

¿EXISTEN DERECHOS SOCIALES?

F Atria*

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

La historia con la que quiero empezar es suficientemente conocida. Durante el siglo XVII, culminando el siglo XVIII, la burguesía empezó a demandar de modo cada vez más categórico el reconocimiento de ciertos bienes que eran para ella especialmente importantes. El modo en que esa demanda fue formulada fue a través de una exigencia de que ciertos *derechos* fueran reconocidos. Esos derechos aseguraban a la burguesía fundamentalmente protección frente a la arbitrariedad de lo político, ante la voracidad del *Leviathan*. El reconocimiento de estos derechos fue paulatino, pero hacia fines del siglo XVIII la lucha ideológica por establecerlos como bienes a los que las personas tenían título legítimo había sido ganada: sobre la base del reconocimiento de estos derechos, llamados ‘civiles y políticos’ fue que se estructuró el concepto de estado de derecho. En efecto, las dos notas centrales del estado de derecho, el *principio de distribución* conforme al cual la libertad de los individuos es anterior al Estado y por lo tanto en principio ilimitada, mientras que la facultad del Estado para invadirla es en principio limitada, y el *principio de organización*, conforme al cual el poder del estado es desmembrado en diversos órganos, se explican y justifican por la necesidad de crear estructuras institucionales que aseguren el goce de esos derechos ‘naturales’¹.

Los derechos de ésta, que después fue llamada “primera” generación, irrumpieron históricamente de la mano de la revolucionaria idea de que lo político era una asociación no natural, es decir, una asociación constituida por seres humanos de modo artificial². Los derechos era aquello que los individuos constituyentes de lo político detentaban antes de esa constitución, y que en definitiva justificaba la idea misma de constituir la comunidad política³. Por tanto, los derechos fueron concebidos originalmente como derechos del *individuo* en contra de la comunidad. “En contra” aquí tiene un doble sentido: por una parte, eran derechos en contra de la comunidad porque ya constituida ésta, la principal amenaza para los derechos ya no era el ataque de otros individuos (neutralizar *esa* amenaza era la finalidad del contrato constitutivo), sino el Leviathan recién constituido. Por otra parte, porque los individuos constituyentes (contratantes) eran en algún sentido acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba.

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

* Licenciado en Derecho, Universidad de Chile (1994); PhD (University of Edinburgh, 1999); Profesor de Derecho, Universidad de Talca. Gracias a Rodrigo Soto por su disponibilidad a examinar una y otra vez muchas de las cuestiones discutidas en este artículo, que es también parte de un proyecto mayor en ejecución que se ha beneficiado del apoyo dado por FONDECYT (proyecto 1010461).

Este texto ha sido preparado para su presentación en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, a realizarse el día 24, 25 Y 26 de octubre de 2002. La versión presentada en la conferencia será ligeramente distinta a la presente, pero los cambios no afectarán sustancialmente el argumento.

¹ Sobre las dos notas del estado de derecho, véase Schmitt, C: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; ed orig 1927),

² En efecto, como sostenía H Arendt, “la importancia que aún hoy [la idea de el estado de naturaleza] conserva se debe al reconocimiento de que la esfera política no nace automáticamente del hecho de la convivencia y de que se dan acontecimientos que, pese a producirse en un contexto estrictamente histórico, no son auténticamente políticos e incluso puede que no tengan que ver con la política [...] En efecto, la hipótesis de un estado de naturaleza implica la existencia de un origen que está separado de todo lo que le sigue como por un abismo insalvable”. Arendt, H: *Sobre la Revolución* (Madrid: Alianza, 1988; ed orig ?), pp. 19-20.

³ Cf. Schmitt, *op. cit.* en n. 1, p. 167: “la declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad”.

Derechos sociales: entre liberalismo y socialismo

Pero a esta visión liberal una visión alternativa le saldría al paso: una que luego reaparecería en los escritos de Marx para constituir una de las características centrales de una teoría crítica del derecho.

De acuerdo a esta visión alternativa, que uno podría en rigor llamar socialista, el acto constitutivo de lo político crea una comunidad cuyo valor reside no en la protección que ofrece contra la agresión de terceros, sino en que posibilita una forma de vida más propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros

substituyendo en su conducta el instinto por la justicia, y dando a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo se ve forzado a obrar por otros principios y a consultar su razón antes que escuchar sus inclinaciones⁴.

En la visión liberal son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El estado es utilizado como un instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales. Las obligaciones de los demás (incluido el estado) y los derechos del agente son correlativos, pero la prioridad normativa corresponde a los derechos⁵.

En la visión socialista la comunidad es valiosa porque permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, porque dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la *solidaridad*. La idea de solidaridad, capturada comunitariamente en el lema ‘de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades’ (que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués⁶) es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella

implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar pretensiones en conflicto y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de auto-negación que subyace al encuentro de la solidaridad⁷.

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

Era *unilateral*, porque miraba al individuo aislado de la comunidad y dejaba fuera de consideración al individuo situado. La lista de derechos con que los liberales dotaban al individuo era una que quedaba definida naturalmente, sin que la existencia de la comunidad política fuera relevante en ningún sentido. Por supuesto, como hemos visto, los revolucionarios burgueses creían que los derechos eran relevantes para la asociación política porque la protección de los mismos fijaba su única finalidad legítima, pero el hecho de vivir en comunidad no era fuente de ‘derecho’ alguno. Esto no era casual, porque si los derechos fueran concebidos como derechos del ciudadano situado ellos ya no sería posible hablar de la verdad autoevidente de que ‘para proteger esos derechos los hombres instituyen gobiernos’⁸.

Era *formalista*, porque enfatizaba la importancia de las condiciones formales para el ejercicio de la libertad y la búsqueda de la felicidad sin pronunciarse acerca de la importancia de las condiciones sustantivas.

⁴ Rousseau, J.J.: *El Contrato Social*, libro I.8.

