

Derechos sociales. Un nuevo paradigma de lo público

Fernando Atria

En colaboración con
Constanza Salgado y Javier Wilenmann



Sociología | CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS

Capítulo I

Derechos sociales y derechos individuales: las diferencias

¿Qué es lo que caracteriza a los derechos sociales? Esta es una pregunta que ha sido intensamente discutida, y en respuesta a la cual un consenso ha emergido en las últimas décadas, particularmente en Latinoamérica. La cuestión es si lo que define a los derechos sociales es su forma o su contenido. Es importante entender correctamente esta pregunta. No hay duda de que entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad, por ejemplo, hay diferencias de contenido: no es lo mismo un derecho a recibir ciertas prestaciones de salud que un derecho de señorío sobre las cosas. En cuanto a su contenido, entonces, el derecho a la salud y el derecho de propiedad son evidentemente distintos. La cuestión que ha sido intensamente discutida es si además de esta diferencia de contenido entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad hay una diferencia de forma o de estructura: ¿es el derecho a la salud un derecho *en el mismo sentido* en que lo es el derecho de propiedad?

Derechos sociales y «progresismo»: la exigibilidad judicial

Esta pregunta no es puramente teórica, sino fundamentalmente política. En efecto, las formas hoy tradicionales de protección de los derechos individuales (diversas formas de acciones judiciales, como recursos de amparo o protección) parecen o al menos parecían más eficaces para proteger estos derechos que para proteger los derechos sociales. La idea tradicional era que la «exigibilidad» a través de acciones judiciales caracteriza a los derechos individuales, mas no a los sociales. Estos debían realizarse a través de decisiones políticas. Es decir, el que cree que una acción arbitraria del Estado ha infringido, por ejemplo, su derecho a la propiedad, puede presentar ante la Corte de Apelaciones respectiva un recurso de protección para que esa acción del Estado sea declarada ilegal y el tribunal ordene al órgano

del Estado respectivo que haga lo que sea necesario para «restablecer el imperio del derecho» (art. 20 de la Constitución). Pero el que cree que el cobro de una cantidad de dinero como condición para matricularse en una universidad atenta contra su derecho a la educación no tiene una acción judicial para que el tribunal le ordene a la universidad que lo matricule sin exigir un cobro a cambio: lo que debe hacer es actuar políticamente para que la ley disponga la gratuidad de los estudios superiores. Mientras no haya una decisión legislativa, el derecho a la gratuidad no es judicialmente protegible. En este sentido, las formas jurisdiccionales de protección de derecho (como el recurso de protección) sirven para proteger los derechos individuales (como la propiedad) pero no los sociales (como la educación).

Si las diferencias entre derechos sociales y derechos individuales son de contenido solamente, entonces el hecho de que unos y no otros sean judicialmente protegibles es una diferencia sin justificación, y solo muestra que la ley trata los derechos sociales con menos respeto que los derechos individuales. Pero si hay diferencias de estructura entre ambos tipos de derechos, de modo que por su estructura los derechos individuales son protegibles a través de medios que no sirven para proteger a los derechos sociales, entonces la diferencia en la exigibilidad judicial no muestra una minusvaloración de los derechos sociales. En el primer caso, el hecho de que no pueda usarse el recurso de protección para proteger el derecho a la educación muestra que este derecho es un derecho de segunda clase; en el segundo caso, solo muestra que es un derecho de distinto tipo que el derecho de propiedad.

Por eso la pregunta que ha obsesionado a quienes se dedican al estudio y realización de los derechos sociales es: ¿qué explica la diferencia en los mecanismos institucionales de protección de derechos? ¿Es ella consecuencia de alguna diferencia estructural entre derechos sociales y derechos individuales, o es una manera de negar los derechos sociales?

La doctrina constitucional «progresista» actual es unánime: no hay diferencias estructurales entre estos tipos de derechos, por lo que la única razón para que no sean igualmente accionables es que se trata de derechos de segunda clase. Defender los derechos sociales hoy, dice esta doctrina, es luchar para que esta diferencia injustificable sea eliminada, y los derechos sociales sean tan «exigibles» judicialmente como los derechos individuales. Bajo esta perspectiva, la izquierda debe luchar por los derechos sociales, y la primera lucha es porque se les reconozca la misma importancia que a los derechos individuales, lo que quiere decir: que reciban la misma protección judicial. Y en esta lucha los juristas «progresistas» han sido notablemente exitosos, porque hoy la accionabilidad judicial de los derechos sociales es,

al menos en Latinoamérica, algo que puede darse por hecho¹². Los (pocos) casos en que esto no es así son ampliamente considerados como un notorio desequilibrio que se debe a consideraciones ideológicas (neoliberales)¹³.

A mi juicio, esto es un serio error. Las diferencias en las formas institucionales de protección y realización de los derechos sociales y los derechos individuales son consecuencia de que mientras los primeros corresponden a una comprensión de la ciudadanía incompatible con el derecho liberal, los segundos son la manifestación más perspicua del derecho liberal. Se sigue de esto que las formas tradicionales del derecho liberal no pueden contener a los derechos sociales.

Uno podría pensar que la idea anterior ha sido refutada por el hecho de que los derechos sociales están siendo protegidos hoy en día por las mismas acciones que antes se decía que eran incompatibles con ellos. ¿Qué mejor demostración de que algo es posible que el hecho de que ocurra? Pero las cuestiones no son tan simples. 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. Esto muestra algo interesante: al discutir sobre formas de protección de los derechos sociales no estamos discutiendo sobre cuáles son las formas más adecuadas para proteger algo que permanece constante. La forma de protección redefine lo protegido. Al discutir sobre formas de protección de los derechos sociales estamos discutiendo *qué son* los derechos sociales.

Precisamente por esto me interesa distinguir la crítica a la comprensión actual de los derechos sociales hecha desde el concepto original (socialista) de derechos sociales, de otras críticas liberales a dicha comprensión. Para eso debemos comenzar considerando una de estas últimas. Y lo haremos aprovechando algunos textos que el profesor Ottfried Höffe ha escrito al respecto.

La razón por la que haremos referencia a Höffe no es que nos interese especialmente discutir aquí sus ideas. Es que su explicación de lo que caracteriza a los derechos sociales y los distingue de los derechos civiles y políticos es especialmente clara y transparente, de modo que al discutirla podemos identificar los problemas que nos interesan con claridad.

.....
12 Incluso en sistemas jurídicos, como el chileno, en que hay reglas constitucionales expresas (neoliberalmente motivadas, por cierto) que limitan la accionabilidad de los derechos sociales.

13 Como sucede en el caso de Chile con el recurso de protección. Por eso la tesis de este capítulo (que los derechos sociales en tanto sociales no pueden ser judicialmente exigibles) parece alinearme, en Chile, ¡con la constitución de Pinochet! Este libro es una explicación de por qué esto es solo apariencia.

