

DERECHOS NATURALES VERSUS DERECHOS SOCIALES: UN DEBATE DESDE LA TEORÍA POLÍTICA

Natalia Jara Villarroel¹

njaravillarroel1@gmail.com

Universidad de Barcelona

El presente ensayo reflexiona sobre las diferencias normativas que están detrás de la dicotomía derechos naturales-derechos sociales, como paradigmas contrapuestos tanto en la concepción de la naturaleza humana como en el horizonte ético al que se debe aspirar. El paradigma de los derechos naturales niega a los derechos sociales, obviando la realidad situada y su contribución a la consecución de fines normativos como justicia, libertad e igualdad. Razón por la cual se defiende desde la teoría política la necesidad de derechos sociales para dotar de sustancialidad a la democracia y a la ciudadanía. Se concluye la urgencia de derechos sociales, debido a su carácter situado y solidario, y a su posibilidad de ampliar las nociones formalistas de democracia y ciudadanía.

Palabras claves: *derechos sociales, derechos naturales, democracia, ciudadanía, constitucionalismo.*

NATURAL RIGHTS VERSUS SOCIAL RIGHTS: A DEBATE FROM POLITICAL THEORY

This essay reflects upon the normative differences that stand behind the dichotomy of natural rights versus social rights, as opposed paradigms, both in the conceptions of human nature and the ethical horizon we should pursue. The natural rights paradigm denies social rights while ignoring the situated reality and its contribution to the achievement of normative purposes such as justice, freedom and equality, all which seem to be the reason to defend, from the political theory angle, a need for social rights to endow substantiality to democracy and citizenship. The urgency of social rights is concluded, due to its situated and supportive character, and its expanding possibility to the formalistic notions of democracy and citizenship.

Keywords: *social rights, natural rights, democracy, citizenship, constitutionalism.*

¹ Trabajadora Social (U.ARCIS), Magíster en Ciencia Política (U. de Chile), Doctoranda en Sociología (Universidad de Barcelona).

Introducción

Los debates políticos recientes en torno al cambio constitucional de nuestro país han revivido la discusión sobre la incorporación de los derechos sociales al ordenamiento jurídico. Entre los argumentos de sus defensores, los derechos sociales se conciben como mínimos necesarios para la consecución de una mayor igualdad social, institucionalmente garantizada a través de la Constitución. Por su parte, sus detractores niegan la necesidad de incorporar más derechos a la Carta Magna, arguyendo que ésta deber velar sólo por los derechos fundamentales, donde los derechos sociales no tienen cabida.

Como es posible advertir, este argumento tiene un trasfondo fuertemente ideológico en su sentido literal, vale decir como cuerpo de ideas políticas. En efecto, aunque la discusión al respecto usualmente gira en torno a consideraciones de orden económico, jurídico y técnico, lo cierto es que la incorporación o no de derechos sociales a la Constitución responde a un debate propio de la teoría política, disciplina que abocándose al estudio de las ideas morales y éticas que están detrás de los problemas políticos, posibilita el entendimiento de la impugnación liberal a los derechos sociales, pues aborda concepciones ontológicas y axiológicas basadas en la categoría de derechos naturales, las cuales repercuten en las comprensiones de ciudadanía, democracia y los principios que guían a una comunidad política. Estas discusiones generalmente exploradas sólo desde la filosofía del derecho deben ser retomadas desde la teoría política pues permite tomar posiciones sobre la organización de la sociedad. Por lo mismo, resulta imperioso para la teoría política hacerse parte de la discusión en torno a los derechos sociales, en tanto debate normativo que es el que se pretende desarrollar en el presente ensayo.

De esta forma, se busca explorar algunas de las discusiones más relevantes en torno a los derechos sociales, desde la teoría política, partiendo de la tesis de que los derechos sociales en tanto derechos humanos no sólo son necesarios para el desarrollo pleno de la ciudadanía y de la democracia sustantiva, sino que son además normativamente deseables para la consecución de la justicia, la igualdad, la libertad y la solidaridad, como principios a los cuales debe aspirar una sociedad. Para este fin, en el primer apartado se abordará la discusión en torno a la intervención estatal requerida para la aplicación de derechos sociales que se relaciona con una concepción de justicia distributiva. Seguidamente, se revisará el debate entre los derechos abstractos y los derechos situados que surge de visiones normativas de justicia, libertad e igualdad. En tercer lugar, se examinará el vínculo entre el constitucionalismo y democracia, y la relación de los derechos sociales con la democracia sustantiva. Y en último término, se analizará la esencia cooperativa de los derechos sociales y la forma de entender el deber social, la cooperación y la reciprocidad.

Como se verá en la discusión expuesta, la supuesta preexistencia de los derechos naturales se arguye como condición suficiente para negar la necesidad de derechos creados con posterioridad al contrato social, invisibilizando el aporte de los derechos sociales a la construcción de ciudadanía y a la consecución de democracia sustantiva. Por esto, para concluir se defiende la necesidad de incorporación de los derechos sociales como ampliación de la ciudadanía y por tanto de la democracia, en contraposición a las nociones liberales que propugnan por la preeminencia de la propiedad por sobre los valores colectivos y la vida pública.

Para la política es importante examinar desde un punto de vista teórico enfoques que cuestionen las lógicas hegemónicas de distribución del poder, con el objeto de propiciar escenarios de mayor participación e inclusión social; es así como es posible justificar la realización de este ensayo, esperando sea una contribución concreta a la reflexión y debate en torno a los derechos sociales y la democracia.

1. Derechos sociales e interferencia estatal

La discusión sobre derechos sociales como oposición a los derechos civiles y políticos responde a un añejo debate en torno a la exigibilidad de los primeros como derechos fundamentales. Esta exigibilidad es eminentemente teórica, ya que se relaciona con la definición misma de derecho y la concepción de su naturaleza como tal. En efecto, los detractores de los derechos sociales manifiestan que éstos no deben ser incorporados a la institucionalidad legal debido a que requieren de la intervención del Estado para su cumplimiento, mientras que los derechos civiles y políticos, suponen la abstención de la actividad estatal. De esta forma, los derechos suelen dividirse en derechos negativos (civiles y políticos) y derechos positivos (económicos, sociales y culturales), donde –al igual que la libertad negativa y positiva– los primeros se relacionan con la no-interferencia, y los segundos con la implicación pública. Este principio de no interferencia se funda en el resguardo de la libertad. El derecho a la vida, a la propiedad, a libertad de expresión, de culto, de asociación, etc., buscar defender la libertad del individuo. Se les denomina, en concordancia, “derechos-libertades”, en contraposición a los “derechos-demanda”, entendidos como los derechos positivos, los cuales requieren la acción positiva del Estado para ser ejercidos.

En términos concretos, la intervención del Estado se traduce en aumento del gasto público, razón que permite argüir a sus detractores que los derechos sociales son inviables, carentes de justiciabilidad, transformándose en la práctica más bien en “directrices políticas” antes que derechos reclamables mediante acciones de amparo judicial (Lovera, 2010, p: 233). Por ejemplo, si una persona en tanto ciudadana no puede ejercer su derecho a la libertad de expresión, o advierte que su propiedad privada está siendo amenazada, puede acudir a un tribunal para exigir el cumplimiento de sus derechos civiles, y éstos serán resguardados. Mientras que, si una persona no puede costear la educación superior, aunque acuda a la justicia el poder judicial no

tiene facultades para asegurar su derecho; lo que convierte a los derechos sociales casi en declaraciones morales o metas sociales, antes que derechos en estricto rigor, dada su inviabilidad material (Abramovich y Courtis, 2002; Lovera, 2010).

Sin embargo, lo que omiten los detractores de los derechos sociales, es que los derechos negativos también representan costos para el Estado. La defensa de la propiedad privada, por ejemplo, requiere gastos en policías, seguridad, tribunales judiciales, control de uso de suelo, registro de propiedad, etc., que se pagan con imposiciones de toda la sociedad. Y no sólo representan un costo, sino también una intensa actividad estatal que va mucho más allá de la mera abstención que suponen los derechos negativos. Contrariamente, el derecho a la sindicalización no requiere un costo, sino más bien una obligación a las empresas a aceptar la organización sindical, es decir una regulación entre partes (Abramovich y Courtis, 2002; Holmes y Sunstein, 2011). Lo que sucede es que las instituciones liberales están tan arraigadas en la sociedad, que no es posible vislumbrar el Estado sin ellas. Parece evidente, entonces, creer que el Estado se abstiene o no interfiere sencillamente porque la institucionalidad liberal ya está consolidada, lo que naturaliza e invisibiliza la acción del Estado. Los denominados derechos negativos también se encuentran supeditados al erario fiscal, con la salvedad de que por lo general parece difícil imaginar una sociedad sin policías que resguarden la propiedad privada o fuerzas armadas para la seguridad internacional (Abramovich y Courtis, 2002; Courtis, 2007).