⁵ Alguna razón (que él no hace explícita) lleva a F. Laporta a sostener la extraña idea de que la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes implica “forzosamente” la prioridad justificatoria de los deberes. Pro la tesis de la correlatividad consiste solamente en la idea de que los derechos son correlativos a los deberes. Es curioso que Laporta no haya notado que la tesis de la correlatividad es tan compatible con la idea de que “la expresión ‘tener un derecho’ significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de ‘derecho’ es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de ‘deber’” (Laporta, F: “Sobre el concepto de derechos humanos”, en 4 *DOXA* (1987), p. 25) como lo es con la idea contraria. Sobre lo que él denomina ‘el axioma de la correlatividad’ véase el lúcido análisis de Kramer, M: “Rights without trimmings” en Kramer, Simmonds y Steiner, *A Debate on Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 7-111, especialmente pp. 24-49.

⁶ Marx, *Critique of the Gotha Program*, en Marx, *Later Political Writing* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996; ed orig 1875), p. 215.

⁷ Christodoulidis, E: "The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger", en 59 *Modern Law Review* (1996), pp.377-397, aquí p. 381.

⁸ Declaración de independencia, 1776.

Pero las interferencias de los otros son simplemente una de las causas de los límites a la libertad. Notoriamente, la carencia de recursos es otra causa.

Es importante notar que estas dos características del pensamiento liberal están conectadas entre sí: es precisamente el unilateralismo lo que permite rechazar el cargo de formalismo. Los derechos que hoy llamamos de ‘primera’ generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de esos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo: al determinar quien tiene derecho a qué estoy también determinando, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo; crucialmente, ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad, de modo que es posible, por ejemplo, cargar a todos de acuerdo a sus capacidades (a través de un sistema impositivo progresivo) con la obligación de satisfacer las necesidades cubiertas por los derechos sociales. En la medida en que los derechos cumplen la función de justificar la existencia del estado (es decir, en la medida en que ellos necesitan ser caracterizados con prescindencia de cualquier forma de asociación entre seres humanos, ellos sólo pueden ser los derechos naturales, derechos de esos que hoy llamamos de ‘primera’ generación.

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

Pero desde luego, a medida que la revolución empieza a desaparecer del horizonte y que el normal funcionamiento empieza a negar la memoria del momento fundacional, la distinción entre la forma de un derecho y su sustancia empieza a perder su contenido emancipador y comienza a ser percibida como opresiva. En efecto, para quienes no tenían acceso a un cierto nivel de bienestar material los derechos aparecían sólo en su aspecto pasivo: como imponiendo deberes de respeto a la libertad de otros. Pero no aparecían en su aspecto activo, porque no hay espacio para la libertad cuando uno está sujeto a la necesidad de la re-producción de la vida⁹. Esta idea aparece claramente en *La Internacional*:

La ley nos burla y el Estado
oprime y sangra al productor.
Nos da derechos irrisorios,
no hay deberes del señor.

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

A la unilateralidad y formalismo de la doctrina liberal de los derechos los socialistas respondieron formulando sus propias demandas en el mismo lenguaje. Parte importante de lo que quiero sostener en este artículo se relaciona con el modo en que debemos interpretar este paso, por lo que quiero detenerme aquí un momento. Más adelante sostendré que la idea comunitaria a la que el socialismo apela no es traducible a la lengua de los derechos. Quiero entonces explicar por qué, a mi juicio, ese fue el lenguaje elegido para formular ese ideal.

Una cuestión crucial en la idea de ‘derecho’, sobre la que deberemos volver más adelante, es que los derechos consisten en demandas especialmente importantes. Esta especial importancia radica en que los derechos sólo conocen como límites otros derechos: “el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”, dice la declaración francesa (art. 4). Por consiguiente, las demandas socialistas sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el

⁹ Este es un tema central en la obra de Hannah Arendt, que enfatiza la idea de que la libertad sólo es posible en público porque el espacio privado es el espacio de la reproducción de la vida, de la necesidad. Véase Arendt, H, *The Human Condition* (Chicago: The University of Chicago Press, 1998; ed orig 1958), pp. 36-37, 68-73, etc.

conflicto entre esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho (permitido) y no de derecho contra utilidad general (no permitido).

En efecto, si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, los liberales podrían fácilmente haber respondido que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir por los derechos. Al presentarlas como derechos, los liberales se veían enfrentados a un dilema, porque debían optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de ‘primera’ generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad ‘formal’, aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que esas libertades¹⁰.

Ahora podemos, entonces, entender la aparición de la ‘segunda’ generación de derechos frente a la primera: quien acepta la primera lo hace como un vacío gesto formal, a menos que acepte también la segunda. Y por eso haber logrado la incorporación de los derechos de segunda generación en un pie de igualdad con los de la primera debe ser considerado un triunfo del movimiento socialista, como lo ha sostenido Norberto Bobbio

una de las conquistas más clamorosas, aunque hoy empieza a ser discutida, de los movimientos socialistas que han sido identificados al menos hasta ahora con la izquierda, desde hace un siglo¹¹.

La idea aquí no es que a los liberales les importan sólo las libertades civiles y políticas y que a los socialistas les importan sólo los derechos sociales. Liberales y socialistas defienden los bienes detrás de ambas generaciones de derechos¹², pero la diferencia estriba en la razón por las que ellos son importantes en cada tradición. En la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés (porque ellos no dependen de sino anteceden a la comunidad) o, para expresarlo de una manera más elegante, en lo que Rawls llama el ‘mutuo desinterés’¹³. El liberalismo, en su variante ‘progresista’ acogió la idea de derechos sociales, pero para fundarlos debe recurrir a una concepción más amplia que lo común de auto-interés, un *enlightened* self-interest. Por eso, los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado¹⁴. En la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de un forma superior de comunidad, una en que cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades. La utopía marxiana hoy se no goza de buena salud, pero la idea de que es posible una forma de comunidad política que se estructure sobre la base de la cooperación y no de la competencia sigue siendo característica de la tradición socialista¹⁵.