El derecho «liberal»

Como una cuestión preliminar me interesa clarificar el sentido de la expresión «derecho liberal». En vez de ella, antes se usaba la expresión «derecho burgués», pero esta terminó adquiriendo un contenido peyorativo tan marcado que es difícil entenderla como un intento de descripción. Por esta razón, aquí se usa la primera. La mejor manera de explicar el sentido de este concepto no estará, sin embargo, disponible hasta el capítulo XI, donde se explica la distinción entre lo público y lo privado (por eso, puede ser recomendable que el lector vuelva sobre esta sección después de haber leído ese capítulo). Por ahora, diremos que en el capítulo XI el derecho liberal se entiende como derecho privado, es decir, un derecho que no tiene otra finalidad que limitar los medios a través de los cuales cada uno puede usar el poder que tenga, sea este poco o mucho, para perseguir sus fines. El paradigma de «derecho liberal» en este sentido es el derecho de la contratación. El sentido del derecho de contratos es que, en la negociación de los términos del contrato, cada parte usará todo el poder que tenga para obtener las mejores condiciones. La ley le impide a cada uno usar ciertos medios (no pueden engañar ni amenazar, por ejemplo, porque eso implica que el contrato es nulo), y esto fija ciertos límites externos a lo que cada parte puede hacer al negociar. Pero, dentro de esos límites, cada uno actuará movido por la finalidad de obtener lo que más pueda. Como veremos más adelante, el derecho liberal es indiferente a la cooperación en este sentido: existe para permitirle a cada uno perseguir de modo eficaz sus fines, no para crear estructuras cooperativas entre sujetos que reconocen tener intereses comunes. Las estructuras del derecho liberal tienen la finalidad de crear condiciones para que los individuos cooperen, y en este sentido son estructuras que suponen que ellos poseen intereses comunes, pero descansan en modos de acción que los niegan. Así, por ejemplo, el derecho de contratos descansa en la idea de intercambio entre sujetos que se reconocen recíprocamente (esa es la razón por la que los contratos obtenidos con engaño o amenazas son nulos), pero crea condiciones para que cada individuo actúe estratégicamente, es decir, mirando solo a su interés particular y negando el interés del otro.

Para entender esta idea de derecho liberal, considérese el caso del derecho laboral. El contrato de trabajo, antes del surgimiento del derecho del trabajo, era simplemente un contrato más, sujeto a la regulación general del derecho de contratos. En las circunstancias materiales en las que típicamente se encontraban empleador y trabajador, sin embargo, eso implicaba que las condiciones del contrato estaban sistemáticamente desequilibradas a favor del empleador. Este desequilibrio no era consecuencia de una preferencia

legal positiva, porque el derecho de contratos es formalmente imparcial entre los intereses de ambas partes. En este sentido, el derecho liberal es un derecho que descansa en la igualdad ante la ley de todos los individuos. El derecho del trabajo es consecuencia de la constatación de que sujetar a un régimen de perfecta simetría las relaciones de empleador y trabajador tiene una consecuencia asimétrica, porque en los hechos sus posiciones son asimétricas. Entonces es necesario crear un régimen legal que, apartándose de los principios del derecho liberal, trate de modo asimétrico al trabajador y al empleador: la ley protege al trabajador y mejora su situación frente al empleador, por lo que ya no puede decirse que sea imparcial entre trabajador y empleador. El derecho laboral (que incluye cuestiones como sindicalización y negociación colectiva, condiciones mínimas de contratación, proscripción de las prácticas antisindicales, etc.) es un derecho que se separa de la lógica simétrica del derecho liberal. Pero es fundamental notar que la razón por la que el derecho del trabajo se separa de la lógica simétrica del derecho de contratos es para realizar la misma idea que inspiraba al derecho liberal, la idea de que existe una relación de igualdad entre ambas partes. El derecho laboral no niega la idea en la que descansa el derecho de contratos, sino que da cuenta de las circunstancias concretas en las que las partes del contrato de trabajo se encuentran.

Lo dicho sobre el derecho de contratos y el derecho laboral puede extenderse fácilmente a otras esferas del derecho y en ellas puede observarse durante el siglo XX, con mayor o menor nitidez, un desenvolvimiento similar: el movimiento desde la responsabilidad por culpa de la llamada responsabilidad «objetiva» en el derecho de daños, y desde el derecho de contratos hacia el derecho del consumidor en la contratación masiva; el surgimiento de las superintendencias u otros órganos públicos encargados de la fiscalización de quienes tienen exceso de poder fáctico (como las isapres, las AFP o los bancos respecto de sus clientes, o las sociedades anónimas respecto de sus accionistas y el público en general, etc.); el derecho de la libre competencia, etc.¹⁴. En todos estos casos, la pretensión detrás del cambio es la misma: complementar la garantía formal de entrega de iguales poderes implícita en el derecho liberal con condiciones que hagan probable su realización, asumiendo el contexto fáctico en el que se desarrollan (la brutal diferencia en el poder que tiene el empleador y el trabajador; la

14 En el caso del derecho tributario, el tránsito es desde un derecho en el que los tributos son precios de bienes públicos (y su principio distributivo es el del beneficio) a uno en que ellos son entendidos como contribución a una empresa común (y su principio distributivo es la capacidad contributiva). Esto, sin embargo, requiere explicaciones adicionales. Véase Salgado y Atría, «Impuestos, gasto público y derechos sociales».

asimetría de las posiciones del consumidor y de la empresa; la evidente posibilidad de acuerdos colusivos entre empresas, etc.).

Las diferencias entre derechos sociales y derechos individuales

Höffe cree que ambos tipos de derechos son efectivamente distintos. Sus diferencias estructurales serían consecuencia de una diferencia fundamental, que implica la prioridad de los derechos «de libertad negativa» (=individuales) sobre los «de libertad positiva» (=sociales)¹⁵. Esta diferencia se explica porque «los derechos de libertad negativa son, como tales, indiferentes a la cooperación; los derechos de libertad positiva son, en contraste, dependientes de la cooperación»¹⁶.

De la diferencia fundamental así identificada se seguirían, según Höffe, otras:

En primer lugar, como sus nombres lo indican, ambos tipos de derechos se distinguen en que unos son negativos y otros positivos. Tratándose de derechos sociales, lo que importa ya no es un conjunto de prohibiciones establecidas en favor del titular de un derecho, sino provisiones positivas de comida, vestimenta, abrigo, salud y educación, para mencionar algunos¹⁷.

En segundo lugar, los derechos sociales serían sensibles a la escasez, lo que implica que las exigencias que se fundan en ellos pueden ser derrotadas por la carencia de recursos, mientras los derechos de libertad negativa no están expuestos a ser derrotados de ese modo: «Con la excepción de la auto-defensa, es siempre el caso que el que mata viola un derecho humano»¹⁸.

La segunda diferencia implica una tercera: el contenido de los derechos sociales es sensible al desarrollo económico y a la cultura de un modo en que el de los derechos de libertad negativa no lo es: «Los derechos sociales dependen de la cultura y de los recursos»¹⁹.

La tesis hoy dominante, que se entiende a sí misma como «progresista» y que al menos en Latinoamérica es prácticamente unánime, rechaza estas diferencias, alegando que ellas, por así decirlo, pertenecen a la gramática superficial de los derechos. A mi juicio, esta observación es correcta. Es decir,

15 Höffe, *Democracy in an Age of Globalization*, 47.

16 *Ibíd.*

17 *Ibíd.*

18 *Ibíd.* Es extraño que Höffe ignore, dado el clima intelectual actual, el tema de la eutanasia.