De esta manera, la distinción entre derechos positivos y negativos es más bien arbitraria, ya que dentro de dos polos extremos como el derecho a la vivienda y el derecho a libertad de conciencia, existe una amplia gama de derechos que requieren en ciertos casos abstención y en otros, intervención estatal. En este sentido, aseverar que el Estado interfiere solamente cuando respalda derechos-demanda como educación o salud, pero no lo hace al garantizar derechos negativos sólo responde a una concepción meramente abstracta, pues el Estado interviene aun cuando se abstiene, ya que en la práctica “la ausencia de Estado significa ausencia de derechos” (Holmes y Sunstein, 2011: 38).

La discusión en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales es entonces teórica antes que práctica, porque en el fondo se trata de una discusión sobre justicia distributiva (Holmes y Sunstein, 2011: 153). En efecto, los derechos civiles fueron concebidos como derechos naturales, por lo cual deben ser defendidos irrestrictamente de cualquier intento de aplastarlos, y la intervención del Estado como expresión de justicia distributiva amenaza precisamente al derecho de propiedad, derecho natural por antonomasia, según la perspectiva liberal. Ciertamente, la institucionalidad liberal busca el mantenimiento y la defensa de los derechos civiles entendidos como libertades negativas que deben ser resguardadas ante cualquier intromisión externa. Sin embargo, para ciertos tipos de liberalismo el derecho de propiedad está por sobre el resto de los derechos y libertades.

Estos tipos de liberalismo que pueden diferenciarse entre sí en el clivaje valórico liberal-conservador, no difieren en sus preferencias en el clivaje económico estado-mercado, por lo que se agrupan en lo que Van Parijs (1993) denomina liberalismo propietario y Kymlicka (1995) libertarismo, el cual “difiere de otras teorías de derechas en su afirmación de que la redistribución por medio de los impuestos es (...) una violación de los derechos de las personas” (Kymlicka, 1995: 110), presentándose como una radicalización del liberalismo igualitario que comprendió la importancia de la igualdad social para el ejercicio de la libertad. Si bien ambos tipos de liberalismos –clásico y propietario–, coinciden en la autonomía del individuo y la neutralidad del Estado, en el sentido de que no existe razón alguna para violar los derechos individuales en pos del bienestar general, esto no quita que el liberalismo clásico no buscase dicho bienestar a través de medidas igualitarias, postulado fuertemente criticado por el espectro teórico-político que defiende el lado liberal del liberalismo, en detrimento del lado igualitario de éste.

Y es que al asumir la relación intrínseca entre igualdad y libertad es que cobra relevancia la noción de justicia distributiva, donde la obra de John Rawls se vuelve referencia obligatoria. Teniendo como punto de partida las teorías contractualistas, Rawls (2012) establece el criterio de justicia como imparcialidad mediante una hipotética posición original entendida como un *statu quo* inicial dado por el “velo de la ignorancia” donde cada participante debido a que no conoce cuál será su posición social y económica en el mundo, instituirá criterios de justicia desde la completa ecuanimidad, y por tanto verdaderamente justos. En esta reunión hipotética las personas abstractas de la posición original concuerdan básicamente dos principios de justicia distributiva: el principio de la libertad y el principio liberal de la justa igualdad de oportunidades, o principio de diferencia. Básicamente, el primer principio de la justicia es la libertad, pero entendida como libertad individual, y el segundo responde a la igualdad, la cual presenta para Rawls dos acepciones: un mayor beneficio para los menos aventajados socialmente e igualdad de oportunidades.

El principio de diferencia apunta a la reducción de la desigualdad, pero no aspira a una igualdad total, por el contrario, plantea que la tolerancia de la desigualdad dada por la “lotería natural” debe ser en la medida en que la misma sea beneficiosa para la población menos aventajada. La desigualdad tolerable sería provocada por la distribución de bienes sociales que generan desigualdad para ampliar la igualdad (Quispe, 2015). En este sentido, la teoría de Rawls se considera de un liberalismo más igualitario, sin dejar de ser una teoría liberal, razón por la cual los principios de justicia se encuentran jerarquizados encontrándose que el principio de libertad está por sobre el principio de igualdad.

Pese a esto para pensadores propietarios como Nozick, esta teoría resulta ser “insuficientemente liberal” (Gargarella, 1999), ya que la sola noción de redistribución es una violación a los derechos individuales, similar al trabajo forzado, y por lo mismo la igualdad ni siquiera es un principio normativo necesario de perseguir, como afirma él mismo: “no se puede simplemente suponer que la igualdad tenga que estar

integrada en cualquier teoría de la justicia” (Nozick, 1988: 228). De esta forma para Nozick sólo son válidos dos principios de justicia distributiva: el principio de justicia en la adquisición (que deviene de Locke, donde el individuo tiene derecho a poseer lo que ha adquirido justamente, incluyendo la adquisición original), y el principio de justicia de transferencia o transmisión de pertenencias (lo que el individuo ha adquirido justamente del propietario anterior, como la ley de herencia, donación, los contratos de compra-venta, etc.).

Pero a su teoría inicial Nozick agrega un último principio: el de rectificación de injusticia, que busca, precisamente, corregir aquellas posesiones que se adquirieron o transfirieron de manera injusta. Este principio, al que Nozick no le presta la atención suficiente, se convierte en el punto débil de su teoría, “tragándose” a los principios anteriores, ya que si se piensa en los procesos de acumulación originaria y en los inicios del capitalismo expansivo, es posible juzgar la legitimidad y por tanto la justicia de todas las distribuciones de propiedad que siguen vigentes hasta hoy, cuestionando la propia legitimidad del capitalismo (Gargarella, 1999: 67-68), sencillamente porque “no hemos nacido en un mundo como el inventado por Locke donde cada uno es libre de hacer uso de algún recurso (...) sino en un mundo donde todos los recursos ya están distribuidos” (Tugendhat, 1998: 245-246).

Para estas perspectivas, cualquier poder que obstaculice la adquisición o permanencia de la propiedad privada supone una violación a los derechos naturales, reduciendo a los derechos civiles sólo al ámbito de la propiedad. Esto lo hace ver desde el liberalismo comprensivo Amartya Sen (2000), cuando ejemplifica que en una situación de hambruna no se violan necesariamente los derechos de propiedad, pero sí se viola el derecho a la vida, el cual es también un derecho considerado inalienable en su sentido de natural, pero a éste los propietarios no le prestan atención, y más aún, en un caso así cuestionarían la acción estatal a favor de los hambrientos porque viola los derechos de propiedad.

Con todo, es posible dar cuenta que la imposibilidad de justiciabilidad de los derechos sociales es fundamentalmente teórica, y nace de posturas que sobreponen la propiedad a otros derechos, que consideran moralmente inferiores y por tanto de protección secundaria. La oposición a los derechos sociales se debe a que la justicia distributiva requiere la incorporación de nociones de igualdad, que conllevan desigualdad. En efecto, en la medida en que se amplían las oportunidades de algunas personas, se reduce la de otras, la de aquellos que precisamente se han privilegiado a expensas de la desigualdad de las primeras. Para favorecer a los más “desafortunados” por la estructura económica o por la “lotería natural”, es preciso introducir discriminaciones hacia los más “aventajados”: “De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades” (Bobbio, 1993: 79). Así, que para la consecución de la igualdad se deben tolerar la generación de desigualdades, en eso

consiste precisamente la redistribución, y esto es a los que los liberales, especialmente los propietaristas, se oponen.

2. Derechos abstractos y derechos situados

El liberalismo desde Locke en adelante ha concebido una noción de derechos inalienables que suponen la necesidad de un contrato social para protegerlos. La concepción de derecho natural implica la existencia de derechos anteriores a la constitución del Estado, por lo que los derechos a la libertad y a la propiedad son vistos como potestades que preceden a la comunidad política, aparentando ser independientes de la misma. Este paradigma abstractiviza a los derechos obviando la noción de la o el individuo situado en un contexto social específico. Los derechos sociales, en cambio, deben considerar variables concretas. De hecho, su origen es social e histórico, no parten de un racionamiento hipotético como el estado de naturaleza, sino como una demanda de diversos movimientos sociales y políticos, es decir demandas situadas y específicas, y en consecuencia, son parte del proceso evolutivo de los derechos.