Un paréntesis doméstico

Estas dos posiciones son, creo, claramente reconocibles en el debate político contemporáneo. En este punto necesitaré hacer algunas referencias más bien domésticas, pero lo que conozco de otros países me inclina a pensar que referencias similares podrían hacerse en ellos. Una de las reformas centrales del gobierno de centro-izquierda en Chile es la reforma al sistema de salud. Hoy éste es uno típicamente liberal: las prestaciones de salud se contratan a través de seguros privados, y quienes no pueden financiar las primas respectivas gozan de una atención pública gratuita (y de mucho más baja calidad, desde luego). Este sistema es típicamente liberal porque lo que hay detrás de la idea liberal de derecho a la salud no es una idea igualitaria, sino una especie de seguro, como hemos visto. El gobierno del presidente Lagos está impulsando una reforma que introduce elementos de solidaridad al sistema, en el sentido de que todos contribuyen y con eso se paga un número determinado de prestaciones que se garantizan a todos. Desde luego, la apelación a una forma distinta de comunidad no es demasiado evidente en la justificación de la reforma. La adhesión a estas formas comunitarias es, hoy, más una cuestión intuitiva de pertenencia a una tradición que auto-conciente. Pero la distinción trazada al final de

¹⁰ “Si los derechos fundamentales apuntan a lo que es fundamentalmente importante para el bienestar humano, no podemos excluir de su área los recursos materiales. En particular se ha dicho a menudo que, sin un mínimo de bienestar material, los derechos civiles y políticos tienen escaso valor y relevancia para los seres humanos” (Jones, P: *Rights* (Londres: MacMillan, 1994), p. 147.

¹¹ Bobbio, N: *Derecha e Izquierda* (Madrid: Taurus, 1996; ed orgn 1995), p. 151. Carl Schmitt, por su parte, denomina a los derechos sociales “derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales)”. Véase Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; ed orig 1927), p. 175.

¹² Como dice el mismo Bobbio: “¿Qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?” (*Idem*, p. 141).

¹³ Rawls, J: *Teoría de la Justicia*

¹⁴ Dworkin, *Sovereign Virtue*

¹⁵ Véase, sólo por mencionar algunos: Cohen, G A: *If You're Egalitarian, How Come You're so Rich?*; Singer

la sección anterior nos permite entender perfectamente las razones por las que liberales y socialistas favorecen sistemas distintos. Por eso asumiré, en lo que sigue, que hay dos posibles significados políticos para los derechos sociales: el liberal y el socialista. De lo que se trata es de ver cómo esos significados pueden expresarse en el debate político.

Derechos humanos y derechos subjetivos

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

En vez de hacer alusión a los derechos subjetivos que los individuos tienen o deben tener la noción política de *derechos* (humanos, naturales, etc) afirmaba que *ciertos* bienes (libertad, igualdad ante la ley, educación, protección de la salud, etc) eran *especialmente* importantes. Es perfectamente coherente utilizar el lenguaje de los derechos como lenguaje *político* y no jurídico. El sentido *político* de la expresión ‘x tiene derecho (humano, natural, etc) a Y’ puede perfectamente ser “un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a X el goce de Y”¹⁶. En consecuencia, es perfectamente posible que x goce de Y sin que la forma jurídica a través del cual se le garantice sea un *derecho subjetivo* a Y.

Pero esta última idea nada en contra del *Zeitgeist*. Hoy es común encontrarse con la idea de que o los derechos humanos no significan nada, o significan que los hombres por el hecho de ser tales de hecho gozan, o (en su versión más plausible) *deberían* gozar de los derechos humanos como derechos subjetivos reconocidos por el sistema jurídico. En otras palabras, hoy parece haber un consenso cada vez más extendido sobre la idea de que los derechos humanos son parasitarios respecto de los derechos subjetivos jurídicos, *en tanto se definen por su relación con éstos*. Esta idea, evidente como puede hoy parecernos, es relativamente nueva. De hecho, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de hecho, no fue una ley, sino una *declaración* sin efectos jurídicos propios¹⁷. En efecto, ¿cómo podría alguien tener derecho subjetivo a la *seguridad*? Lo mismo puede decirse de la declaración norteamericana, e incluso de la declaración universal de 1948. La declaración universal tenía por finalidad promover “una concepción común” de ellos que permitiera evitar “actos ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, de modo que, viviendo en “un mundo librados del temor y la miseria”, los hombres no se vieran “compelidos al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”¹⁸. Por eso lo que los pueblos del mundo hicieron fue *declarar* esos derechos, declaración que debe entenderse como un esfuerzo por hacer del mundo un lugar en que las barbaridades que habían ocurrido recientemente fueran menos probables. A mi juicio, para entender el sentido político de la declaración universal es necesario considerar el significado perlocucionario que los declarantes le asignaban.

Hoy, sin embargo, todo esto es rápidamente descartado como retórica política, “meras” declaraciones de principio, obligaciones “programáticas” que a nada obligan, *a menos que* los derechos declarados impliquen al menos la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y también en Europa del este¹⁹) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes, y quiero en lo que sigue comentar las consecuencias de este desplazamiento.

Los signos de los tiempos: legalismo

El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años. El problema no es (o no es *sólo*) que hoy sean tribunales los que decidan cuestiones que antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas. Esto de hecho ha ocurrido, pero adicionalmente se ha producido un cambio de valoración del derecho y su relación con la política. Hoy el derecho es visto como el *medium* de la acción política. Por supuesto, el derecho siempre estuvo relacionado con la política,

¹⁶ Véase Atria, F: “Legalismo, derechos y política”, en VVAA, *Derechos Fundamentales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, de próxima aparición).

¹⁷ La importancia de este hecho es una cuestión que me fuera destacada por Michel Troper.

¹⁸ *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Naciones Unidas, 1948), preámbulo.