19 *Ibíd.*

el «progresista» actual tiene razón en que las diferencias estructurales que encuentra Höffe no justifican la conclusión de que se trata de derechos de estructuras distintas. Las diferencias apuntadas por Höffe, desde este punto de vista, o son inexistentes, y parecen plausibles solo adoptando una óptica innecesaria e injustificadamente estrecha, o son diferencias de contenido, no de estructura. Y el punto no es si entre derechos sociales y derechos de primera generación hay diferencias de contenido, porque desde luego las hay. El punto es si hay diferencias más profundas, en su estructura, que tengan consecuencias institucionales respecto de cada categoría.

Aunque al rechazar esta última caracterización del sentido de estas diferencias el «progresista» tiene razón, a mi juicio es Höffe el que está en lo correcto cuando afirma que existe una diferencia estructural entre ambos tipos de derechos. Precisamente porque esta diferencia es importante y debe ser reconocida, es fundamental localizarla correctamente, y por eso debemos comenzar explicando por qué las características diferenciadoras tradicionales que Höffe explica deben ser descartadas. Y deben serlo no para argumentar que no hay diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos de libertad negativa; al contrario, precisamente porque dicha diferencia debe ser rescatada y defendida en nombre de los derechos sociales es que es importante mostrar que las que encuentra Höffe son superficiales, porque no dan cuenta de lo que los derechos sociales representan. Höffe cree que puede acomodar los derechos sociales en una teoría contractualista de la justicia, cuando, en realidad, ellos muestran los límites que tiene dicha teoría o, si se me permite expresarlo de un modo más polémico, la razón por la que una teoría contractualista (o, lo que es lo mismo, liberal) de la justicia debe ser abandonada.

¿Son las diferencias superficiales o profundas?

Las diferencias que Höffe encuentra entre derechos sociales y derechos de libertad negativa son evidentes. Es decir, son enteramente visibles. Por consiguiente, cualquier respuesta a Höffe debe dar cuenta de ellas, aunque sea en un sentido distinto al que él les da.

En primer lugar, es importante notar que la distinción entre derechos negativos y derechos de prestación es una distinción que, a pesar de su aparente evidencia, descansa en buena medida en el lenguaje utilizado para describir las acciones que los cumplen o infringen. Toda acción se puede describir como una omisión. Pero decir que los derechos de libertad negativa exigen solo una abstención es algo enteramente falso. La razón es distinta de la que habitualmente se ofrece. Así, un argumento normal

en contra de esta diferencia es que los derechos civiles y políticos también exigen acciones del Estado, como el derecho al debido proceso que le obliga a hacer lo necesario para garantizarlo²⁰. Pero esto es un error. Aquí, el derecho es el de libertad negativa, es decir, un derecho de no interferencia. El derecho al debido proceso aparece como enumerando las condiciones que las acciones del Estado deben satisfacer para que su interferencia con la libertad del individuo no cuente como infracción de su derecho a la libertad.

Por consiguiente, la manera de mostrar el error de Höffe no es escudriñar este o aquel derecho de libertad negativa buscando algún aspecto que exija una acción del Estado. La objeción es más radical, y puede formularse fácilmente con el lenguaje del derecho penal. En efecto, para el derecho penal es relativamente obvio que un delito tipificado en términos activos puede realizarse mediante omisiones. Los delitos de ‘comisión por omisión’ o de omisión *impropia* se diferencian precisamente de los delitos de omisión *propia*, en que los primeros están legalmente configurados como delitos comisivos, y exigen por consiguiente para su perpetración la realización de una acción que atenta contra el bien jurídico (como el homicidio: «el que matare a otro...»)²¹. Como lo sancionado es una acción, el deber que imponen en tanto regla de comportamiento es un deber *negativo*, el deber de no realizar una acción (no robar, no matar, etc.). Pero la tipificación de un delito comisivo implica la tipificación de un delito de omisión impropia, lo que quiere decir: el deber de no realizar una acción puede transformarse en un deber de actuar. Si los derechos de libertad negativa admiten ser infringidos mediante comisión por omisión, no puede decirse que ellos impongan solo el deber de renunciar a algo.

Ahora bien, esto no quiere decir que no haya diferencia entre acción y omisión. No toda omisión que contribuye causalmente al resultado lesivo (en rigor: no todo caso de omitir interrumpir un curso causal que lleva al resultado lesivo) constituye un delito de comisión por omisión. Para que el resultado lesivo sea imputable al que omitió actuar, es necesario un elemento adicional. Distintas consideraciones pueden ser aquí relevantes, pero hay una que nos resultará especialmente útil: si el que omitió actuar, pudiendo evitar el resultado lesivo, tenía un deber precedente de acción, entonces su omisión puede ser calificada de «causa» penalmente relevante del resultado lesivo. Normalmente, ese deber precedente de acción tiene su origen en una posición especial de garante. Así, el salvavidas que no socorre

20 Véase Elster, «Is there a right to work?» y sobre esto, Atria, «¿Existen derechos sociales?», 2013.

21 Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, §6.4.1.

al bañista que se está ahogando es responsable de homicidio por omisión si el bañista muere, pero no puede decirse lo mismo del otro bañista que también omite socorrer a la víctima. Un bañista no tiene, en circunstancias normales, un deber de socorrer a otro bañista en problemas, pero un salvavidas sí lo tiene si este se está ahogando en la piscina que ese salvavidas tiene el deber de velar.

En el capítulo II, la idea de que para pasar de un deber negativo a un deber positivo es necesario fundar un deber especial de cuidado será de cierta importancia, porque permitirá explicar por qué los derechos «naturales» son habitualmente vistos como derechos negativos. Pero por ahora nos importa notar solo que la plausibilidad de la tesis de que los derechos de libertad negativa son derechos negativos implica negar la posibilidad de la comisión por omisión. Si Höffe tiene razón, y los derechos de libertad negativa son efectivamente derechos a una abstención y no a una acción, eso no se debe a la estructura de los derechos de libertad negativa, sino a que respecto de ellos no puede fundarse un deber capaz de transformar ('meras') omisiones en formas de comisión por omisión. Dicho de otro modo, no es mirando al aspecto activo de los derechos de libertad negativa (es decir, al interés que protegen) que encontraremos la explicación, sino atendiendo a la posición previa en la que se encuentran sus sujetos pasivos (libres de estos deberes antecedentes).

