBAUM, Martha C. y Amartya K. SEN (eds.) (1993). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press.
- O'NEILL, Onora (1996). *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ORUNESU, Claudina (2012). *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.
- ORUNESU, Claudina, Jorge L. RODRÍGUEZ y Germán SUCAR (2001). «Inconstitucionalidad y derogación», *Discusiones* 2, pp. 11-58.
- OSIATYNSKI, Wiktor (1996). «Social and Economic Rights in a New Constitution for Poland», en Andras SAJO (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application*. The Hague: Kluwer Law International, pp. 233-246.
- PATEMAN, Carole (2003). «Freedom and Democratization: Why Basic Income is to be Preferred to Basic Capital», en Keith DOWDING, Jurgen DE WISPELAERE y Stuart WHITE (eds.), *The Ethics of Stakeholding*. New York: Palgrave Macmillan, pp. 130-148.
- PATEMAN, Carol (2004). «Democratizing Citizenship: Some Advantages of a Basic Income», *Politics & Society* 32(1), pp. 89-105.
- PENNER, James E. (2000). *The Idea of Property in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- PEREIRA-MENAULT, A. C. (1988). «Against Positive Rights», *Valparaiso Law Review* 22, pp. 359-383.
- PETER, Fabienne (2010). «Political Legitimacy», en Edward N. ZALTA (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition)*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/legitimacy/>.
- PETTIT, Philip (1997). *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, Philip (1999). «Republican Freedom and Contestatory Democratization», en Ian SHAPIRO y Casiano HACKER-CORDÓN (eds.), *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 163-190.
- PETTIT, Philip (2001). *A Theory of Freedom*. Cambridge: Polity Press.
- PETTIT, Philip (2012). *On the People's Terms. A Republican Philosophy of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PEZZINI, Bárbara (2001). *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociale*. Milano: Dott. A. Giuffrè.

- PIETERSE, Marius (2004). «Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights», *South African Journal on Human Rights* 20, pp. 383-417.
- PIETERSE, Marius (2006). «Resuscitating Socio-Economic Rights: Constitutional Entitlements to Health Care Services», *South African Journal on Human Rights* 22, pp. 473-502.
- PIETERSE, Marius (2007). «Indirect Horizontal Application of the Right to have Access to Health Care Services», *South African Journal on Human Rights* 23, pp. 157-179.
- PIETERSE, Marius (2009). «Relational Socio-Economic Rights», *South African Journal on Human Rights* 25, pp. 198-217.
- PINTORE, Anna (2001). «Derechos insaciables», en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.) (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 243-265.
- PIRETTI, María Serena (2006). «¿A quién representar, qué representar? Una mirada a través de la Europa del siglo XIX», *Ayer* 61(1), pp. 189-211.
- PISARELLO, Gerardo (2003). *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Editorial Icaria.
- PISARELLO, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.
- POGGE, Thomas (2002). *World Poverty and Human Rights*. Cambridge: Polity Press.
- POLANYI, Michael (1951). *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*. Chicago: University of Chicago Press.
- PRATT, David y Alicia OUELLETTE (2007). «Health Care Reform: A Guide to Current Events», *Bioethics Forum*, 22 de febrero. Disponible en: <http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum>.
- PRIETO, Luis (1995). «Los derechos sociales y el principio de igualdad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 22, pp. 9-57.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS, John (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RAWLS, John (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press.
- RAWLS, John (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Harvard: Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS, John (2005). *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press.
- RAZ, Joseph (1984a). «On the Nature of Rights», *Mind* 93(370), pp. 194-214.