Esta línea evolutiva se puede resumir en a) positivación, que vuelve a los derechos legales dentro de un sistema jurídico competente, b) generalización, que los universaliza, rompiendo las barreras de género, censo, raza, etc. (en contraposición a la noción de derecho aplicable sólo al varón adulto, blanco y propietario), c) internacionalización, es decir la generación de normativas de aplicación internacional, y d) especificación, que considera a la persona situada, en contra de la o el sujeto de derecho abstracto, alejado de la realidad y de un contexto social específico (Bobbio, 1991). La especificación concibe a la persona concreta en una realidad situada, dada por un sistema económico, una esfera social, política y cultural, que no es independiente de la concepción de derecho, ya que la titularidad del derecho “no puede ser reducida a la de un ‘yo nouménico’ sin cuerpo” (Chiarella, 2014: 176).

Contrario a lo que se podría suponer, la especificación no es opuesta a la generalización, la cual se entiende como el alcance universal del derecho, como una forma de igualar a toda persona, en tanto humana, como poseedora de derechos sin importar sus características o determinantes particulares. La especificación en cambio atiende la diversidad de características o determinantes particulares y los convierte en derechos concretos: a ésta se le debe el nacimiento de los derechos de niños y niñas, mujeres y diversidades, pueblos originarios y grupos étnicos, de las y los trabajadores, de personas mayores y enfermas, etc. La especificación es, entonces, la respuesta a la diversidad de demandas que emergen del mundo material, y los derechos sociales, económicos y culturales nacen de un paradigma que se funda en la realidad situada, realidad que los vuelve necesarios como parte de este proceso. Por el contrario, la ausencia de especificación vuelve a los derechos en normativas incapaces de intervenir en situaciones concretas que afectan a la población receptora

de los derechos, obviando no sólo la diversidad, sino también los problemas sociales relacionados con la infraestructura económica, como la desigualdad o la pobreza.

La defensa a ultranza de los derechos negativos por sobre los derechos positivos es, por cierto, ideológica y detrás de ella encontramos discusiones propias de la teoría política en torno a la jerarquía de los principios normativos que deben regir a una sociedad. En este sentido, la incorporación de derechos sociales a la institucionalidad de un Estado como reconocimiento de lo concreto-histórico se adscribe a una noción de justicia. Para Amartya Sen (2010) existen dos grandes tradiciones filosóficas sobre este concepto. La primera es aquella que denomina institucionalismo trascendental, comenzada por los contractualistas y continuada por Rawls, Dworkin y Nozick. Esta tradición se caracteriza básicamente por dos elementos: pretende definir un ideal perfecto de justicia, sin comparaciones que relativicen este ideal; y elabora instituciones y marcos estructurales justos, acordes a la noción ideal de justicia, sin involucrar la reflexión sobre lo real, y donde el contrato social originario es el creador de aquellas instituciones justas. La segunda línea de pensamiento sobre la justicia es aquella que, a diferencia de la anterior, sí incluye nociones comparativas para establecer lo justo, llamadas por Sen “comparaciones basadas en realizaciones”. Es decir, según esta corriente para conocer lo justo es condición necesaria dar cuenta de lo injusto. Dentro de esta corriente se encuentran las nociones de justicia de Bentham, Wollstonecraft, Stuart Mill y Marx, por supuesto cada cual con sus acentos y particularidades. Esta segunda tradición, tiene como objeto reducir la injusticia social observada en el mundo real, por lo que la situación de injusticia se compara con otra sociedad justa existente, potencialmente existente o por existir.

Lógicamente, en la discusión sobre los derechos abstractos y los derechos situados los primeros provendrían del institucionalismo trascendental y los segundos de la noción de justicia basada en comparaciones. Si bien es la primera corriente la que predomina en el debate teórico contemporáneo, Amartya Sen opta por la segunda, pues pretende promover la justicia en vez de identificar representaciones ideales de la misma. Los fines de la visión comparativa de justicia refieren al mundo real, con personas que sufren injusticia en situaciones concretas, mientras que los fundamentos del institucionalismo trascendental descansan en situaciones hipotéticas, universalistas (en tanto homogeneizantes), que no son capaces de dar cuenta de la realidad social y su complejidad.

Sen, además, encuentra dos contradicciones inmanentes dentro del institucionalismo trascendental. Por un lado, la factibilidad de establecer un acuerdo trascendental único, debido a que el ideal de justicia se encuentra sometido a las concepciones ético-políticas de quien imparte justicia, lo que imposibilita un acuerdo unánime y la vuelve impracticable; y por otro, la redundancia de aquel acuerdo, que para explicarlo propone el siguiente ejemplo: si se debe escoger entre un Picasso o un Dalí, carece de sentido saber que la pintura ideal es la Mona Lisa (Sen, 2010: 47), esto significa que no ayuda a la elección social de políticas justas el conocimiento de una abstracción de justicia. Es cierto que es posible jerarquizar las elecciones sociales

en tanto más se acerquen o alejen del ideal, pero la discusión al respecto no puede avanzar mucho más. Por lo que, la pregunta sobre cuál sería la justicia ideal, si bien presenta interés teórico, es insuficiente al momento de resolver el problema fáctico de la justicia.

En efecto, en la concepción de justicia predominante priman preceptos liberales indiferentes a los procesos históricos, económicos, políticos y culturales existentes, concibiendo al individuo como un ser abstracto, aislado e interesado, que nace en un orden espontáneo y atemporal. Teoría ahistórica y asocial que omite las evidentes desigualdades en las distribuciones de poder y recursos, con una pretensión de universalidad que no da cuenta de las especificidades, desconociendo con ello la heterogeneidad y el pluralismo que coexiste en las sociedades y, por ende, las demandas de reconocimiento que se asocian con dichas particularidades.

Al respecto, uno de los cuestionamientos que Habermas (1998) le realiza a la idea de justicia de Rawls, se relaciona con la posibilidad de la imparcialidad del juicio mediante el velo de la ignorancia como privación de la razón práctica ya que, entre otras cosas, se entrapa en la dicotomía universalismo-pluralismo: sólo la existencia de una conciencia trascendental o “una comprensión del mundo universalmente válida” podría permitirse forjar representaciones de justicia imparciales, lo que no tiene cabida en el contexto actual de pluralismo social (Habermas 1998: 52). La única forma de solucionar esto sería quitando de la posición original el velo de la ignorancia y no excluyendo de entrada las diversas visiones de mundo, seleccionando principios de justicia a través de la acción comunicativa.

Por otra parte, esta discusión también se ve atravesada por la noción de libertad. Como es conocido, Isaiah Berlin (1988) propone dos conceptos de libertad contrapuestos entre sí: la libertad negativa, como la facultad para pensar y actuar según el juicio personal de cada individuo, suponiendo el principio de no interferencia, y la libertad positiva, la cual requiere de intervención para lograr un fin mayor. La libertad negativa se interpreta a partir de la abstracción de un individuo que espera la no interferencia entre él y su objeto de deseo, es decir la omisión de la acción de terceros. Mientras, la libertad positiva parte de una concepción situada que vincula a la o el individuo como parte de una comunidad (material, cultural y política), pues comprende a la libertad como autonomía, es decir como la capacidad de conseguir los objetivos deseados dada una realidad concreta que condiciona dicha capacidad. Para Berlin (1998) la libertad positiva surge de las “teorías políticas de la autorrealización” vinculadas con la idea de que un ser externo (el Estado) coacciona la libertad negativa de los individuos en nombre de un fin superior: justicia, moral, igualdad, etc.

De esta forma, para el individuo abstracto el único obstáculo que se le presenta entre él y su deseo es el Estado, la ley, la autoridad y/o poder. Para la o el sujeto situado el escenario es diferente, pues su libertad depende de la posibilidad real que tenga para abrirse camino frente a su deseo, entendido no como mero capricho,

sino como autorrealización. ¿Cuántas posibilidades de elección y de cumplimiento de objetivos superiores puede tener una persona que ha crecido privada de ciertos derechos sociales básicos como salud, educación o vivienda? La paradoja se presenta entonces cuando se obvian verdades materiales innegables como que la pobreza es una obstrucción a la libertad. En efecto, según Cohen (2014) el problema surge no porque las personas pobres carezcan de libertad, sino porque más bien la falta de dinero obstaculiza la posibilidad de ejercer la libertad que poseen. Cohen desmenuza la noción de libertad de la derecha política estableciendo la siguiente deducción: Si la carencia de medios no se debe a la interferencia del Estado (u otros obstrutores), ésta no significa falta de libertad. Y si el rol fundamental del Estado es proteger la libertad y la pobreza no es sinónimo de falta de libertad, en consecuencia “el alivio de la pobreza no forma parte de la principal función del gobierno.” (Cohen, 2014: 118-119).