¹⁹ Aunque celebrando este desarrollo véase Schwartz, H: *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, IL: Chicago University Press, 2000.

al menos en el sentido de que el derecho era el resultado de la política. Pero en algún sentido importante la política gozaba de cierta prioridad frente al derecho. Es en este sentido que el positivismo jurídico (el positivismo *ético*, desde luego²⁰), por ejemplo, fue una doctrina progresista, porque sujetaba el derecho a la política, mientras la apelación a la ‘razón artificial’ del derecho era conservadora, porque contribuía a blindar al derecho frente a la política (ilustrativas a este respecto son las críticas de Bentham al *common law* inglés²¹).

Hoy, sin embargo, la relación entre derecho y política se ha invertido y se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho. A esta visión, que concibe al derecho como lo que estructura, limita y ordena el debate político, la denominaré ‘legalismo’. El legalismo ya no concibe al derecho como el “gran ocultador de la opresión”²², sino como el medio a través del cual la comunidad se constituye a sí misma. Ahora el derecho expresa “el pueblo que queremos ser y la comunidad que aspiramos a tener”²³. Liberales y republicanos celebran el potencial emancipador del derecho, aunque uno podría haber esperado algo distinto²⁴. Incluso entre las posturas más explícitamente radicales, es a través de la subversión de los significados jurídicos, la detección del contraprinzipio que yace, indefectiblemente, escondido bajo el principio, que será posible volver a luchar por los viejos ideales de la izquierda²⁵. En la práctica política, especialmente en varios de los países latinoamericanos (Argentina y Chile entre ellos²⁶) la idea de utilizar foros judiciales para luchar por el progreso social y político se ha hecho más y más corriente, y esos foros consecencialmente más y más importantes²⁷.

El supuesto básico de esta aceptación generalizada del derecho como el medio de expresión del conflicto político es que el derecho es *neutral*, es decir, que el derecho permite la expresión sin distorsiones de las pretensiones políticas. La idea ha sido explícitamente defendida por Zagrebelsky: el derecho es “dúctil”²⁸. Lo curioso de esto es que navega en contra de una importante idea, sostenida por autores tan diversos como Pashukanis, Hayek y Marx: que el derecho *no* es neutral, que en algún sentido importante la *forma* del derecho está vinculada a los mismos arreglos políticos y económicos que la izquierda detesta²⁹. Marx expresaba esta idea en un famoso pasaje de *Sobre la cuestión judía*.

los llamados derechos humanos, los *droits de l’homme*, a diferencia de los *droits du citoyen*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, los derechos del hombre egoísta, del hombre que vive al margen del hombre y la comunidad [...]. El derecho humano de la libertad no descansa sobre la unión del hombre con el hombre, sino que se basa, por el contrario, en la separación entre los hombres³⁰.

El legalismo y la ductilidad del derecho

Dentro del derecho y de las constituciones, el *locus* natural que sirve de sucedáneo para el conflicto político es el conjunto de derechos reconocidos por las constituciones modernas y/o los tratados internacionales. De hecho, si Zagrebelsky está en lo correcto y el derecho es completamente *dúctil*, las demandas de liberales y socialistas debieran poder reaparecer en el discurso jurídico sin sufrir

²⁰ En el sentido de Campbell, J: *The Legal Theory of Ethical Positivism*

²¹

²² Christodoulidis, E: *Law and Reflexive Politics*

²³ Dworkin, R: *Law’s Empire* (Londres: Fontana, 1996), p. 413.

²⁴ “El republicanismo no se presenta a sí mismo como un abogado de la auto-limitación judicial, a pesar de lo que uno podría esperar a partir de su inspiración radical-democrática”, dice Habermas, J: *Between Facts and Norms* (Cambridge: Polity Press, 1997; ed orig 1992), p. 277. *Facticidad y Validez*

²⁵ Unger, R: *The Critical Legal Studies Movement*; Cf. también *idem*, *Legal Analysis as Institutional Imagination*. Véase en general, Altman, A: *The Critical Legal Studies Movement* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990).

²⁶ Por Argentina, véase la crónica de Böhmer, M: “La corte de los ’80 y la corte de los ’90: un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina”, en . Por Chile, véase Atria, F: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha” en *79 Estudios Públicos*, pp.

²⁷ En Chile y en latinoamérica, influyentes programas de ‘acciones de interés público’ y un uso reiterado de acciones de amparo o (como son denominadas en Chile) protección de derechos constitucionales por parte de ONGs han convertido a las cortes en árbitros de conflictos que hace un tiempo no podría haber sido entendido sino como conflictos políticos por excelencia. Al respecto, véase González, F: “Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público”, en González, F y F Viveros, *Defensa Jurídica del Interés Público* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1999), pp. 21-60.

²⁸ Zagrebelsky: *El Derecho Dúctil* (Madrid: Trotta, 1997; ed orig 1995).

²⁹ Véase Pashukanis, E B: *Law and Marxism: a general theory* (Londres: Pluto Press, 1989; ed orig 1929); Hayek, F: *Rules and Order*, vol 1 de *Law, Legislation and Liberty* (London: Routledge and Kegan Paul, 1973). La explicación del sentido en que Hayek y Pashukanis coinciden en identificar a la *forma* del derecho (no sólo a su contenido) con el capitalismo de mercado está en Bankowski, Z: *Living Lawfully* (Dordrecht: Kluwer, 2001), pp. 80-89.

³⁰ Marx, K: *Sobre la Cuestión Judía*, en Marx y Engels, *Obras Fundamentales*, vol. 1, *Marx: Escritos de Juventud* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987; ed orig 1844), p. 478.

tergiversaciones, como interpretaciones en competencia de enunciados jurídicos vagos como los que aparecen, por ejemplo, en lo que se denomina la ‘parte dogmática’ de las constituciones.

No cabe duda de que en una buena medida eso es así. Como ha señalado Jeremy Waldron³¹ el conflicto jurídico tiende a reflejar el conflicto político. Esto es mucho más evidente cuando se trata de cuestiones jurídicas cuyas consecuencias políticas son especialmente directas, como suele ser el caso tratándose de cuestiones relacionadas con la interpretación y protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, la idea crítica de que el derecho es política es correcta en cuanto implica que el conflicto político se manifiesta en el conflicto jurídico, que éste no es autónomo de aquél.