En cuanto a la sensibilidad de los derechos sociales a la escasez, se trata de un tema importante y que será discutido con detención en el capítulo III. Por ahora, sin embargo, podemos decir que Höffe confunde el significado del enunciado que describe el derecho con su aplicación. Es claro que las condiciones culturales y materiales de una sociedad tienen impacto en el contenido de los derechos sociales. Pero hay que diferenciar el hecho de que en las circunstancias sea imposible o inexigible cumplir un derecho y el hecho de una determinada acción no sea parte de las acciones requeridas por el derecho. Lo primero no es novedoso, y vale para cualquier enunciado normativo que habrá circunstancias en las que el deber que él impone será o al menos podrá ser vencido. Höffe cree que esto marca una diferencia entre derechos sociales y de libertad negativa, porque solo los primeros son derrotados por la escasez. La escasez no excusa el asesinato (al menos no por regla general: pero ¿qué debemos decir en el caso que discute Lon Fuller, en el que cinco exploradores se quedan atrapados en una caverna y sortean entre ellos a quién matar para alimentarse, y así poder sobrevivir?²²). La categoría relevante no es escasez, sino «circunstancias en

.....
22 Fuller, «The Case of the Speluncean Explorers».

las que respetar el derecho impone al deudor una carga exagerada». Como los derechos sociales normalmente aparecen en la forma de reclamos por la provisión de ciertos servicios, la manera en que esas circunstancias se configuran asume normalmente la forma de la escasez material: dada la escasez material, cumplir con el derecho a la vivienda, por hipótesis, puede redundar en un sacrificio demasiado considerable de otras cuestiones, y dicho conflicto ha de solucionarse en desmedro del derecho a la vivienda. Pero una vez que notamos que la escasez es solo una instancia particular de una posibilidad genérica, es decir, es solo uno de los casos en los que actuar conforme al derecho impone al deudor una carga inusualmente alta, podemos notar que los derechos de libertad negativa están expuestos a la misma limitación. Por eso no corresponde simplemente descontar, como lo hace Höffe, los casos de legítima defensa. Y a los casos de legítima defensa es posible agregar los casos de estado de necesidad (como el caso de las siamesas maltesas Jodie y Mary, decidido en 2002 por el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales²³).

Ahora bien, lo que da plausibilidad a la observación de Höffe sobre la derrotabilidad de los derechos sociales versus la no derrotabilidad de los derechos de libertad negativa es la diversa manera en que normalmente sería descrita la situación en la que las circunstancias hacen especialmente onerosa o derechamente imposible la satisfacción del derecho. En efecto, la escasez tiene el efecto —cuando ella es relevante en el sentido que nos importa— de impedir que se le impute al agente relevante una acción de la que luego podríamos preguntarnos si infringe o no el derecho (no diremos que el Estado infringe el derecho a la vivienda si la razón por la que no provee de viviendas dignas a todos es que es materialmente imposible; diremos que en esas circunstancias no hay derecho a una vivienda para cada uno). Cuando se trata, por ejemplo, de legítima defensa, la acción susceptible de ser descrita como infracción del derecho es imputada al agente (y solo después de esto justificada). Esto es importante, pero no porque muestre una mayor exposición de los derechos sociales a la derrotabilidad, sino porque apunta a la diversa vinculación que en ambos casos existe entre la atribución del derecho y la especificación de la acción que lo cumple o infringe, y en particular del agente de cuya infracción se trata. Para explicar esta diferencia deberemos distinguir, como lo haremos en el capítulo III, entre dos dimensiones de los derechos: una que considera cuál es el contenido del derecho (qué es aquello a lo que el titular de un derecho tiene derecho) y otra que intenta determinar qué es lo que se le debe al titular de

.....
23 Re A (Children) (Surgical separation) [2001] 2 WLR [Weekly Law Reports] 480.

un derecho cuando las condiciones materiales hacen imposible la realización plena del derecho.

La tercera diferencia que apunta Höffe es que el contenido de los derechos sociales es sensible a las condiciones culturales, mientras que el de los derechos de libertad negativa no lo es. De nuevo, esto es intuitivamente correcto, pero solo hasta que uno recuerda que los derechos pueden infringirse no solo con dolo, sino también con culpa —es decir, por acción negligente—. Y el estándar de diligencia es evidentemente sensible a consideraciones culturales. Asumiendo que las reglas sobre seguridad en el trabajo, por ejemplo, son manifestación del derecho a la vida o a la integridad física, es claro que la determinación de qué es aquello a lo que esos derechos obligan es sensible al desarrollo material y cultural.

Capítulo II

Los derechos sociales como injertos

La discusión contenida en el capítulo anterior reproduce la situación habitual entre juristas en relación con el tema de los derechos sociales: los juristas liberales afirman que los derechos sociales son distintos de los derechos individuales, y para eso dan una serie de razones como las que hemos visto que ofrece Höffe. A eso el jurista «progresista» responde disolviendo tales diferencias, mostrando que ellas o son inexistentes o se refieren a la gramática superficial de los derechos sociales.

Pero eso no da cuenta del problema real.

Los derechos sociales como injertos

Hay aquí una notoria ironía, y ella puede observarse volviendo precisamente al punto inicial de Höffe. El surgimiento de la idea misma de derechos sociales solo puede ser entendido como una crítica a la idea individualista de derechos (naturales), precisamente porque estos son indiferentes a la cooperación («los derechos del hombre egoísta», los llamó Marx²⁴). La idea de derechos sociales surge, entonces, como una forma de afirmar la importancia que —en términos de la justicia— tiene la idea de la realización recíproca, en contra de una teoría liberal que ve la realización humana como una cuestión fundamentalmente individual. En esta clave, entonces, es crucial mantener la distinción entre derechos sociales y derechos de libertad negativa. De lo que se trata es de subvertir una idea, la de derecho (subjetivo), para volverla contra sí misma. Por eso, los derechos sociales solo pueden ser entendidos como injertos anómalos en el derecho liberal, porque el derecho liberal está construido sobre la base de la idea de derecho subjetivo.

Por supuesto, para que sean injertos, los derechos sociales debieron ser formulados en términos que les permitieran ser identificados y reconocidos

24 Marx, «Sobre la cuestión judía».

por la racionalidad del cuerpo receptor. Esa es la razón por la cual tienen que ser entendidos como «derechos». Este es por supuesto un movimiento arriesgado. El riesgo es usualmente asociado con la crítica izquierdista a la social democracia, sobre la cual ya hemos dicho algo en el ensayo introductorio. Porque aunque la idea que fundamenta los derechos sociales es opuesta a la que fundamenta el derecho liberal, el lenguaje que utiliza para expresarla no es el lenguaje de la oposición (el cual no podría ser entendido por la racionalidad del cuerpo receptor), sino el de la continuidad. Pero continuidad transformadora: los derechos sociales como la completa realización de lo que hay de importante en los derechos que son centrales para el derecho liberal (los derechos civiles y políticos). Esta es la importancia de la afirmación de T. H. Marshall (sobre la que habremos de volver) según la cual los derechos aparecen progresivamente en la historia²⁵: los derechos civiles (siglo XVIII) son seguidos por los derechos políticos (siglo XIX) y luego por los derechos sociales (siglo XX). El punto no es, por supuesto, cuán exacta es esta progresión en términos de siglos y derechos. Lo que es importante es la idea de movimiento, en la cual cada paso desarrolla más plenamente el sentido del paso anterior. Marshall expresa esta idea como la idea de ciudadanía.

Obsérvese que lo mismo podría ser afirmado respecto de la trilogía revolucionaria: libertad, igualdad, fraternidad. Cada una de estas ideas realiza más plena y concretamente el contenido de la idea anterior: la igualdad es la realización de la libertad (porque, en las palabras de Billy Bragg, «la libertad es meramente un privilegio extendido, a menos que sea para todos y cada uno») y la fraternidad es la realización de la igualdad (ya que la idea de fraternidad muestra que la realización humana no puede ser individual sino recíproca). Lo mismo sucede con los derechos: los derechos políticos muestran los derechos civiles bajo una nueva luz, los derechos sociales transforman (o, podríamos decir, transfiguran) la idea de derechos civiles y políticos. Es decir, el siglo XIX revela que la lucha por los derechos civiles no es completa mientras no alcance los derechos políticos. Y el siglo XX muestra que la lucha por los derechos civiles y políticos se realiza, se consuma, en la lucha por los derechos sociales.