Aunque Berlin niega este precepto y señala la necesidad de encontrar mecanismos que permitan el ejercicio de la libertad, considera que estos mecanismos siempre traerán aparejados sacrificios de libertad individual. No obstante, la ausencia de condiciones materiales también representa un obstáculo a la libertad negativa, sencillamente porque en un contexto de mercado el no tener dinero implica no poder hacer lo que se desea hacer. En efecto, Cohen rescata la noción de dinero de Marx, es decir no como una cosa sino como producto de una relación social, por lo que “la protesta de la izquierda contra la pobreza es una defensa de la libertad y, más específicamente, una protesta contra la extrema falta de libertad de los pobres en la sociedad capitalista y en favor de una distribución tanto más equitativa de la libertad” (Cohen, 2014: 144).

Desde el principio normativo de la igualdad también se observan contradicciones vinculadas a la sustancialidad de los derechos. La crítica desde la izquierda más usual en torno a los principios de la justicia liberal, se vincula en la búsqueda de una igualdad formal dejando de lado la igualdad sustantiva (Kymlicka, 1995), que requiere igualdad efectiva de oportunidades. Si la igualdad ante la ley es el fundamento del Estado liberal, la igualdad de oportunidades es el fundamento del Estado de democracia social (Bobbio, 1993). En una analogía de competición, la igualdad de oportunidades se consigue cuando no hay exclusión de participantes (por sexo, género, raza, clase, etnia, etc.) y cuando todo participante comienza la “carrera” desde un mismo punto de partida, para lo cual no se pueden invisibilizar las diferencias culturales o de reconocimiento, ni las materiales o de redistribución, como obstáculos para la consecución de este tipo de igualdad (Bobbio, 1993: 78).

Desde un liberalismo más igualitario, Dworkin (1993) plantea que la igualdad debe aspirar a reducir las diferencias y exclusiones sociales, pero no cree que una teoría de la justicia deba hacerse cargo de las desigualdades provocadas por decisiones negligentes (responsabilidad individual) ni poco afortunadas (*option luck*) de una persona. Por ello, una teoría de la justicia debe velar por la distribución de recursos sociales –en contraposición a los bienes primarios de Rawls–, los cuales se dividen

en recursos personales que corresponden a la distribución natural de talentos y capacidades, y los recursos impersonales, los cuales son transferibles y susceptibles de ser distribuidos mediante impuestos (Quispe, 2015: 224).

Por su parte Cohen (2014) entiende la igualdad de oportunidades como formas de reducir las restricciones que impiden que las oportunidades se distribuyan equitativamente. A partir de la importancia que se le asigna a la supresión de estas restricciones, establece tres tipos de igualdad: a) igualdad de oportunidades burguesa; la cual ofrece respuestas para las restricciones de estatus (posición social) y para las restricciones producto de percepciones sociales intolerantes, excluyentes o discriminatorias (racismo, sexismo, etc.) ampliando las oportunidades desde una perspectiva de derechos; b) igualdad moderada de oportunidades, igualdad rawlsiana o de izquierda liberal, la cual además de las dos restricciones recién mencionadas, combate aquellas producto de causas sociales no elegidas (como la privación social producida por la pobreza) por lo que exige discriminación positiva hacia aquellos que sufren estas restricciones, pero ignora las desigualdades naturales; y c) igualdad radical o socialista de oportunidades, la cual además de corregir las restricciones a la igualdad anteriores, también busca erradicar las desigualdades de nacimiento, es decir pretende hacerse cargo de todas las desventajas no elegidas –sociales o naturales– que al ser tales, no puede juzgarse a la persona como responsable de su situación.

En relación a la discusión abordada, es posible afirmar que los derechos sociales se presentan como plataformas de igualdad de oportunidades fundamentalmente desde la perspectiva de la izquierda socialista y en sólo en cierto sentido desde la izquierda liberal o rawlsiana, ya que la consecución de la igualdad a través de bienes primarios puede conseguirse mediante derechos o a través de otras fórmulas políticas. En este sentido, cobra relevancia la crítica de Habermas a Rawls, quien plantea como sinónimo el concepto de bienes sociales (valores teleológicos) con el concepto de derechos (normas deontológicas), cuando se tratan de nociones opuestas: la elección de bienes mediante elección racional plantea la selección de valores “que expresan las preferencias acerca de los bienes que en una determinada comunidad son considerados como deseables (...) los que se logran mediante acciones dirigidas a un fin” (Habermas, 1998: 48-49), mientras que los derechos plantean normas que se estipulan para todos por igual sin excepciones y, en tanto acciones dirigidas por reglas, son generalizaciones universales imposibles de relativizar como los valores. La universalidad de los derechos les da una pretensión de validez binaria, que es aceptada o no, más no puede establecerse grados de aceptación o disputar su preeminencia como con los valores. Crítica similar realiza Prieto (1985) a la teoría de Dworkin ya que si bien la distribución de recursos impersonales se puede conseguir a través de la positivación de derechos sociales que permitan satisfacer las necesidades sociales de una comunidad, al ser una teoría eminentemente liberal, los derechos sociales se presentan más como objetivos colectivos antes que como derechos básicos o fundamentales.

Con todo, es posible dar cuenta que la concepción situada de los derechos sociales, basada en un enfoque comparativo de justicia, aspira a conseguir la igualdad de oportunidades y el pleno ejercicio de la libertad. Sin embargo, su relativización en tanto derechos se debe a la ausencia de especificación jurídica y a la volatilidad con que se presentan las personas receptoras de los derechos, quienes no existen como sujetos jurídicos diferenciados, sino como individuos contratantes de derecho privado. Estas perspectivas mantienen vigente una institucionalidad decidida a defender a los derechos civiles por sobre los derechos sociales, mermando la consecución de fines normativos como libertad, igualdad o justicia.

3. Derechos sociales, ciudadanía, democracia y constitucionalismo

Como se ha reiterado, los derechos llamados de “primera generación”² se comprenden como derechos naturales que anteceden al Estado, pero además de esto, se conciben *en contra* del Estado. El derecho liberal clásico buscó restringir a cualquier autoridad que quisiera imponer arbitrariamente su voluntad sobre la de otro individuo, aunque dicho mandato proviniese del Papa, de un rey o del Estado. Y fundamentalmente del Estado. Contrarrestar la amenaza del “hombre como lobo del hombre” fue la finalidad del contrato constitutivo que crea a la comunidad política. Sin embargo, la fundación del Leviatán protector y el poder del cual se le dotaba podía derivar en tiranías que atentaran en contra de los derechos naturales. En efecto, era el Estado el que se erigía como el principal peligro para la libertad individual. La teoría de división de poderes de Montesquieu expresó el temor a la centralidad de todo el poder en un solo órgano, por lo que la separación de poderes y una Constitución que reconociera los derechos inalienables, se convirtieron en garantes institucionales del respeto incondicional a la libertad. Diseño institucional que se concibe como un muro de protección de los derechos individuales.

Según Gargarella (2015), este diseño se origina en el pacto liberal-conservador producto del miedo que generó en las élites las revoluciones europeas de 1848, permitiendo que los bandos liberales y conservadores se aliaran para defender constitucionalmente el derecho de propiedad, mediante la limitación en la distribución y organización del poder a las masas expropiadoras, generando un sistema institucional y un sistema judicial elitista y contramayoritario. Este diseño institucional que surge entre los siglos XVIII y XIX prevalece en la actualidad, por lo que la democratización de poder que se asegura mediante la proliferación de derechos se niega por la organización distributiva del poder, generando una visión

² No es casual denominar a los derechos civiles como de *primera generación*, en detrimento de los derechos sociales que se conciben como de *segunda o tercera generación*, lo que evidencia una institucionalidad que no los considera como derechos fundamentales por no tratarse de “derechos naturales”, los cuales se conciben como derechos de *primera generación*, en tanto esenciales para el desarrollo humano.

de política y de justicia vaciadas de ciudadanía. Esto trae aparejado consecuencias para la democracia que debe subordinarse a la Constitución en lo que respecta a los derechos individuales, pues son una garantía de defensa de las minorías en contra de las mayorías, por lo que los derechos individuales (incluyendo el derecho de propiedad) no pueden ser parte de una agenda de discusión política.