Sin embargo, para que el derecho sea neutral, es decir, para que a través de él se pueda manifestar el conflicto político sin distorsiones de entrada, no es suficiente que el discurso jurídico carezca de autonomía respecto del discurso político. Se requiere adicionalmente que el derecho sea *completamente dúctil*, en el sentido de que cualquier reclamo político pueda ser manifestado a través de él sin necesidad de distorsionarlo, es decir, sin necesidad de presentarlo de un modo distinto a como en efecto es³².

Y es esta la condición que el derecho no puede cumplir. Una manera de explicar por qué el derecho no puede cumplir esta condición es considerando la discusión sobre la relevancia jurídica de los derechos sociales, porque tratándose de derechos sociales el sentido *político* del adjetivo es incompatible con el sentido que *el derecho* le asigna al sustantivo.

De cómo el derecho oculta, oprime y distorsiona

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

En abstracto, el argumento es relativamente simple: desde el punto de vista del derecho, los derechos subjetivos son precisamente ‘cartas de triunfo’³³. El mayor bienestar social, por ejemplo, no puede constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ *significa* en el juego de lenguaje del derecho. El comprador demandante no necesita probar, para obtener en el juicio, que la sociedad como un todo estará mejor si su demanda es acogida, y el vendedor demandado no puede oponer una ‘excepción de bienestar general’ para excusarse del cumplimiento³⁴.

Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. En tanto aquellos sean ‘sólo’ fines agregativos éstos siempre saldrán triunfadores. Como hemos visto, esa es una de las razones por la que los derechos sociales fueron precisamente presentados como ‘derechos’. Pero por supuesto, una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en que descansan es negada y la demanda es entendida como una de *individuos* en contra de la comunidad.

El argumento a seguir tiene como corolario que hay un sentido importante en el cual la expresión ‘derechos sociales’ es una contradicción, tan contradictorio como ‘soltero-casado’. Esto, sin embargo, no es reconocido, y mucho esfuerzo e inteligencia se ha gastado en ofrecer una noción de derechos sociales que sea razonable. Sin embargo, persiste siempre una tensión entre lo que depende del contenido contingente del derecho y lo que depende del modo de operación de las prácticas institucionalizadas que llamamos ‘jurídicas’; una tensión, en otras palabras, entre mirar a la *sustancia del derecho* o a su *forma de operación* para explicar la especial (devaluada) posición que ocupan los derechos sociales frente a los derechos de primera generación en los sistemas jurídicos occidentales.

Quiero ahora mostrar con ejemplos el fenómeno indicado. Para eso, comenzaremos mostrando cómo la tensión entre la sustancia del derecho y su forma de operación aparece en sofisticados análisis de los modos de operación de los derechos sociales y los bienes que protegen; luego el examen será dirigido a dos propuestas aparentemente contradictorias sobre cómo deberíamos proteger esos bienes.

³¹ En su *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999), pp. ?

³² Al menos tratándose de posiciones políticas que en términos de Rawls (*Liberalismo Político*, p. ?) sean *razonables*.

³³ Véase Dworkin, R: *Taking Rights Seriously*

³⁴ Nada obsta, desde luego, que se reforme el Código Civil y que se cree una excepción de bienestar general. El argumento sólo implica que, en la medida en que eso fuera el caso, lo que el vendedor tendría dejaría de ser reconocido como un derecho subjetivo.

Para apreciar la importancia de esta tensión puede ser útil considerar un aspecto de la discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales en la Constitución Española. Como se sabe, la mayoría de los bienes que habitualmente se denominan derechos sociales son agrupados por esta constitución en su capítulo 3º, al que luego se le niega protección judicial. Ante esta situación, autores como Luis Prieto Sanchís se preguntan por qué los denominados ‘principios rectores de la política económica y social’ del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional “jurídicamente devaluados”³⁵, en especial si esa devaluación “responde en verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión política”³⁶. Como Prieto encuentra en otras partes de la Constitución Española derechos que muestran las posibles notas características de los derechos sociales, inicialmente él concluye que si los principios rectores se hallan jurídicamente devaluados

no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan algunas de las características propias de esa categoría de derechos, *sino que obedece más bien a la voluntad constituyente*³⁷.

No obstante esta conclusión, Prieto luego nos informa de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido valor normativo a los principios rectores, aunque uno limitado, porque “la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones relevantes para el caso”³⁸. Cuando la pregunta que Prieto intenta responder es por qué el reconocimiento del “valor normativo” de los principios rectores es limitado de este modo, la explicación que nos ofrece no descansa ya en una “decisión política” de la “voluntad constituyente” contenida en el capítulo III, porque “*aun cuando*” esa decisión cambiara, permitiendo la protección judicial de esos derechos,

es probable que los tribunales no pudiesen llegar mucho más lejos de donde ha llegado la doctrina del tribunal Constitucional [...] Por *la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional*, de los posibles efectos de sus sentencias y de la fuerza ejecutiva de las mismas, cabe suponer que mientras no se arbitre una articulación detallada de los distintos principios, el otorgamiento de amparo judicial mostraría una virtualidad bastante limitada ante el vacío jurídico de normas secundarias o de organización³⁹.

Aquí vemos cómo Prieto se mueve entre los dos extremos del dilema que estamos examinando: si la razón por la cual los derechos sociales están jurídicamente devaluados es ‘una declaración expresa de la voluntad constituyente’ pareciera que basta cambiar esa voluntad para reevaluarlos. Pero si la devaluación se debe a la *naturaleza* de los mecanismos jurídicos de exigibilidad, entonces hemos chocado con los límites de la ductibilidad del derecho. En el primer caso, podemos mantener el derecho como *medium* y dirigir nuestros esfuerzos a cambiar el contenido del derecho, a reemplazar la decisión constituyente por una decisión de contenido correcto; en el segundo caso, intentar cambiar la decisión constituyente sería inútil del modo más espectacular, porque ‘aun cuando’ esa decisión fuera modificada nos encontraremos con que la protección de los derechos sociales no puede ser equiparable a la que gozan los derechos civiles y políticos. Y este no puede ser un ‘no puede’ que atestigüe las limitaciones del lenguaje jurídico como lenguaje institucionalizado: las instituciones son dúctiles, pero no completamente.