Ahora bien, el riesgo «socialdemócrata», que explica por qué en su momento esta expresión tenía, en la izquierda, un contenido peyorativo, es que, por el hecho de usar el lenguaje del cuerpo receptor (el lenguaje de los derechos), el intento de reinterpretar la racionalidad del cuerpo receptor a la luz de la racionalidad propia del injerto inmediatamente crea la posibilidad

25 Marshall, *Citizenship and Social Class*, 8-17.

de neutralización: esto sucede cuando el contenido transformador del injerto es negado por la vía de reinterpretarlo de acuerdo con la lógica del cuerpo receptor. O dicho de otro modo: el injerto configura una situación inestable, es decir, una situación que tiene una tendencia immanente a su resolución. Esta resolución puede, en principio, alcanzarse de cualquiera de estas dos maneras: por la vía de la transformación del receptor o por la normalización del injerto extraño. En el primer caso, el derecho liberal habría dejado de ser derecho liberal, o al menos habría dejado de ser un sistema de derecho construido sobre la base de la noción de derecho subjetivo, indiferente a la cooperación, y se construiría sobre la idea de deber recíproco, constitutiva de los derechos sociales; en el segundo caso, los derechos sociales dejarían de entenderse como ideas fundadas en la noción de deber recíproco y pasarían a entenderse a la manera del derecho liberal, es decir, indiferentes a la cooperación.

La ironía, sin embargo, es que hoy son los defensores de los derechos sociales los que alegan estentóreamente que no hay diferencia entre derechos sociales y derechos individuales, sin darse cuenta de que para eso deben transformarlos en posiciones indiferentes a la cooperación. El derecho a la salud, por ejemplo, deja de ser el derecho a un sistema que provea de prestaciones de salud conforme a la necesidad de cada uno y no conforme a la capacidad de pago en el mercado, y pasa a ser un derecho a que la necesidad de uno sea atendida aun cuando su costo parezca exagerado si se consideran las otras necesidades que por eso quedarán sin cubrir. Respecto de estas otras necesidades, el que recurre de amparo ante el juez puede decir lo mismo que las partes en el mercado: ¿soy acaso yo el guardián de mi hermano? (= me es indiferente qué consecuencias para otros tenga el hecho de que mi necesidad sea atendida).

Si evitamos esta conclusión irónica, debemos decir que los derechos sociales son estructuralmente distintos a los derechos de libertad negativa. Pero las formas habituales de explicar esa diferencia (como la distinción derechos negativos-positivos o la distinción sensibilidad-insensibilidad a la escasez o la cultura) no son aptas para mostrar su sentido político, como hemos visto (porque son superficiales). El punto de partida de Höffe, conforme al cual los derechos de libertad negativa son indiferentes a la cooperación, mientras los derechos sociales se fundan en ella, es promisorio, pero parece tomar la conclusión como premisa; en efecto, si lo que queremos saber es cuál es la distinción entre ambos tipos de derechos, nos ha de interesar qué aspecto de esos derechos es el que explica que unos sean indiferentes a la cooperación y otros la supongan.

Lo peculiar de los derechos de libertad negativa es que *la especificación de su aspecto activo es inmediatamente una especificación de su aspecto pasivo*. La especificación completa del contenido de un derecho supone identificar tres elementos: su sujeto activo, su sujeto pasivo y una acción determinada que no es obligatorio realizar (en lo que W. N. Hohfeld llama «privilegio» y que posteriormente ha recibido la mejor denominación de «libertad») o que debe ser realizada (que sería el caso de lo que Hohfeld llama «derecho»²⁶). Los derechos de libertad negativa son derechos en los cuales la posición dominante es la posición activa, porque basta especificar qué es aquello a lo que el titular tiene derecho para proveer una especificación completa del contenido del mismo²⁷. Así, corriendo el riesgo de sobresimplificar las cosas, podemos decir: el derecho a la vida es el derecho a no ser asesinado. El aspecto pasivo es el reflejo del aspecto activo, dirigido genéricamente en contra de un sujeto universal. Del aspecto activo del derecho a la vida se sigue inmediatamente su aspecto pasivo, es decir, una especificación completa de *quién tiene qué deber*. El sujeto pasivo ha de ser universal porque estos derechos son derechos «naturales». Su ser «naturales» no es una afirmación sobre lo que ocurrió efectivamente en un tiempo pasado y lejano donde no había gobierno alguno, sino una afirmación de carácter político: son derechos que no suponen ningún tipo de vínculo artificial (= no natural, es decir, político) entre los individuos.

Tratándose de los derechos sociales, una especificación del interés al que el derecho sirve —es decir, su aspecto activo— no es suficiente para especificar su contenido pasivo. En otras palabras, no es suficiente identificar un interés digno de protección para fundar un deber de protegerlo. Esto es lo que Höffe observa cuando objeta que

algunos tratan las demandas que persiguen esta naturaleza social multifacética de modo generoso. Sin ninguna demarcación conceptual, formulan extensas listas de derechos sociales a partir de obligaciones de solidaridad y filantropía o incluso una determinación posterior de su base legitimatoria. Esta falta

26 Hohfeld, «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning».

27 Hay una manera diferente y no relacionada de identificar la posición «dominante» en un par de opuestos jurídicos: mirando la acción en cuestión. Así, en la oposición derecho/deber, la posición dominante es la pasiva (el deber), porque la acción relevante es siempre una acción del deudor. En la oposición libertad/no-derecho la posición dominante sería la del titular de la libertad porque la acción relevante es su acción (u omisión). Solo menciono esto para prevenir la confusión entre este sentido de la posición dominante y el sentido en que yo estoy usando la expresión en el libro.

de una base adecuada no puede solucionarse por la frecuente e incluso inflamatoria apelación a la justicia social en la política²⁸.

El exceso de entusiasmo en que incurren estos defensores de los derechos sociales consiste en entender que es suficiente encontrar algún aspecto del bienestar de alguien que es importante para concluir que entonces todo ser humano tiene derecho a lo que es necesario para satisfacer ese aspecto de su bienestar. Pero esto es inaceptable, porque ignora que de lo que se trata es de fundar deberes de individuos, y para fundar el deber de X de proveer de algo a Y no es suficiente mostrar que para Y sería bueno tener ese algo. La pregunta es, entonces, cómo ha de ser salvada la brecha entre el interés del titular y el deber del obligado.

El contrato social y sus límites

¿Tiene una teoría contractualista de la justicia un determinado contenido *qua* contractualista? En general, los autores contractualistas no se detienen a preguntarse cuál es el contenido sustantivo de la metáfora que utilizan, y suelen presentarla diciendo que tiene una finalidad puramente expositiva, de modo que la justifican mostrando que es «una manera útil de estudiar las teorías éticas y sus supuestos subyacentes»²⁹. A mi juicio, sin embargo, la idea de derechos sociales es apta para mostrar que la metáfora no es inocente y tiene, ella misma y con independencia del modo en que es desarrollada, contenido.