Los derechos negativos “en cuanto dictados por la naturaleza y no impuestos por una autoridad externa, son anteriores al Estado y constituyen, por tanto, para la autoridad política un límite insuperable” (Bobbio, 1991: 29), por esta razón al constituirse en contra del Estado, se erigen en contra del poder político y en consecuencia de la comunidad política (Atria, 2004; 2014). Esto implica proponer a un individuo aislado y abstracto sin necesidad ni posibilidad de deliberación pública, comprensión incompatible con la concepción de ciudadanía. En efecto, el pensamiento aristotélico define a la persona esencialmente como un *zoon politikón* que el devenir histórico tradujo como animal social, pero más bien responde a la traducción de animal político. El animal político entonces es aquel que sólo en la ciudad (*polis*) puede desarrollarse absolutamente en el entendido de que está “destinado” a ejercer una vida política. La naturaleza humana en Aristóteles no se fundamenta solamente en sus atributos sociales o gregarios (compartido por muchos animales), sino en su esencia ciudadana, que implica vivir en comunidad y participar en las decisiones públicas de la misma. La *polis* precede al ser humano y no al revés. Por su parte, a través de una visión más relacional que ontológica, Hannah Arendt (1997) retoma la noción de *zoon politikón*, pero lo rebate al dotarlo de una concepción dialógica, entendiendo a la política como una relación–entre–personas, antes que una esencia. Pero como naturaleza o relación, la ciudadanía es negada al restringir el debate político por una estructura de derechos indiscutible por razones de existencia prepolítica (Bobbio, 1991; Habermas, 2014).

Y es que la relación democracia–constitucionalismo ha sido conflictiva desde siempre debido a que parte de dos paradigmas opuestos. Por un lado, los constitucionalistas son más bien pesimistas acerca de la naturaleza humana y buscan principalmente limitar el poder con el objeto de que no se pierdan de vista los derechos fundamentales de las personas. Creen que los gobiernos por buscar la aprobación de la mayoría son capaces de violar los derechos inherentes a toda persona, siendo las minorías sociales las más perjudicadas, por lo cual el fin último de una Constitución es garantizar plenamente los derechos fundamentales de las personas entendidos como derechos–libertades. Contrariamente, la tradición democrática busca la autonomía política de la ciudadanía, por medio de derechos que posibiliten su participación plena en la toma de decisiones de la esfera pública. Confían en la naturaleza humana y su capacidad para decidir sabiamente por el colectivo, guiados por la “voluntad general” o por principios de libertad positiva. La soberanía del pueblo se expresa mediante el principio de la mayoría, para la cual no existen temas que no puedan ser sometidos a la deliberación pública (Holmes, 1999; Murphy, 1993). En el fondo la pregunta es: ¿la Constitución debe adaptarse a la democracia o la democracia a la Constitución?

Habermas (2014) lleva esta discusión a la tensión existente entre soberanía popular y derechos humanos, vale decir autogobierno o gobierno de la ley, suscitada entre liberales y republicanos. Como se ha insistido, para la lógica liberal el estatus de ciudadanía está delimitado por los derechos negativos, los cuales son resguardados por los marcos legales que permiten administrar los intereses privados sin mediar intervención externa. Para la visión republicana, no son los derechos negativos los que determinan a la ciudadanía, por el contrario, son los derechos basados en la libertad positiva los que garantizan la participación social y política de la ciudadanía, y con ello su autorrealización en tanto “ciudadanos políticamente autónomos de una comunidad de personas libres e iguales” (Habermas, 2014: 274). Mientras, la opción liberal no le da valor a la autorrealización como fin normativo, pues desde su perspectiva individualista la autorrealización sólo se interpreta como la obtención de metas personales. Lo importante es la distribución de derechos negativos con validez legal universal, derechos innatos y por ende incuestionables. El republicanismo al no creer en el derecho como autoridad natural, sino como una autoridad que surge del poder que le otorga la ciudadanía, concibe que el rol del Estado es garantizar la participación plena a través de una ciudadanía de “libres e iguales” capaces de deliberar sobre metas y fines sociales.

El propósito del republicanismo es la autoorganización política y del liberalismo la defensa de las libertades prepolíticas. Los republicanos conciben que las leyes deben someterse a la soberanía popular, mientras que los liberales subordinan las decisiones colectivas al imperio del derecho. Pero Habermas cree que hay una salida a esta dicotomía que deduce a partir de las nociones de Rousseau y Kant, según las cuales los derechos humanos y la soberanía popular se presuponen mutuamente. En efecto, ambos arguyeron la “cooriginalidad” de la democracia y los derechos humanos, Kant desde la autonomía moral del individuo en tanto razón y Rousseau desde la autonomía ética del macrosujeto (pueblo, colectivo) como voluntad. Y aunque para Habermas ambos fracasaron en su intento, a partir de sus razonamientos se puede establecer una síntesis liberal-republicana que comprenda que los derechos humanos se fundamentan desde el ejercicio de la soberanía popular que surge a través de la autonomía ciudadana, por medio de una política deliberativa, pues el “lenguaje comunicativo y argumentativo sirven para unir razón y voluntad”, por lo que “el contenido de los derechos humanos reside entonces en las condiciones formales para la institucionalización legal de los procesos discursivos de formación opinión y de la voluntad por medio de los cuales es posible ejercer la soberanía del pueblo” (Habermas, 2014: 279).

En este sentido, si se consideran a los derechos sociales como derechos fundamentales, y no se les excluye como meras metas sociales, se comprende que son precondiciones para ejercer la soberanía popular. Sobre esto, la tesis de Marshall (1998) trata precisamente sobre la sucesión de derechos que permiten ampliar los límites del estatus de ciudadanía. Esta perspectiva señala que, con el nacimiento de los derechos civiles, la libertad y la propiedad se interpretaron como sinónimos de ciudadanía,

o al revés, al poseer ciudadanía se tiene derecho a la libertad y a la propiedad. Los derechos políticos, por su parte, completaron la concepción de ciudadanía, entendiendo que para su consecución no basta con la promesa de libertad, sino que es necesario dar garantías para que las y los ciudadanos puedan transmitir sus ideas políticas en la esfera pública, concretándose por medio del derecho a sufragio y del derecho a participar en el ejercicio del poder. Los derechos sociales, en tanto, constituyen un esfuerzo por ampliar la noción de ciudadanía mediante la reducción de la brecha propia de las clases sociales, en término de desigualdades sustantivas: la ciudadanía iguala lo intrínsecamente desigual en un contexto de capitalismo y clases sociales (Marshall, 1998).

En este sentido la ciudadanía marshalliana parte del reconocimiento de un vínculo recíproco entre el Estado y sus habitantes, quienes son validados como integrantes de una comunidad política. Esta pertenencia o membresía política persigue la integración social, en virtud de que son los derechos los que otorgan un piso mínimo de igualdad en el contexto de las estratificadas sociedades modernas. Ciertamente, la ciudadanía es una condición que tiende a la igualdad de las y los miembros de una comunidad política organizada, igualdad en tanto derechos y deberes dentro de una tradición social y cultural específica. Las clases sociales son intrínsecamente jerárquicas, pues se diferencian entre sí por la posición que se ocupe en relación con los medios de producción, por definición tienden hacia la desigualdad. La ciudadanía, ergo, iguala la estructura desigual de las clases sociales, mediante los derechos civiles, políticos y sociales.

En un contexto de inexistencia de derechos positivos, la desigualdad latente, se convierte en desigualdad patente y la ciudadanía reduce su condición sustantiva a una condición meramente formalista, provocando una tensión normativa con el estatus propio de ciudadanía, ya que las diferencias cuantitativas pasan a ser, además, diferencias cualitativas. Por esta razón, si los derechos civiles y políticos otorgan una igualdad formal entre las y los miembros de una sociedad, los derechos sociales se orientan a otorgar una igualdad sustantiva. Al restarle a la ciudadanía su condición sustantiva, queda convertida en una institución formalista. Así, el énfasis liberal en los derechos civiles y políticos, en detrimento de los derechos sociales es unilateral en el sentido de que concibe al individuo aislado de la comunidad política, y por tanto niega al individuo situado; y es formalista, porque sólo asegura condiciones formales para el ejercicio de la libertad, restándole importancia a las condiciones sustantivas (Atria, 2004).

Sobre esto, Ferrajoli (2013; 2014) distingue entre lo que denomina democracia formal y democracia sustantiva. La primera sería de tipo procedimental, donde se responde a las preguntas sobre *quién* decide (el pueblo, sus representantes) y *cómo* se decide (reglas de decisión). Si bien la democracia formal –como aquella que dicta normas y mecanismos para satisfacer la voluntad del pueblo de autogobernarse de forma directa o indirecta– es condición necesaria para la democracia, no es condición suficiente para su desarrollo pleno. Para que una democracia pueda llamarse a sí

misma como tal, debe también preocuparse del *qué*, es decir del contenido de las decisiones, a la sustancia de la democracia, lo que incluye sus principios axiológicos como sus formas de aplicación.

Siguiendo las huellas de Marshall, para Ferrajoli la democracia civil se encargó de velar por los derechos civiles. La democracia liberal tuvo como contenido el aseguramiento de los derechos individuales de libertad. Su objetivo final, por tanto, fue reconocer y asegurar el pleno ejercicio y justiciabilidad de aquellos derechos. La democracia política hizo hincapié en el aseguramiento de los derechos políticos, su fin normativo estuvo orientado hacia el aseguramiento de la participación formal en la toma de decisiones públicas. La democracia social, en cambio, buscó el aseguramiento de los derechos sociales, pues su acento está puesto en la igualdad material.