Para mostrar que el derecho *no puede* proteger los derechos sociales como si puede proteger los derechos civiles y políticos no es suficiente, sin embargo, un argumento abstracto sobre la naturaleza institucional del derecho y el contenido político de sus conceptos: es necesario ver cómo fallan los intentos de torcer la forma del derecho para adecuarlo al contenido buscado.

Para apreciar esto puede ser interesante comentar algunas ideas sobre derechos sociales, aparentemente opuestas, que tres autores argentinos han defendido recientemente. Me refiero, por un lado, a *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* de Víctor Abramovich y Christian Courtis⁴⁰, y “La pobreza, la ley y la constitución” de Carlos Rosencrantz⁴¹. Es interesante destacar que, a pesar de lo alejados que se encuentran entre sí los argumentos de cada uno de ellos (Courtis y Abramovich alegando que los derechos sociales deben ser tratados como los derechos civiles y políticos en cuanto a su exigibilidad y protección jurisdiccional, y Rosencrantz, por su parte, alegando que debemos considerar seriamente la posibilidad de eliminar los derechos sociales de nuestros catálogos constitucionales) ambos comparten la idea de que los derechos sólo son plenamente reconocidos cuando son jurisdiccionalmente

³⁵ Prieto Sanchís, L: *Estudios sobre Derechos Fundamentales* (Madrid: Debate, 1990), p. 190.

³⁶ *Idem*, p. 187.

³⁷ *Idem*, p. 190 (destacado agregado).

³⁸ *Idem*, p. 196.

³⁹ *Idem*, p. 197-8 (destacado agregado).

⁴⁰ Abramovich, V y C Courtis: *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* (Madrid: Trotta, 2002).

⁴¹ Ponencia presentada al SELA 2002 (Punta del Este, Junio de 2002).

protegibles⁴². En realidad sus argumentos, a pesar de lo disímiles que parecen, son perfectamente complementarios: Ellos muestran cuáles son las consecuencias que se siguen del modo en que el derecho entiende los derechos. Al ser ambas posiciones insuficientes, como intentaré mostrar, ellos conjuntamente muestran los límites de la ductibilidad del derecho.

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

aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social [...] ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento⁴³.

Aquí Abramovich y Courtis sostienen la extraña tesis de que para que un derecho social se encuentre plenamente reconocido no basta que el Estado satisfaga la necesidad a la que se refiere, porque ese reconocimiento no se alcanzará “hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad”⁴⁴. Pero políticamente, desde luego, parece preferible preferir la sustancia a la forma.

A pesar de lo políticamente insensata que pueda parecer, creo que esta posición de Abramovich y Courtis es jurídicamente impecable, porque jurídicamente la forma triunfa la sustancia: si los derechos sociales son *derechos*, es decir, si deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos *deben poder* ser reclamables. Para el abogado es irrelevante que el vendedor entregue la cosa, lo que le importa es que el comprador tenga una acción para exigir la entrega si el vendedor incumple. Que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión *quiere decir* que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término: *Ubi ius, ibi remedium*. cualquier abogado entendería inmediatamente el sentido en el que el acreedor de una *obligatio naturalis* no tiene realmente un *derecho subjetivo* a la prestación precisamente porque no puede demandarla judicialmente⁴⁵. Como los derechos sociales son reconocidos como derechos (*i.e.* aparecen como tales en los catálogos de prácticamente todas las constituciones occidentales), la conclusión forzosa es que ellos son tan accionables como los derechos civiles y políticos. Estrictamente, todos ellos son *igualmente* accionables, porque su accionabilidad les viene dada por el hecho de que sean reconocidos (o configurados) por el sistema jurídico como *derechos*. Por así decirlo, lo que los hace accionables es que sean *derechos*, con prescindencia de si son o no sociales.

Por supuesto, Abramovich y Courtis entienden que los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear⁴⁶. En esos casos, por supuesto, la exigibilidad de los derechos sociales es severamente limitada:

No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que *por naturaleza* corresponden a los poderes políticos siendo limitados los casos en que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos⁴⁷.

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

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

⁴²

⁴³ Abramovich y Courtis, *op. cit.* en n. 40, p. 37.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ De hecho, Abramovich y Courtis se apoyan, nada menos, en una teoría *pura* del derecho: la referencia es a Kelsen, *Teoría General de las Normas* (Abramovich y Courtis, *op. cit.* en n. 40, p. 37n36).

⁴⁶ Porque, como hemos visto, la caracterización de su aspecto activo no caracteriza completamente su aspecto pasivo (véase *supra*, ?).

⁴⁷ *Idem*, p. 44 (énfasis agregado)

la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho⁴⁸.

Pero al hablar de esto no estamos hablando de la exigibilidad de los derechos sociales, sino del viejo derecho a la igualdad formal, el derecho a la igualdad que aparece en la declaración francesa de 1789 y la americana de 1776: la igualdad de ricos y pobres para atender una escuela pública (cuya calidad, desde luego, es incomparable a la escuela privada), o la igualdad de ricos y pobres para postular a una minúscula vivienda pública junto con otros cientos de ricos y pobres.

Pero aun cuando es posible ir más allá de lo que ‘queda siempre abierto’, y cuando la violación a un derecho social puede ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea “*reformulada* [...] en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica”⁴⁹. De este modo el derecho social a la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a *todos* (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen en el juicio como no distribuidas, es decir, como objetivos de política, y los derechos siempre los triunfan). Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no *puede ser* un derecho social, sino una demanda privada.