La necesidad de vadear la brecha entre interés y deber

El punto en que habíamos quedado en la sección anterior es que tratándose de derechos sociales la especificación del contenido activo del derecho no provee una especificación del contenido del deber correlativo. La posición del derecho indica el interés que el derecho protege, pero la apelación al interés protegido no es suficientemente específica para determinar el contenido del deber (quién está obligado a qué). Cuando se trata de derechos civiles, ese interés es especificado por referencia a la interferencia de otros. Así, el interés protegido por el derecho a la vida no es solo el interés de continuar viviendo, es el de estar libre de la agresión de otros. Es esta referencia a la interferencia de otros la que hace que, al caracterizar dicho interés, el

.....
²⁸ Höffe, *Democracy in an Age of Globalization*, 46.

²⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, §3.

aspecto pasivo quede completamente delimitado. Pero cuando se trata de derechos sociales (a la educación o a la protección de la salud, por ejemplo) el interés protegido no es caracterizado por referencia a la acción de otros, sino solo en atención al bienestar del titular del derecho. ¿Cómo pasar de una afirmación sobre el bienestar del titular del derecho a una afirmación sobre el deber de otros?

Según el modo en que la brecha entre el interés y el deber correlativo al derecho sea vadeada, dos concepciones de los derechos sociales son posibles. Una teoría contractualista de los derechos sociales ofrece la primera posibilidad. La que entiende los derechos sociales como derechos de ciudadanía, la segunda.

Una teoría contractualista descansa en la afirmación de que los individuos tienen intereses que están en contraposición y para coordinarlos recurren al contrato. Lo que lleva a las partes a contratar es su deseo de asegurar sus intereses y el hecho de que es racional para ellas, dadas las circunstancias, renunciar a algo (como su libertad natural o el derecho a adjudicar el derecho natural) para alcanzar cierto nivel de protección. Como el contrato es el fundamento de todo vínculo político, ningún deber que suponga la existencia de vínculos políticos puede preexistir al contrato; y por eso, respecto de los derechos naturales, no es posible la comisión por omisión (no hay cómo fundamentar una posición especial de garante antes del contrato, porque antes del contrato no hay relaciones especiales)³⁰. En una teoría contractualista,

30 Höffe reprocha a Nozick y a Locke que en su caracterización del estado de naturaleza ellos «prematadamente cortaron el proceso de abstracción requerido por el estado de naturaleza», al afirmar que en ese estado habría derecho natural (del cual fluyen derechos subjetivos que entonces se llaman: «naturales»). De acuerdo a Höffe «el estado de naturaleza debe ser imaginado no solo libre del Estado sino adicionalmente libre de todo derecho subjetivo» (Höffe, *Democracy in an Age of Globalization*, 189). Por las razones explicadas en el texto, esto es a mi juicio un error. Lo que el estado de naturaleza exige es la exclusión de todo lo que supone un vínculo político entre individuos, porque el contrato, que pretende ser el medio idóneo para salir del estado de naturaleza, es lo que proveerá de fundamento a cualquier vínculo político. En algunas de sus comprensiones (como las de Locke y Nozick, precisamente) el derecho natural se define precisamente como el derecho que vale en ausencia de todo vínculo político. No hay, por eso, contradicción ni interrupción arbitraria del proceso de abstracción en una teoría del estado de naturaleza que recurre al derecho natural. Nótese que con esto no estoy afirmando la existencia de derecho natural en estado de naturaleza. Solo que autores como Nozick y Locke no incurrir en una «*petitio principii*» (ibíd.) al hacer referencia al derecho en estado de naturaleza. Por supuesto, que una afirmación no envuelva una *petitio principii* no implica que sea correcta. Dicho de otro modo, si es correcto decir que «el estado primario de naturaleza está vacío de derecho y de Estado» (ibíd., 29), eso es consecuencia, en lo que se refiere al derecho, de una tesis sobre el derecho (=que es creado por la autoridad constituida, por lo que «derecho natural» es una contradicción en los términos) no del concepto de estado de naturaleza.

por consiguiente, el único espacio que hay para fundar derechos sociales es el interés racional de cada uno en asegurar que cada uno se beneficiará del contrato de modo de poder exigirle, a cambio, la renuncia a su libertad natural. Esto por supuesto permite salvar la brecha entre interés y deber: la autoridad del derecho solo puede justificarse por referencia al hecho de que estar sujeto al derecho mejora la condición de cada individuo, de forma tal que sería irracional rechazar dicha autoridad. Solo si esta condición se cumple podemos considerar su rechazo como un caso de *free-riding* y, por tanto, ignorar su rechazo. Así, todos podemos estar de acuerdo en garantizar un bienestar mínimo a los más desafortunados de manera tal que todos se beneficien del hecho de pasar del estado de naturaleza al estado civil. Este bienestar mínimo constituye la justificación contractualista de los derechos de «libertad positiva»³¹. La consecuencia política de esta manera de vadear la distancia entre interés y deber es clara. Los derechos sociales aquí no son derechos que manifiesten un ideal de igualdad, sino una protección contra la pobreza, y no pueden servir para fundar servicios públicos universales, sino solo políticas sociales estrictamente focalizadas (*means-tested*). En estricto rigor, el fundamento de estas políticas no es el bienestar del pobre que recibe alguna prestación mínima, sino el del rico que la financia (con bienes sobre los que tiene un derecho «natural» de propiedad), porque de ese modo asegura que el pobre estará vinculado por el contrato y sujeto, entonces, a la autoridad del derecho y del Estado.

La segunda manera de entender los derechos sociales es la que ofrece T. H. Marshall, en su ya citado *Citizenship and Social Class*³². Bajo esta comprensión, los derechos sociales constituyen la sustancia de la ciudadanía: su contenido. Los derechos sociales contienen la idea de que ciertos aspectos del bienestar de cada uno son responsabilidad de todos, y porque descansan en la idea de realización recíproca, no pueden ser entendidos como indiferentes a la cooperación. Pero en estos términos los derechos sociales no pueden ser identificados en estado de naturaleza, porque ellos *suponen el vínculo*

31 Nuevamente, a riesgo de excesiva simplificación podemos afirmar que va en el interés del rico que el pobre se vea sujeto al derecho, y por tanto, va en beneficio del rico asegurar que el paso del estado de naturaleza al estado civil sea beneficioso para el pobre. En efecto, para que la sujeción al derecho sea legítima respecto de alguien es necesario mostrar que para ese individuo el paso de un estado a otro es beneficioso (porque solo entonces sería irracional de su parte negarse). Que esta condición se obtiene respecto del que en estado civil es rico es obvio, pero es menos obvio si ella se obtiene o no respecto del pobre. Los derechos a un mínimo garantizan que ella se obtenga.

32 Marshall, *Citizenship and Social Class*.

(de ciudadanía) que el contrato pretende fundar, y por eso no pueden ser fundados en el contexto de una teoría contractualista de la justicia.