Desde esta perspectiva, la democracia formal (o la dimensión formal de la democracia) busca satisfacer los derechos secundarios, entendidos como derechos-poder o derechos-medio, pues más que fines en sí mismos, son poderes o medios necesarios o habilitantes para la consecución de fines. Dotan de poder civil y político a la ciudadanía, para que pueda expresar su voluntad. Por su parte, la democracia sustancial (o su dimensión sustantiva) persigue fines normativos en relación al contenido de las decisiones, por lo que otorgan derechos-fin, pues tanto la vida, como la libertad y la igualdad, resultan ser fines en sí mismos que aseguran la integridad humana. Los primeros son derechos instrumentales, los segundos sustanciales.

Para conseguir una democracia plena, el jurista italiano propone la integración de sus dimensiones conformando a través de una democracia constitucional que define como aquella que se preocupa del *quién* decide y del *cómo* se decide, pero también del *qué* se decide. La democracia constitucional se entiende como un sistema que trata de combinar el ideal democrático con el ideal constitucional, un gobierno del pueblo con una noción de gobierno limitado y respetuoso de los derechos y libertades de la ciudadanía. Sobre esto, de acuerdo con Holmes (1999) la creencia de que la democracia constitucional es un oxímoron es “uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno” (Holmes, 1999: 219), ya que sin un marco regulatorio que defina la organización social y política la democracia puede peligrar, y a su vez, una sociedad con rigidez constitucional pero carente de participación tampoco es un ideal al cual aspirar.

En este sentido, y en torno a la disyuntiva sobre qué es lo prioritario lo que establece la Constitución o lo que decide un pueblo democráticamente haciendo uso de su facultad de autodeterminación, para Ferrajoli (2013) la democracia constitucional implica una visión garantista y dicha noción se relaciona con la aceptación de la rigidez constitucional. Si bien es verdad que la rigidez constitucional “ata las manos” a la autodeterminación de los pueblos cuando ésta se entiende como la prohibición de modificar la Constitución en toda circunstancia, y ata, asimismo, las decisiones de las generaciones futuras, Ferrajoli estima que por lo menos el sistema democrático y

los derechos fundamentales no deben someterse a juicio público. Pero lo interesante de esta perspectiva es que los derechos sociales sí están incluidos en los derechos constitucionales inviolables, y no sólo los derechos civiles y políticos. Esto implica un cambio en el paradigma de la democracia y su relación con el constitucionalismo, como un “nexo isomórfico” entre la teoría del derecho y la teoría política, entre lo jurídicamente válido (entendido como las normas establecidas por una sociedad con independencia de si son o no justas), y lo normativamente justo y democrático, de acuerdo a la teoría política.

En conclusión, la propuesta constitucionalista tradicional considera sólo a los derechos civiles y políticos como parte de los derechos fundamentales y excluye abiertamente a los derechos positivos por no tratarse de derechos naturales, y al considerar que la deliberación pública no puede cruzar los límites constitucionales, coarta la exigibilidad fáctica de los derechos sociales e imposibilita su discusión pública. La propuesta de Ferrajoli (2013; 2014), en cambio, incorpora los derechos sociales al considerarlos necesarios para la ampliación de ciudadanía en el sentido marshalliano, pero también en la ampliación de la democracia desde una perspectiva meramente formalista a una sustancial.

4. Derechos sociales, responsabilidad y cooperación

Otra de las críticas que se realiza constantemente a la exigencia de derechos sociales, es que esta petición proviene de una ciudadanía que no quiere asumir ningún deber, presumiendo que la incorporación de derechos sociales no se relaciona con el deber (Atria, 2014). En efecto, una de las críticas a la teoría marshalliana se relaciona precisamente con la idea de “promover una aceptación pasiva de los derechos ciudadanos, particularmente de los sociales, sin las correspondientes obligaciones que de ellos pudieran emanar hacia el resto de los ciudadanos” (Fierro, 2015, p.98). No obstante, a diferencia de los derechos civiles y políticos, la incorporación de derechos sociales lleva implícita la exigencia de mayores deberes en dos sentidos que se relacionan entre sí. El primero y el más evidente, advierte que no es posible la aplicación real de derechos sociales sin recursos, los cuales al provenir del Estado provienen a su vez de los impuestos, el deber por tanto está estipulado. El segundo es que el diseño de los Estados sociales (entendidos como aquellos que efectivizan los derechos sociales) presupone la cooperación y protección mutua entre los miembros de una sociedad. En efecto, el Estado social parte de la base de que ninguna persona por sí sola puede satisfacer sus necesidades básicas, y además se encuentra expuesta a riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, es decir basadas en la responsabilidad individual.

Ciertamente, la responsabilidad individual es uno de los principios más defendidos por la corriente liberal, pues el ejercicio de la libertad se asume con todo lo que ello implica: tanto posibilidades de elección, como los costos frente a las consecuencias de dicha elección. Esta premisa se puede binarizar en dos conceptos: mérito y sanción.

El mérito es el esfuerzo individual que posibilita alcanzar una recompensa a través de la responsabilidad individual, y la sanción el “castigo” que se sufre cuando se toman las decisiones equivocadas. Para ejemplificar esto Cohen (2011) recuerda la fábula de la cigarra y la hormiga, donde la primera se dedica todo el verano a cantar y disfrutar, mientras la segunda trabaja por recolectar comida para el invierno, por lo que una vez que empieza dicha estación, la hormiga se encuentra segura y con provisiones suficientes en su hogar, en cambio la cigarra pasa frío y hambre, lamentándose de su situación. Partiendo de la base que, como se mencionó en apartados anteriores, toda igualdad genera desigualdad, esta regla se puede considerar de completa justicia siempre y cuando exista igualdad de condiciones de origen, que permitiese aceptar por tanto la “desigualdad de provecho”, sin embargo, en una sociedad donde no existe esta igualdad de condiciones en términos absolutos, la sanción o penalización por las decisiones equivocadas o incluso negligentes carece de sentido.

De hecho, Hayek (2014) establece una distinción crucial entre mérito y éxito, partiendo de la premisa de que vivir en libertad produce necesariamente desigualdad, puesto que la desigualdad de talentos, potencialidades y capacidades es parte de la naturaleza humana, por lo que cualquier intento por asegurar igualdad es una amenaza a la libertad y es sólo fruto de la envidia hacia aquellas personas que gozan de talentos naturales que les permiten ser exitosas. Debido a que es difícil evaluar el mérito, pues según Hayek corresponde a un juicio subjetivo, las recompensas materiales deben ir de la mano del éxito, es decir de los resultados, lo único empíricamente evaluable: “De nada servirá a nuestro propósito que permitiésemos compartir el premio a todos los que realmente se han esforzado en la búsqueda del éxito” (Hayek, 2014: 210), y continúa “...de hecho, no deseamos que los hombres obtengan el máximo de mérito, sino que logren la máxima utilidad con el mínimo de sacrificio y esfuerzo y, por lo tanto, el mínimo de mérito” (Hayek, 2014: 212), negando con esto la idea de que el mérito necesariamente conlleva al éxito.

Esta discusión es relevante debido a que los derechos sociales se conciben como premios o regalías del Estado hacia una ciudadanía que no cumple con ningún deber o no hace ningún mérito para obtenerlo³, y es que la respuesta a esto no se obtiene desde el paradigma de la responsabilidad individual, sino en la responsabilidad social. Razón que permite comprender el carácter social de los derechos positivos que proviene de los principios de ayuda mutua, cooperación y reciprocidad. En este sentido, a diferencia de los derechos negativos, que conciben al individuo aislado de lo social y de la comunidad política, los derechos sociales se presentan como derechos comunitaristas, donde en la triada “libertad, igualdad y fraternidad” de la Revolución francesa, representan simbólicamente al concepto de fraternidad, mientras que la libertad se relaciona con los derechos civiles y la igualdad con los derechos políticos (Atria, 2014). El concepto de fraternidad es de difícil categorización porque en cierto sentido responde a un criterio religioso, pues se define como hermandad

³ De ahí que a los Estados de Bienestar se les llamase peyorativamente Estados Providencia.

afirmando la existencia de un origen común (Dios), por lo que en la actualidad su secularización⁴ propone el término de solidaridad.