- RAZ, Joseph (1984b). «Legal Rights», *Oxford Journal of Legal Studies* 4(1), pp. 1-21.
- RAZ, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (1994). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- RAZ, Joseph (1998). «Disagreement in Politics», *The American Journal of Jurisprudence* 43, pp. 25-52.
- READER, Soran y Gillian BROCK (2004). «Needs, Moral Demands, and Moral Theory», *Utilitas* 16(3), pp. 251-266.
- REGAN, Tom (1985). «The Case for Animal Rights», en Peter SINGER (ed.) *In Defense of Animals*. Oxford: Basil Blackwell, pp. 13-26.
- RIKER, William H. (1982). *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*. San Francisco: W.H. Freeman.
- RITTICH, Kerry (2007). «Social Rights and Social Policy. Transformations on the International Landscape», en Daphne BARAK-EREZ y Aeyal M. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 107-134.
- ROACH, Kent (2008). «The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 46-58.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. (2006). «¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?», *Discusiones* 6, pp. 109-166.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. y Daniel E. VICENTE (2009). «Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional», *Doxa* 32, pp. 177-204.
- ROEMER, John E. (1999). «Does Democracy Engender Justice?», en Ian SHAPIRO y Casiano HACKER-CORDÓN (eds.), *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 56-68.
- ROSS, Alf (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba. Citado por la traducción castellana de Genaro CARRIÓ. Título original: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons, 1958.
- ROSSEN, Keith S. (1974). «Judicial Review in Latin American», *Ohio State Law Journal* 35(4), pp. 785-1027.

- ROSSI, Julieta (2003). «El Colapso del Sistema de Salud», *Derechos Humanos en la Argentina, Informe 2002-2003 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- ROTHBARD, Murray N. (1970). *Power and Market: Government and the Economy*. Alabama: Ludwig von Mises Institute.
- RUBIO, Francisco (1997). «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», estudio preliminar en Francisco RUBIO y Mariano DARANAS (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Editorial Ariel, XI-XXVII.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994). «Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa* 15-16(II), pp. 651-674.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2000). «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa* 23, 145-160.
- SADURSKI, Wojciech (2002). «Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies* 22, pp. 275-299.
- SADURSKI, Wojciech (2005). *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer.
- SAGER, Lawrence (1998). «The Domain of Constitutional Justice», en Larry ALEXANDER (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 235-270.
- SAGÜES, Néstor P. (1983). *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- SALGUERO, Manuel (2004). «El derecho a la educación», en Jerónimo BETEGÓN, Francisco LAPORTA, Juan R. DE PÁRAMO y Luis PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 795-817.
- SALMOND, John William (1957). *Salmond on Jurisprudence*. Edición a cargo de G. WILLIAMS. London: Sweet & Maxwell.
- SANDEL, Michael (1984). *Liberalism and Its Critics*. Oxford: Oxford University Press.
- SANDEL, Michael J. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa. Citado por la traducción castellana de María Luz MELON. Título original: *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SASTRE, Santiago (2001). «Hacia una teoría exigente de los derechos sociales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 112, pp. 253-270.
- SAUNDERS, Ben (2010). «Democracy, Political Equality, and Majority Rule», *Ethics* 121, pp. 148-77.