Hoy, quienes se presentan a sí mismos como los defensores más enfáticos de los derechos sociales basan esa «defensa» en la negación de la diferencia entre derechos sociales y derechos civiles. Como hemos visto, la diferencia consiste en que los derechos sociales presuponen un vínculo especial que permite vadear la distancia entre interés protegido y deber. Estos juristas «progresistas», al negar la necesidad de ofrecer un argumento que permita cerrar esta brecha, pierden la idea de derechos sociales en clave marshalliana y usan su retórica para alegar estentóreamente por derechos a un mínimo, porque lo que les interesa es que estos sean judicialmente exigibles. Esto último, nos dicen, es lo que marca los derechos sociales como *derechos*. Así se explica, a mi juicio, la popularidad actual de dos ideas que se fortalecen recíprocamente, cuya hegemonía es la medida en la que el sentido político detrás de los derechos sociales ha sido derrotado.

La primera es una justificación contractualista de la asociación política, que se presenta como si fuera políticamente inocente. Es decir, como si fuera neutral en la oposición izquierda-derecha, con la consecuencia de que podrán haber contractualismos ‘de izquierda’, como el de Rawls³³, y contractualismos ‘de derecha’, como el de Nozick³⁴. Pero en términos de derechos sociales, el contractualismo es una manera de cerrar la brecha entre interés y deber, por lo que no es políticamente neutral: implica la afirmación de que la igualdad es políticamente irrelevante, y lo que es relevante es solo la pobreza (más o menos extrema, según el caso). Esta es la razón por la cual la idea de ciudadanía no puede sino jugar un rol secundario: lo políticamente fundamental es la protección de intereses que pueden ser identificados en el estado de naturaleza.

La neutralización de los derechos sociales

La segunda idea se refiere a la neutralización de los derechos sociales. A mi juicio, la noción marshalliana de derechos sociales es la que expresa su verdadero contenido, no solo en tanto derechos, sino también en tanto sociales (es decir, se trata de derechos del ciudadano situado, y por eso no pueden ser identificados cuando se prescinde del vínculo de ciudadanía, como ha de ocurrir en el estado de naturaleza). Al excluir la posibilidad marshalliana de cerrar la brecha entre interés y deber apelando a la noción

33 Rawls, *A Theory of Justice*.

34 Nozick, *Anarchy, State and Utopia*.

de ciudadanía, esta idea de derechos sociales es neutralizada. Es incorporada al derecho liberal, pero solo en los términos en que el derecho liberal realmente existente puede incorporarla. El derecho liberal es el derecho de los derechos civiles, por lo que los derechos sociales solo pueden ser incorporados al derecho liberal por la vía de desocializarlos, y para eso han de ser entendidos a la manera contractualista, como derechos a un mínimo, y no como derechos de ciudadanía.

Esto neutraliza los derechos sociales porque, como hemos visto, los derechos sociales en su comprensión genuina (como derechos de ciudadanía) han de ser entendidos como injertos extraños en un cuerpo de derecho liberal, lo que habría de configurar una situación inestable. Esta inestabilidad implicaba una tendencia interna a resolverse, mediante la transformación del derecho liberal, que dejaría de ser un derecho fundado en la idea liberal de autointerés y pasaría a estar fundado en la idea socialista de deberes recíprocos. Pero hoy la inestabilidad ha sido resuelta por los propios partidarios de los derechos sociales, no mediante la transformación del derecho liberal, sino de la transformación de los derechos sociales (mediante la normalización del injerto extraño en el cuerpo receptor): mirando el modo en que la brecha entre interés y deber es cerrada, resulta ahora evidente que son los propios derechos sociales los que se basan en la idea de autointerés que funda el derecho liberal.

Estas dos ideas se fortalecen recíprocamente, porque la segunda da credenciales a la primera: como en su sentido neutralizado los derechos sociales pueden ser fundados por una doctrina contractualista, el contractualismo puede ser la gramática común en la cual hoy se expresan las mismas viejas posturas políticas, cuando en realidad la hegemonía contractualista es la medida de la derrota de una de ellas.

Capítulo IV

Los derechos sociales como pedagogía lenta

¿Tiene la justicia historia?

Ahora podemos retomar el argumento donde lo dejamos al final del capítulo II. El contractualismo es la negación de la igualdad como cuestión políticamente relevante y su reemplazo por la de la pobreza o, en términos de Rawls, la situación de los «más desfavorecidos». Lo que no suele plantearse es por qué deberíamos adoptar una teoría contractualista y, cuando se lo hace, se procede como si la forma contractualista de una teoría no tuviera relevancia sustantiva. Ya hemos observado que Rawls la justifica apelando puramente a su claridad expositiva, a la manera en que permite identificar las teorías éticas y sus supuestos. Pero dadas las consecuencias políticas que hemos encontrado en esa perspectiva, es claro que los argumentos para asumirla no pueden apelar solo a una virtud metodológica. Cuando se trata de cuestiones políticamente importantes, es evidente que la claridad es algo relevante para la reflexión, pero sería absurdo decir que ha de ser usada como el criterio político fundamental. Por consiguiente, ahora necesitamos plantear la pregunta: ¿por qué el contractualismo?

Toda doctrina contractualista supone la prioridad del individuo frente a la comunidad. Esta prioridad no es vulgarmente ‘normativa’, como si se tratara de responder si los individuos son para el Estado o el Estado para los individuos. La prioridad que supone todo contractualismo consiste en que la legitimidad de lo político se encuentra fuera de lo político, en la perspectiva de individuos que no tienen vínculos políticos entre sí (como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano). Es desde esa perspectiva prepolítica que los términos de la asociación política han de determinarse. Por lo mismo, la justicia no tiene historia: las condiciones de legitimidad del Estado se determinan por referencia a lo que individuos sin vínculos políticos pactarían entre ellos, por lo que los principios de justicia política no se desarrollan en la historia. Desde cualquier punto de la historia en el

que nos encontremos, en principio podremos siempre volver a preguntarnos qué es lo que pactaríamos en la posición original y, como la pregunta y sus condiciones son siempre las mismas, la respuesta también ha de serlo. El contenido de ese pacto son principios que son válidos «*once and for all*»³⁷. De esta forma, el contractualismo excluye radicalmente la posibilidad de lo que Charles Taylor, en otro contexto, ha llamado la *pedagogía lenta*, es decir, la idea de que lo que nos debemos recíprocamente es algo que aprendemos llevando vidas políticas:

Dios educa a la humanidad lentamente, la modifica lentamente transformándola desde dentro [...]. Pero al mismo tiempo, la pedagogía es secuestrada, usurpada y mal aplicada; la educación ocurre en este campo de resistencia³⁸.

Por supuesto, en el contexto de esta discusión no es necesario hacer referencia a Dios y, como ocurre con los términos teológicos, siempre es posible volverlos sobre ellos mismos y darles una lectura política. Una paráfrasis política de la idea de Taylor es que la educación de la que se trata es la del pueblo: el pueblo se educa lentamente, a través de la convivencia política, y aprende progresivamente qué significa vivir reconociendo al otro. Así, el pueblo se transforma a sí mismo, aunque, al mismo tiempo, esta pedagogía siempre puede ser usurpada y mal aplicada: la educación política ocurre en este campo de resistencia.