Como expone Domènech (1993), la perspectiva de la fraternidad como solidaridad a diferencia de la igualdad y la libertad establece un criterio antiindividualista, toda vez que implica un nexo entre las y los integrantes de un grupo humano: “La libertad o la igualdad no presuponen vínculo afectivo positivo alguno entre los individuos; tampoco presuponen necesariamente lo contrario; son neutrales o indiferentes al respecto” (Domènech, 1993: 51). En efecto, el derecho liberal es indiferente a la cooperación, a la solidaridad, lo que prima es el derecho del “hombre egoísta” en cambio en los derechos positivos lo predominante es su carácter *social*, la noción colectiva y cooperativa de entender las relaciones sociales. En este sentido cobra relevancia el concepto de comunidad cuyo “requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen por la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos por los otros.” (Cohen, 2014: 191). Desde esta perspectiva, aunque las condiciones sociales sean iguales en cuanto a oportunidades y se pueda ejercer plenamente la libertad, para que exista comunidad debe existir además solidaridad y reciprocidad.

El problema del desplazamiento de la fraternidad, en contraste con la libertad y la igualdad, supone enfrentarnos a la despreocupación por el resto por tratarse de ajenos, extraños o posibles competidores. Visiones fomentadas por el liberalismo en general, y especialmente por el liberalismo propietario, a partir de ideas que conciben al “hombre como lobo del hombre” y a la persona como un “individuo racional”, racionalidad entendida de manera instrumental, como meras decisiones basadas en la reducción de costos y la maximización de beneficios. La lógica de mercado basada en la racionalidad del *homo economicus* es, por ende, incompatible con el principio de comunidad que imponen los derechos sociales. Es más, el ideal comunitario niega al mercado, toda vez que en la comunidad la cooperación no se relaciona con el interés individual, por el contrario, tiene que ver con el compromiso mutuo, sin esperar recompensa (Cohen, 2014: 193).

A partir de esta lógica Atria (2004) plantea que la introducción de derechos sociales son victorias del movimiento socialista, aunque para Gargarella (2004) la incorporación de demandas socialistas en una institucionalidad que nace a partir de revoluciones burguesas representa más bien su derrota. Y es que el diseño institucional liberal supone la existencia y necesidad sólo de derechos negativos, lo que en concreto significa que los derechos sociales son negados en tanto derechos, o bien se les intenta interpretar mediante la institucionalidad liberal, o sea a través de su individualización, lo que implica modificar su esencia cooperativa.

⁴ Y por cierto el desconocimiento de la mujer como sujeta social, ya que la fraternidad hace alusión a la hermandad entre *hombres*, en cambio para definir la hermandad entre *mujeres* es más correcto el concepto de sororidad, en tanto categoría política y reivindicativa.

Ciertamente, el paradigma principal de comprensión de los derechos es el patrimonial o privado, donde priman las ideas de libertad, contrato e individuo racional y propietario. Su predominio como modelo de interpretación jurídica se debe a que cuenta con al menos cuatro siglos de existencia. En cambio, el paradigma de los derechos sociales es reciente, tiene aproximadamente un siglo, y aún no ha logrado madurar del todo, razón por la cual los derechos de este tipo se suelen interpretar bajo la perspectiva del paradigma hegemónico cuyas características son otras (Courtis, 2007). Y una diferencia radical es precisamente que el derecho patrimonial se basa en el individuo, mientras que los derechos sociales son esencialmente colectivos (Atria, 2014; Courtis, 2007), lo que genera el problema de la inadecuación procesal para resolver los problemas que tienen un alcance colectivo desde el derecho privado. De esta forma, cuando se pretende defender a los derechos sociales, cooptándolos por el derecho liberal, refiriéndose a ellos como *iguales* a los derechos civiles, se está asumiendo justamente lo que el derecho social niega, y es la individualidad de los derechos. Como afirma Atria (2014) “el derecho liberal puede proteger lo que hoy se denomina derechos sociales con sus formas tradicionales de protección, pero al costo de transformarlos en derechos liberales. Es decir, al costo de des-socializarlos” (Atria, 2014: 35).

Pero desde otra perspectiva, se debe señalar que pese a su vindicación como derecho individual, lo cierto es que desde un punto de vista concreto los derechos civiles también precisan de una estructura social (Estado, sociedad, comunidad política organizada) que los proteja y garantice (Abramovich y Courtis, 2002; Holmes y Sunstein, 2011). La necesidad social de los derechos negativos no se reconoce básicamente por el aferrarse a las ideas *iusnaturalistas*. Ya Benjamin Constant afirmó que el mismo derecho de propiedad es un derecho social y no natural como aseveraba Locke, argumentando:

Varios de los que han defendido la propiedad de los otros derechos, por razones abstractas, me parece que han caído en un gran error: han representado la propiedad como algo misterioso, anterior a la sociedad, independiente de ella. Ninguna de estas aserciones es cierta. La propiedad no es en absoluto anterior a la sociedad, pues sin la asociación que le dé una garantía, ella sólo sería derecho del primer ocupante, en otras palabras, el derecho de la fuerza, es decir, un derecho que no lo es (en Godoy, 1995: 29).

Tugendhat (1998) establece que la propiedad entendida de esta forma no es más que un mito, ya que no es algo inherente al ser humano como lo podría ser la vida y porque no es concebible su existencia sin una sociedad que establezca un sistema de derechos y prohibiciones. “Lo que el liberal clásico ha olvidado es que la propiedad es una institución social” (Tugendhat, 1998: 246).

Lo anterior no implica que los derechos comparten sus atributos solidarios. La diferencia entre uno y otro se basa en que en el caso de los derechos individuales su esencia no es cooperativa, sino que necesitan una estructura social para su aplicación, en cambio los derechos sociales no sólo requieren dicha estructura social, sino que además son poseedores de una naturaleza comunitaria, reafirmando la noción de reciprocidad. El carácter social de los derechos positivos, por tanto, conlleva de forma implícita el deber y la responsabilidad con las y los demás, sin embargo, no de la misma forma que entiende el deber la perspectiva liberal, o sea como responsabilidad individual, sino como deber de protección con el resto de la ciudadanía (Atria, 2014: 53).

Conclusiones

La revisión de las discusiones teóricas sobre los derechos sociales y su relación con los derechos negativos permite dar cuenta de la imposibilidad de conseguir un consenso entre las posturas involucradas. Este debate cruzado por perspectivas asociadas a visiones de naturaleza humana, justicia, libertad, igualdad y comunidad confrontadas por siglos, confirma la necesidad de conocer las distintas nociones filosóficas que permean el debate de los derechos, para adoptar una posición y participar de la deliberación pública.

Como se observó, los principales argumentos en contra de la incorporación de derechos sociales se relacionan con su menosprecio como derechos fundamentales. Su supuesta creación *a posteriori* del contrato social es un pecado original imperdonable para el liberalismo en general, permitiendo concluir que para esta doctrina la pobreza o la desigualdad parecen ser “sacrificios” sociales necesarios para la realización de la libertad en tanto derecho natural. Sin embargo, el liberalismo no es unívoco, y es posible encontrar en las perspectivas más igualitarias como las de Rawls, Dworkin o Sen, mecanismos que buscan subsanar las desigualdades sociales que prevalecen en la sociedad, sin negar la preponderancia de la libertad por sobre cualquier otro fin normativo. Las perspectivas más propietaristas, en cambio, niegan cualquier intento de justicia distributiva tendiente a la búsqueda de la igualdad social, dando por sentado que las condiciones de injusticia no son producto de la distribución de propiedad, sino por el contrario se resuelven con más propiedad, contribuyendo a una visión ontológica basada en el egoísmo.

La colonización de lo colectivo, de lo público y de la solidaridad mutua, por parte de lo individual, de lo privado y del egoísmo competitivo, fomenta un estado de desarraigo total, donde la alienación, entendida como una separación con el mundo, se convierte en condición natural, donde las y los sujetos que presumen independencia y autodeterminación, parecen más bien desarraigados por su imposibilidad de percibirse como parte de la comunidad política. Es por esto que la adherencia a perspectivas liberales propietaristas se observa con recelo, pues si los límites de la ética se fundamentan en la defensa de la propiedad privada, por sobre

el derecho a una vida digna, a la autonomía política, o incluso por sobre el derecho a la vida (como lo expresara Sen), es posible tener una visión bastante pesimista del futuro de la humanidad.

La necesidad de derechos sociales entonces responde a un horizonte ético-político basado en la justicia, la libertad, la igualdad y la solidaridad que, consciente de las desigualdades inherentes al capitalismo, busca generar espacios colectivos de reciprocidad y reconocimiento para combatir la injusticia estructural de la sociedad, por lo que su garantización y exigibilidad en los textos constitucionales se concibe como normativamente deseable para alcanzar los fines sociales demandados por la ciudadanía.