- SAUNDERS, Ben (2012) «Combining Lotteries and Voting», *Politics, Philosophy & Economics*. Doi:10.1177/1470594X11416783.
- SAWARD, Michael (1994). «Democratic Theory and Indices of Democratization», en David BEETHAM (ed.), *Defining and Measuring Democracy*. London: Sage, pp. 6-24.
- SCANLON, Thomas M. (1972). «A Theory of Freedom of Expression», *Philosophy and Public Affairs* 1(2), pp. 204-226.
- SCANLON, Thomas M. (1975). «Preferences and Urgency», *The Journal of Philosophy* 72(19), pp. 655-669.
- SCANLON, Thomas M. (1998). *What We Owe to Each Other*. Harvard: Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHAUER, Frederick (1994). «Judicial Review of the Devices of Democracy», *Columbia Law Review* 94, pp. 1326-1347.
- SCHEININ, Martin (2001). «Economic and Social Rights as Legal Rights», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 29-54.
- SCHNEIDERMAN, David (1992). «The Constitutional Politics of Poverty», en Joel BAKAN y David SCHNEIDERMAN (eds.), *Social Justice and the Constitution. Perspectives on a Social Union for Canada*. Ottawa: Carleton University Press.
- SCHUMPETER, Joseph (2003 [1943]). *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Taylor & Francis.
- SCHUPPERT, Fabian (2013). «Distinguishing Basic Needs and Fundamental Interests», *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 16(1), pp. 24-44.
- SCOTT, Craig y Patrick MACKLEM (1992). «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantee? Social Rights in a New South African Constitution», *University of Pennsylvania Law Review* 141(1), pp. 1-148.
- SEBOK, A. J. (1996-1997). «The Insatiable Constitution», *Southern California Law Review* 70, pp. 417-471.
- SELEME, Hugo (2004). *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*. Madrid: Marcial Pons.
- SELEME, Hugo (2005). «Legitimidad política, justicia y globalización», en *Portal de la Universidad Torcuato di Tella*, Escuela de derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.utdt.edu>, pp. 46-55.
- SELEME, Hugo (2006). «Participación política, legitimidad e injusticia económica y social», *Discusiones* 6, pp. 167-207.

- SELEME, Hugo (2007). «El peso del deber de asistencia a pueblos foráneos frente a las exigencias de justicia doméstica», *Diánoia* 59 (LII), pp. 97-126.
- SELEME, Hugo (2009). «Derechos sociales y legitimidad política». Inédito.
- SEN, Amartya K. (1982). «Rights and Agency», *Philosophy and Public Affairs* 11(1), pp. 3-39.
- SEN, Amartya K. (1985). *Commodities and Capabilities*. Amsterdam: North Holland.
- SEN, Amartya K. (1992). *Inequality Re-Examined*. Oxford: Clarendon Press.
- SENGUPTA, Arjun (2010). «Human Rights and Extreme Poverty», *Economic & Political Weekly*, XLV(17), pp. 85-93.
- SEPÚLVEDA, Magdalena (2008). «Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 144-162.
- SHAPIRO, Ian (1994). «Three Ways to be a Democrat», *Political Theory* 22(1), pp. 124-151.
- SHUE, Henry (1979). «Rights in the Light of Duties», en Peter G. BROWN y Douglas MACLEAN (eds.), *Human Rights and U.S. Foreign Policy: Principles and Applications*. Lexington: Lexington Books, pp. 65-83.
- SHUE, Henry (1996). *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2^o edición actualizada.
- SIEGHART, Paul (1985). *The Lawful Rights of Mankind*. Oxford: Oxford University Press.
- SIMMONDS, N. E. (1998). «Rights at the Cutting Edge», en KRAMER, Matthew H., N. E. SIMMONDS y Hillel STEINER, *A Debate Over Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 113-232.
- SIMMONS, A. John (1999). «Justification and Legitimacy», *Ethics* 109(4), pp. 739-771.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (2003). «Weak and Strong Judicial Review», *Law and Philosophy* 22(3-4), pp. 381-392.
- SOSS, Joe (2005). «Making Clients and Citizens: Welfare Policy as a Source of Status, Belief, and Action», en Anne L. SCHNEIDER y Helen M. INGRAM (eds.), *Deserving and Entitled. Social Constructions and Public Policy*. New York: State University of New York Press, pp. 291-328.
- SPECTOR, Horacio (2003). «Judicial Review, Rights, and Democracy», *Law and Philosophy* 22(3-4), pp. 285-334.
- STEINER, Hillel (1977). «The Structure of a Set of Compossible Rights», *The Journal of Philosophy* 74(12), pp. 767-775.