Abramovich y Curtis creen que ellos pueden aprovecharse de la ductilidad del derecho y apropiarse del término “derecho subjetivo” dejando “el contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esa noción”⁵⁰. Pero si el argumento hasta ahora es correcto, los conceptos muerden de vuelta de modo perverso: no se trata de que Abramovich y Curtis hayan adaptado la noción individualista de derecho subjetivo a sus finalidades sociales, sino que sus finalidades sociales han sido capturadas por el concepto que han elegido. Estrictamente hablando, la expresión “derechos sociales” es una contradicción en los términos, si la expresión “derecho” se entiende haciendo referencia a la idea de derecho subjetivo. Para cambiar el contenido político de un concepto no basta querer cambiarlo⁵¹.

Carlos Rosencrantz, por su parte, extrae la conclusión precisamente opuesta: como el derecho no puede redimir la promesa de los derechos sociales, éstos en tanto derechos *jurídicos* están condenados a mantenerse como una promesa estéril, devaluando de paso las *otras* promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos: “La existencia de derechos constituciones que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución”. Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos (prioritariamente, como a los liberales, o en un pie de igualdad con los derechos sociales, como a los socialistas), entonces tenemos razones para removerlos de nuestras constituciones.

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

Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciarán el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social.

Lo que importa, desde luego, no es la cultura *jurídica* del país del caso, porque para el derecho no hay derechos subjetivos sin acción (en otras palabras: en la ‘cultura jurídica’ occidental, la idea de derecho subjetivo está *siempre y necesariamente*, no contingentemente, vinculada a la *acción* para exigir el cumplimiento forzado). El problema al que apunta Rosencrantz es la existencia contingente de una cultura *política* en la cual los enunciados *políticos* sobre derechos son entendidos como si fueran parasitarios de enunciados jurídicos sobre derechos.

Este énfasis en la distinción de lo jurídico y lo político puede parecer un purismo pasado de moda, pero en realidad la cuestión es importante, como lo demuestra precisamente el caso de los derechos sociales.

⁴⁸ *Idem*, p. 43.

⁴⁹ *Ibid* (el destacado es agregado).

⁵⁰ Abramovich y Curtis, *op. cit.* en n. 40, p.58

⁵¹ Los autores se percatan de algo parecido que ocurrió cuando se intentó utilizar el derecho privado para proteger derechos no patrimoniales “como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los llamados derechos personalísimos”. El derecho sólo pudo otorgarles protección judicial comodificándolos, traduciendo “su afectación a términos de rendimiento económico” (*idem*, p. 51n51). Sin embargo, no se dan cuenta de los efectos devastadores que para la idea original de derechos sociales esta necesidad de “traducción” implica.

Los derechos sociales *no pueden* ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos, como hemos visto que Abramovich y Courtis efectivamente hacen.

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

El significado *político* de aceptar la tesis de Rosencrantz, sin embargo, es profundamente conservador. Una constitución como la que defiende Rosencrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución de Pinochet llegó tan lejos como el argumento de Rosencrantz sugeriría. Y esta posición extremadamente conservadora no se sigue de argumentaciones conservadoras de Rosencrantz, sino una premisa que hoy parece evidente: que la constitución es la “la última palabra en la determinación de la acción política”, y que adicionalmente la constitución debe ser entendida como un texto jurídico cualitativamente igual a las leyes y otras normas. Paradojalmente, el argumento de Rosencrantz lleva a la misma conclusión que el esfuerzo de Abramovich y Courtis: si el discurso político es parasitario del discurso jurídico, si el derecho es el medio a través del cual la política se manifiesta, si el lenguaje del derecho es el lenguaje de la política, entonces la promesa de los derechos sociales debe ser ignorada.

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

Cómo hará [usted] para sentirse integrado con el resto de nosotros en una comunidad política cuando sus opiniones en temas tan importantes que todavía no han sido políticamente saldados no pueden producir ningún resultado político en razón de que nuestra visión sobre los mismos temas ha sido privilegiada mediante su inclusión en la constitución?

Pero para quienes creen en los ideales comunitarios que justifican los derechos sociales, la situación es precisamente ésta: sus opiniones políticas sobre la comunidad decente no pueden producir resultado político alguno, porque el lenguaje que deben usar para expresarlas los obliga a distorsionarlas. La situación es aún más grave que la situación que preocupa a Rosencrantz, porque en nuestro caso el excluido no puede ni siquiera levantar su voz en contra de la exclusión⁵². Su pretensión original no se escucha, pero tampoco se escucha su reclamo de que su pretensión original no se escucha. El derecho oprime, sin notar que oprime. Es ciego, y ciego incluso a su propia ceguera. El derecho, hablando a través de Rosencrantz, tiene ojos para ver la situación de exclusión en la que quedaría el partidario de

⁵² No me referiré aquí (más que en esta nota) al extraño naturalismo de Rosencratz respecto a la identidad de la comunidad política: Rosencrantz cree que la comunidad política tiene límites naturales, y que en consecuencia la constitución debe ser una carta de compromiso entre todos aquellos que están de antemano incluidos. Pero desde luego no es así: la comunidad se constituye a sí misma, y por eso las constituciones se denominan, precisamente, ‘constituciones’. Cuáles diferencias son suficientes para estructurar, en términos de Schmitt, la división propiamente política de ‘amigo/enemigo’ es en sí misma una cuestión política. En la segunda mitad del siglo XIX en Estado Unidos la creencia o no en la igualdad de blancos y negros fue suficiente para llevar el conflicto a su nivel máximo de intensidad (*i.e.* se convirtió en una creencia política). En Chile durante los años 70 fue la diferencia comunista/anticomunista. El ejemplo muestra que no podemos dar una respuesta que cubra todos los casos, porque es la cuestión política por excelencia. Imputándole creencias que a mi me parecen razonables, imagino que Rosencrantz sostendría que los americanos (del norte) tenían razón al insistir en el fin de la esclavitud como un criterio básico de definición de la comunidad, uno que justificaba someter (o expulsar) a los que no lo compartieran, y que los chilenos (de Pinochet) no tenían razón al sostener lo mismo en el caso chileno. La constitución no representa el acuerdo de un grupo preexistente. Lo que hace es constituir a la comunidad política, como el grupo que adhiere a la decisión política fundamental. La idea schmittiana de amigo/enemigo está en su *Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1998; ed orig 1932). Para una inmejorable exposición de esta idea y sus consecuencias, que muestra que esa tesis no debe ser entendida como una apología de la violencia totalitaria, sino como una tesis *conceptual* sobre lo político y su autonomía, véase Bolsinger, E: *The Autonomy of the Political. Carl Schmitt's and Lenin's political realism* (Westport, CT: Greenwood Press, 2001), pp. 1-58.