Ahora bien, a partir de esto último es posible preguntarse si los derechos sociales constituyen una superación del capitalismo. La respuesta es que los derechos sociales *por sí solos* no pueden presentarse como una forma de superación del capitalismo. Basta recordar que el Estado de Bienestar es un modelo de Estado que intenta conciliar el principio de solidaridad con el principio de responsabilidad (Rosanvallon, 1995), combinando con éxito relativo derechos sociales *con* capitalismo, jamás sin él. Sin embargo, es posible afirmar que la desmercantilización de los derechos sociales se presenta más bien como una estrategia política que busca disputarle terreno al mercado, toda vez que pretende establecer dimensiones de bienestar a las cuales sea posible concurrir como ciudadanos o ciudadanas iguales en vez de como agentes de mercado (Atria, 2014), y en esta misma línea, busca devolverle al Estado la función de redistribuidor de los recursos públicos, en detrimento de la noción hegemónica que ve al mercado como el único y gran asignador de recursos, lo que en la práctica tiene efectos nocivos en la propia constitución de la ciudadanía política.

La desafección política provoca un quiebre en los vínculos sociales y genera relaciones basadas en la competencia y la exclusión, poniendo en tela de juicio el rol sustantivo de la ciudadanía, y por tanto a la democracia misma. En efecto, la democracia del nuevo liberalismo entiende a la ciudadanía como un agregado de individuos autointeresados, sentido radicalmente opuesto a la definición de ciudadanía y que más bien debería denominarse *individuanía*. Al ser lo político nada más que la administración del *statu quo*, se instrumentaliza a la ciudadanía política y se merman las posibilidades de deliberación pública. Y es que para la concepción propietarista la política y el mercado tienen el mismo funcionamiento, y por lo tanto los paradigmas que están detrás del procedimiento democrático son los mismos que están detrás del procedimiento capitalista. Pero además de eso, para esta corriente la democracia no es siquiera un fin normativo, como lo afirma Hayek (2014):

La democracia no entraña un valor último o absoluto y ha de ser juzgada por sus logros. Probablemente, la democracia es el mejor método de conseguir ciertos fines, pero no constituye un fin en sí mismo. Si bien el apelar a métodos democráticos parece lo más aconsejable cuando no haya duda alguna de que debe actuarse en el plano colectivo, el

problema referente a si es o no deseable una actuación de índole colectiva no puede resolverse apelando a la democracia. (Hayek, 2014: 232).

Desde esta perspectiva, el desconocimiento de los derechos sociales se plantea como un problema político, es decir que ciertamente tiene implicancias en dimensiones esencialmente políticas: en la concepción de democracia y en la construcción de ciudadanía. Los derechos sociales constituyen el piso jurídico para la conformación de la ciudadanía social, la cual viene a culminar y complementar las nociones de ciudadanía política y ciudadanía civil. El estatus de ciudadanía, por ende, se encuentra incompleto sin la consecución de la ciudadanía social, y esto a su vez repercute en la ciudadanía política y en la ciudadanía civil. En este sentido es que los derechos sociales se presentan como habilitantes de otros derechos. Por ejemplo, el derecho a la autonomía política se encuentra supeditado a la comprensión cabal de los asuntos políticos, y esto es posible gracias a la educación. Es más, uno de los argumentos a favor del sufragio censitario consistió precisamente en que las personas sin instrucción mínima no estaban habilitadas para tomar decisiones colectivas, es decir no eran seres autónomos. Por lo tanto, entendiéndose que los derechos sociales son derechos que reinterpretan y habilitan tanto a los derechos políticos, como a los derechos civiles, la factibilidad del desarrollo de una ciudadanía política en este marco parece truncado.

Sin embargo, como advierten tanto corrientes deliberativas como republicanas, no se debe olvidar que la incorporación sucesiva de derechos en los cuerpos legales de un país puede generar una expansión de la constitución que devenga en una *constitucionalización* de la vida pública, limitando el espacio para la acción política (Gargarella, 2015), argumento que ha sido reiterado para negar la incorporación de derechos sociales a los marcos legales acusando una judicialización de la política. Sobre esto, se debe señalar en primer lugar que los derechos sociales no se tratan de cualquier tipo de derechos, sino de derechos humanos que deben ser respetados como tales, y en segundo lugar, se debe comprender que la implementación de los mismos implica una proyección de carácter colectivo, planificación eminentemente política, capaz de vincular políticas públicas y derechos sociales como la “cara jurídica” de las mismas (Courtis, 2007).

En este último sentido, se retoma la propuesta de Ferrajoli (2013; 2014) para quien la democracia sustantiva requiere de las dimensiones formales, pero también de las dimensiones sustanciales, y esto implica reconocer a los derechos sociales como derechos fundamentales y asegurarlos como tales. La democracia en este sentido no debe convertirse en una hipóstasis o en un significativo vacío (en el sentido de Laclau), deslindándola de la realidad material y de las personas concretas que integran una comunidad política. Los juicios críticos de la ciudadanía surgen como protestas frente a la desigualdad, e indirectamente interrogan a la democracia como modelo político capaz de satisfacer realmente sus necesidades y sus aspiraciones de igualdad, libertad y justicia.

Así visto, los derechos sociales se presentan como precondiciones para el desarrollo de una democracia más radical de que la que conocemos, y en este sentido, contribuyen a alcanzar los fines normativos de igualdad, libertad, solidaridad y justicia, desde el entendimiento de que la sociedad no puede continuar profundizando la atomización, el individualismo y el apoliticismo. Usando las categorías que Marx establece en *Sobre la cuestión judía*, se puede afirmar entonces que si bien la consecución de derechos sociales no es la respuesta para conseguir la *emancipación humana*, sí contribuye a alcanzar la *emancipación política*.

Referencias

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- Arendt, Hannah (1997). *¿Qué es política?* Barcelona: Paidós.
- Atria, Fernando (2004). “¿Existen los Derechos Sociales?”. *Discusiones: Derechos Sociales*, n° 4, pp.15-59.
- Atria, Fernando (2014). *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: Lom.
- Berlin, Isaiah (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Bobbio, Norberto (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Chiarella, Paola (2014). “Norberto Bobbio y los derechos sociales: Elementos de reflexión”. *Derechos y Libertades*, n° 30, pp.173-194.
- Cohen, Gerald (2011). *¿Por qué no el socialismo?* Buenos Aires: Katz Editores.
- Cohen, Gerald (2014). *Por una vuelta al socialismo: o cómo el capitalismo nos hace menos libres*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Courtis, Christian (2007). “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en Ana Sojo y Andras Uthoff (compiladores). *Desempeño económico y política social en América Latina y El Caribe. Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*. México D.F: Editorial Fontamara.
- Domènech, Antoni (1993). “...Y fraternidad”. *Isegoría*, n°7, pp.49-78.
- Dworkin, Ronald (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.

- Ferrajoli, Luigi (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fierro, Jaime (2015). *La ciudadanía y sus límites*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Gargarella, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, Roberto (2004). “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen los Derechos Sociales?’ de Fernando Atria”. *Discusiones: Derechos Sociales*, n°4, pp. 61-70.
- Gargarella, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Godoy, Óscar (1995). “Selección de textos políticos de Benjamin Constant”. *Revista de Estudios Públicos*, n°59, pp.1-68.
- Habermas, Jürgen (1998). “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en Jürgen Habermas & John Rawls (editores). *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, Jürgen (2014). “Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en Fernando Vallespín y Rafael del Águila (editores). *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hayek, Friedrich (2014). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores
- Holmes, Stephen (1999). “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Jon Elster y Rune Slagstad (editores). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kymlicka, Will (1995). *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona: Ariel.
- Lovera, Domingo (2010). “Derechos Sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”, en Claudio Fuentes (editor). *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago: ICSO Universidad Diego Portales & Ediciones Böll Cono Sur.
- Marshall, Thomas y Bottomore, Tom (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Murphy, Walter (1993). “Constitutions, constitutionalism, and democracy”, en Douglas Greenberg, Stanley Katz y Steven Wheatley (editores). *Constitutionalism and democracy: Transitions in the contemporary world*. Nueva York: Oxford University Press.

- Nozick, Robert (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Prieto, Luis (1985). “Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.5, n°14, pp. 353-377.
- Quispe, María (2015). *Liberalismo igualitario y derechos sociales: Rawls, Dworkin y Sen*. Madrid: Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid.
- Rawls, John (2012). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rosanvallon, Pierre (1995). *La Nueva Cuestión Social. Repensar el Estado Providencia*. Buenos Aires: Manantial.
- Sen, Amartya (2010). *La idea de justicia*. México: Taurus.
- Tugendhat, Ernst (1998). *Ser-Verdad-Acción. Ensayos filosóficos*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Van Parijs, Philippe (1993). *¿Qué es una sociedad justa?* Barcelona: Ariel.