- STRAWSON, Peter F. (1997). *Análisis y Metafísica. Una introducción a la filosofía*, Barcelona, Ediciones Paidós. Citado por la traducción castellana de Nieves GUASCH. Título original: *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1992.
- STURM, Susan P. (1991). «A Normative Theory of Public Law Remedies», *Georgetown Law Journal* 79, pp. 1355-1446.
- SUCAR, Germán (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- SUMNER, L.W. (1987). *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (1985). «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review* 38(1), pp. 29-87.
- SUNSTEIN, Cass R. (1992). «Something Old, Something New», *East European Constitutional Review* 19(1), pp. 18-21.
- SUNSTEIN, Cass R. (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (2001). *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (2004). *The Second Bill of Rights. FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need it More than Ever*. New York: Basic Books.
- SZYSZCZAK, Erika (2001). «Social Policy», *International and Comparative Law Quarterly* 50(1), pp. 176-186.
- TAYLOR, Charles (1985). «Atomism», en *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 187-209.
- THOMSON, Garrett (1987). *Needs*. London: Routledge & Kegan Paul.
- TIMONEN, Virpi (2003). *Restructuring the Welfare State: Globalization and Social Policy Reform in Finland and Sweden*. Willinston, VT: Edward Elgar.
- TOMASEVSKI, Katarina (2001). «Indicators», en Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE y Allan ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 531-543.
- TOMASI, John (2012). *Free Markets Fairness*. Princeton: Princeton University Press.
- TORBISCO, Neus (2000). *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.
- TRUJILLO, Isabel (2000). «La questione dei diritti sociali», *Ragion Pratica* 14, pp. 43-63.
- TUSHNET, Mark (2004a). «Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review», *Texas Law Review* 82, pp. 1895-1919.

- TUSHNET, Mark (2004b). «Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures», *New Zealand Journal of Public & International Law* 2, pp. 7-24.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- TUSHNET, Mark (2009). «Against Judicial Review», *Harvard Law Working Paper Series*, Paper Nº 09-20. Disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1368857>.
- TUSHNET, Mark (2010). «How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review», *Oxford Journal of Legal Studies* 30(1), pp. 49-70.
- VAN DUFFEL, Siegfried (2012). «The Nature of Rights Debate Rests on a Mistake», *Pacific Philosophical Quarterly* 93(1), pp. 104-123.
- VAN PARIJS, Philippe (1995). *Real Freedom for All: What (if anything) Can Justify Capitalism*. Oxford: Clarendon Press.
- VANOSI, Jorge R. (1983). *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba.
- VIERDAG, Egbert W. (1978). «The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Netherlands Yearbook of International Law* IX, pp. 69-105.
- VILLIERS, Bertus DE (1992a). «Directive Principles of State Policy and Fundamental Rights: The Indian Experience», *South African Journal on Human Rights* 8, pp. 29-49.
- VILLIERS, Bertus DE (1992b). «The Socio-Economic Consequences of Directive Principles of State Policy; Limitations on Fundamental Rights», *South African Journal on Human Rights* 8, pp. 188-199.
- WALDRON, Jeremy (ed.) (1984a). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy (1984b). «Introduction», en Jeremy WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1-20.
- WALDRON, Jeremy (1987). «Non Sense Upon Stilts': Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. London: Methuen.
- WALDRON, Jeremy (1988). *The Right to Private Property*. Oxford: Clarendon Press.
- WALDRON, Jeremy (1989). «Rights in Conflict», *Ethics* 99(3), pp. 503-519.
- WALDRON, Jeremy (1993a). «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies* 13(1), pp. 18-51.
- WALDRON, Jeremy (1993b). *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press.