Nozick en una sociedad que constitucionaliza los derechos sociales, pero no tiene ojos para ver la exclusión del socialista cuyo alegato no puede ser formulado en el lenguaje de los derechos subjetivos.

Que el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos no es sólo un hecho casual: tiene que ver con el concepto mismo de derecho (subjetivo). Aun cuando la idea de derecho subjetivo propia del derecho privado ha sido mutada, se dice, en algo distinto cuando se utiliza para referirse no al derecho del comprador a que le entreguen la cosa vendida, sino al derecho ‘humano’ a la integridad física o a la participación política, lo que importa es lo que no ha mutado. Ya hemos visto que no basta separar, como Abramovich y Courtis intentaron hacerlo, la idea de derecho subjetivo de “el contexto político-jurídico que culminó en la articulación técnica de esa noción”⁵³, porque el concepto mismo de derecho subjetivo, como una “carta de triunfo” frente a las decisiones de la mayoría *es* individualista. Quien reclama un derecho, como veremos, se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ese grupo si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad.

Relaciones no juridificables

Quiero ahora explicar por qué la idea socialista no puede expresarse en el lenguaje del derecho. Para eso debemos primero considerar algunos casos familiares de relaciones interpersonales que no pueden ser capturadas por el lenguaje de los derechos a menos que traicionemos su significado, es decir, formas de relación que al ser juridificadas son tergiversadas o destruidas.

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

Lo mismo ocurre en el matrimonio. El derecho constituye y regula el contrato de matrimonio, estableciendo derechos y obligaciones para los cónyuges. Pero los cónyuges no pueden invocar esos derechos entre sí sin producir una subversión completa de la relación entre ellos; el derecho asfixia, de este modo, el amor entre los cónyuges. No se trata de que el derecho aumente o disminuya la injusticia sufrida por alguna de las partes; eso dependerá de las partes no estipuladas del ejemplo⁵⁴. En otras palabras,

La substancia del reclamo puede ser indispensable para un matrimonio feliz y amoroso en el mundo moderno. Es el hecho de esgrimirla *como un derecho*—es decir, como algo que alguien exige de modo perentorio, agresivo y adversarial contra el otro—lo que nos llevaría [a decir que algo anda mal en ese matrimonio]⁵⁵.

El argumento no implica que la regulación legal del matrimonio no deba crear derechos para los cónyuges. Pero sí implica que si por alguna razón nosotros llegáramos, en tanto cónyuges, a concebir el matrimonio, con Kant, como un contrato⁵⁶, y creyéramos que la manera adecuada de concebir las posiciones de los cónyuges *por los propios cónyuges* fuera en términos de derechos y obligaciones, entonces habríamos perdido la capacidad de relacionarnos unos con otros a través de esa modalidad especial que conocemos como matrimonio. El argumento, por sí mismo, es naturalmente agnóstico sobre si esto es una cosa que debe ser celebrada o resistida.

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

⁵³ Abramovich y Courtis, *op. cit.* en n. 40, p. 58.

⁵⁴ *E.g.* si la mujer invoca su derecho a desarrollar su propia carrera profesional asfixiada por la división sexual del trabajo establecida al interior de su matrimonio, podemos celebrar que el derecho irrumpa en esa relación subvirtiéndola, pero eso no cambia el hecho de que la irrupción del derecho la ha subvertido.

⁵⁵ Waldron, “When justice replaces affection: the case for rights” (1988), reimpresso en *idem*, *Liberal Papers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. 372-3.

⁵⁶ Ref

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

La forma de comunidad a la que los derechos sociales, en tanto ‘conquista clamorosa de la izquierda’ apelan es como la solidaridad, el amor de los cónyuges o la amistad; no puede ser justificada sin ser desnaturalizada. Los derechos sociales apelan a una idea de comunidad cuyo

requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen de la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos de los otros⁵⁷.

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

‘tengo un derecho...’ o ‘no tienes derecho a...’. Éstas evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda. Ubicar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos⁵⁸.

Los individuos que se conciben a sí mismos *primariamente* como portadores de derechos son los individuos que concurren al mercado: individuos para los cuales los otros son amenazas, amenazas contra las cuales deben estar defendidos. Los derechos son esas armas de defensa. Por eso los abogados (acostumbrados como están a mirar las relaciones interpersonales en términos de lo que Oliver W. Holmes llamaba ‘el hombre malo’) insisten en la exigibilidad como marca característica de un derechos subjetivo: para qué sirve un arma de defensa que no es útil para *exigir* respeto? En efecto

Los derechos siempre son afirmados en un tono de contienda; y cuando este tono es adoptado debe estar apoyado por la fuerza, de otro modo serían motivo de burla⁵⁹.

En un contexto en el cual la reflexión y discusión políticas se sobre la base de concebir a los ciudadanos *primariamente* como portadores de derechos, quienes creen que es posible otra forma de comunidad están como el león del que hablaba Ludwig Wittgenstein: “si pudiera hablar, no lo entenderíamos”⁶⁰.

⁵⁷ Cohen, G A: “¿Por qué no el socialismo? en Gargarella, R y F Ovejero: *Razones para el Socialismo* (Buenos Aires: Paidós, 2001), p. 72.

⁵⁸ Weil, S: “An essay on human personality”, reimpresso como apéndice de McLellan, D: *Simone Weil, Utopian Pessimist* (Londres: Macmillan, 1989), p. 280.

⁵⁹ *Id.* p. 279.

⁶⁰ Wittgenstein, L: *Investigaciones Filosóficas* (Oxford: Basil Blackwell, 1995; orig edn 1953), IIxi, p. 221^e.