- WALDRON, Jeremy (1993c). «Welfare and the Images of Charity», en Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 225-249.
- WALDRON, Jeremy (1993d). «John Rawls and the Social Minimum», en Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 250-270.
- WALDRON, Jeremy (1993e). «Homelessness and the Issue of Freedom», en Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 309-338.
- WALDRON, Jeremy (1993f). «Rights and Majorities Rousseau Revisited», en Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 392-421.
- WALDRON, Jeremy (1994). «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review* 82(3), pp. 509-540.
- WALDRON, Jeremy (1998). «Judicial Review and the Conditions of Democracy», *Journal of Political Philosophy* 6(4), pp. 335-355.
- WALDRON, Jeremy (2000). «The Role of Rights in Practical Reasoning: “Rights” versus “Needs”», *The Journal of Ethics* 4(1/2), pp. 115-135.
- WALDRON, Jeremy (2004a). «The Rule of Law as a Theatre of Debate», en Justine BURLEY (ed.), *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell, pp. 319-336.
- WALDRON, Jeremy (2004b). «Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators», en Grant HUSCROFT y Ian BRODIE (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. Toronto: LexisNexis Butterworths, pp. 7-47.
- WALDRON, Jeremy (2005a). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. Citado por la traducción castellana de José Luis MARTÍ y Águeda QUIROGA. Título original: *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy (2005b). «Compared to What? - Judicial Activism and the New Zealand Parliament», *New Zealand Law Journal*, pp. 441-445.
- WALDRON, Jeremy (2006a). «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal* 115(6), pp. 1346-1406.
- WALDRON, Jeremy (2006b). «Disagreement and Response», *Israel Law Review* 39(3), pp. 50-68.
- WALDRON, Jeremy (2010a). «Socioeconomic Rights and Theories of Justice», *NYU School of Law, Public Law Research*, Paper N^o 10-79. Disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1699898>.

- WALDRON, Jeremy (2010b). «A Majority in the Lifeboat», *Boston University Law Review* 90, pp. 1043-1057.
- WALZER, Michael (1981). «Philosophy and Democracy», *Political Theory* 9(3), pp. 379-399.
- WALZER, Michael (1983). *Spheres of Justice*. New York: Basic Books.
- WATSON, Philippa (2008). «European Court of Justice: Creative Responses in Uncharted Territory», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 453-474.
- WEALE, Albert (2007). *Democracy*. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan.
- WELLMAN, Carl (1982). *Welfare Rights*. New Jersey: Roman & Allanheld.
- WESSON, Murray (2012). «Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights», *Human Rights Law Review* 12(2), pp. 221-253.
- WEST, Robin (2009). «The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution», en Jack M. BALKIN y Reva B. SIEGEL (eds.), *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, pp. 79-91.
- WHITE, Alan R. (1984). *Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- WIGGINS, David (1987). *Needs, Value, Truth: Essays in the Philosophy of Value*. Oxford: Blackwell.
- WIGGINS, David (1998). «What is the Force of the Claim that One Needs Something?», en Gilian BROCK (ed.). *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield, pp. 33-56.
- WIGGINS, David (2005). «An Idea We Cannot do Without», en Soran READER (ed.), *The Philosophy of Need*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 25-50.
- WILLE, Anchrit (1994). *The Accidental Activist. Potential Political Participation in the Netherlands*. Amsterdam: University of Amsterdam Press.
- WOODS, J.M. (2003). «Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm», *Texas International Law Journal* 38, pp. 763-793.
- WRIGHT, Georg Henrik VON (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos. Citado por la traducción al castellano de Pedro GARCÍA FERRERO. Título original: *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.
- WRIGHT, Georg Henrik VON (1976). *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Citado por la traducción castellana. Título original: *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam: Societas Philosophica Fennica-Helsinki, 1968.

- YAMIN, Alicia Ely (ed.) (2006a). *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. México D.F.: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo.
- YOUNG, Katharine G. (2008). «The Minimum Core of Economic and Social Rights», *Yale Journal of International Law* 33(1), pp. 113-175.
- YOUNG, Katharine G. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- ZIMMERLING, Ruth (2004). «Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar. Contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico», *Isonomía* 20, pp. 83-99.
- ZIMMERMAN, Michael J. (1996). *The Concept of Moral Obligation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZOLO, Danilo (1994). «La strategia della cittadinanza», en Danilo ZOLO y Luca BACCELLI (ed.), *La cittadinanza: Appartenenza, Identità, Diritti*. Roma: Laterza.
- ZOLO, Danilo (2001). «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 75-104.