Lo que esto quiere decir es que, por supuesto, si uno mira desde el Estado de naturaleza o la posición original, lo que encontrará son individuos que no se reconocen recíprocamente, o que lo hacen en sentido puramente instrumental: cada uno quiere servirse de los demás para sus propios fines. Pero el hecho de vivir juntos nos enseña cómo entender al otro, reconociéndolo³⁹.

El contractualismo es una doctrina de la negación; de la negación de la posibilidad de la pedagogía lenta. Dado que le otorga prioridad al individuo respecto de la comunidad, entiende que la vida política es irrelevante

37 Rawls, *A Theory of Justice*, 12, 161, 175.

38 Taylor, *A Secular Age*, 668.

39 En este sentido, *Gran Torino*, de Clint Eastwood, es una película con un tan evidente como improbable contenido político: la exasperante testarudez de Walt Kowalski le lleva a seguir viviendo en el mismo lugar donde había vivido siempre, y como consecuencia de los cambios en la composición demográfica del barrio vivía rodeado de inmigrantes asiáticos a los que despreciaba. Pero vivía *cerca* de ellos, y esta cercanía hizo inevitable el surgimiento de relaciones de reconocimiento. Tan inevitable lo hizo, que dichas relaciones surgieron a pesar de que él hizo todo lo posible, salvo huir, para evitarlo.

respecto de los derechos o deberes fundamentales de cada uno. Y esto tiene otra consecuencia. Ya hemos observado que, para el contractualismo, la justicia no tiene historia. Pero sí hay una historia de lo que podríamos llamar la «tecnología institucional de la justicia», es decir la cuestión de cuáles son las formas más adecuadas para proteger los derechos naturales de los individuos. Por eso una teoría contractualista (liberal) de la justicia, como deja en claro la primera frase del libro de Rawls, se aplica no a los individuos y su conducta, sino a las instituciones.

¿Cómo justificar todas estas consecuencias? Aquí es útil volver a Höffe, que se plantea la pregunta o por lo menos ofrece una respuesta apelando a algo menos superficial que la «claridad expositiva»:

Las dos interpretaciones básicas del Estado, institucional y personal, pueden ser entendidas como polos opuestos, de modo que las demandas morales que la polis impone pueden ser dirigidas exclusivamente ya a las instituciones, ya a las personas. Quienes descansan solo en la moral individual esperan un mejor, o posiblemente nuevo, ser humano, libre de cualquier auto-interés. El liberalismo político ve aquí una demanda no realista y excesiva, y *solo por esta razón* identifica a la teoría del contrato como una alternativa a la ética de la virtud. Adicionalmente, entiende las virtudes cívicas como elementos particularistas que no son compatibles con principios universales⁴⁰.

Nótese: el (*único*) argumento para una teoría contractualista es que una *ética de la virtud* no es realista. ¡Por supuesto no es realista, si uno se pregunta por ella en el contexto del estado de naturaleza (o la posición original)! Pero viviendo con otros es menos irrealista, al menos si uno entiende el problema no como un máximo (individuos 'libres de cualquier autointerés') sino como un movimiento (individuos que van aprendiendo, al vivir con otros, a tomar en cuenta los intereses de esos otros).

Es en este contexto que la cuestión de los derechos sociales debe ubicarse. Si la pregunta es formulada, como lo hace el contractualismo, *sub specie aeternitatis*, de modo que sea posible responder «*once and for all*», ¿qué aspecto del bienestar del otro es mi deber? La respuesta será la mínima (derechos «negativos»: no agresión). Para esta respuesta, lo que ofende a la justicia es la situación de quienes viven bajo ese mínimo. Los derechos «sociales» serán entendidos como derechos individuales a un mínimo. En los términos indicados más arriba, esto es una forma de neutralización de

40 Höffe, *Democracy in an Age of Globalization*, 132 (destacado agregado).

los derechos sociales: ellos ya no son conceptos que subvierten el concepto de derecho subjetivo, sino que su contenido está dado por lo que puede ser garantizado como un derecho subjetivo.

Es importante entender la forma del argumento en cuestión: la razón por la que se justifica una teoría contractualista, según Höffe, y la razón por la que la posición para juzgar los principios de la justicia es la óptica de individuos independientes entre sí y mutuamente desinteresados, no es un argumento positivo acerca de una teoría de este tipo o una teoría sobre la 'verdadera' forma de motivación humana, sino que es, por así decirlo, una opción por defecto, fundada en que una perspectiva diferente sería exigir demasiado, sería «una demanda no realista y excesiva»⁴¹. Tan excesiva, por cierto, como la expectativa de que el primerizo toque correctamente una sonata de Beethoven.

El vecino y el extraño

Aquí puede ser iluminador considerar una idea que, escondida en un texto que es poco más que un panfleto, ha recibido menos atención de la que merece. En el volumen 2 de *Law, Legislation and Liberty*, de F. Hayek, titulado *The Mirage of Social Justice*⁴², el autor sostiene que:

Los sentimientos morales que se expresan en la demanda por «justicia social» derivan de una actitud que en condiciones más primitivas el individuo desarrolló hacia los demás miembros del pequeño grupo al que pertenecía. Hacia un miembro personalmente conocido del grupo puede bien haber un deber de asistencia y de ajustar las acciones propias a sus necesidades. Esto es posible por el conocimiento de su persona y sus circunstancias⁴³.

Esta condición primitiva cambia, sostiene Hayek, en la «gran sociedad», que implicó la extensión del proceso de intercambio más allá de esos grupos pequeños, y que, a su vez, solo fue posible en la medida en que a extraños y forasteros se les reconoció el mismo estatus que a los miembros del grupo. Hayek continúa:

41 Ibid.

42 A diferencia de este volumen 2 de la trilogía, que como está dicho en el texto es poco más que un panfleto, el volumen 1 (*Rules and Order*) es un libro interesante, que contiene una idea importante para pensar la pedagogía lenta. Al respecto, véase Atria, «Socialismo hayekiano».

43 Hayek, *The Mirage of Social Justice*, 88.

La aplicación de las mismas reglas de conducta justa a las relaciones con todos los hombres es correctamente considerado uno de los grandes logros de la sociedad liberal. Lo que no es habitualmente comprendido es que esta extensión de las mismas reglas a las relaciones con todos los demás hombres (más allá de los grupos íntimos como la familia y los amigos personales) requiere que al menos algunas de las reglas que regían las relaciones entre los miembros del grupo más pequeño sean atenuadas. *Si los deberes legales hacia los extraños o forasteros han de ser los mismos que los deberes hacia los miembros del grupo, estos deben ser reducidos a lo que sea que es posible aplicar al extranjero*⁴⁴.

Este punto es importante: la universalización de los derechos implica negar la posición especial del cercano (= próximo, prójimo), lo que en rigor exige tornar irrelevante el vínculo de ciudadanía, porque este no es un vínculo universal sino particular, uno que liga entre sí a un grupo delimitado de individuos. Cuando Hayek sostiene que este paso, el de la universalización de los derechos, es «uno de los grandes logros de la sociedad liberal», es difícil no estar de acuerdo con él. Pero el punto es que para dar ese paso es necesario fijar el contenido de mi deber con mi vecino de acuerdo con el contenido de mi deber con el forastero. En gran parte es ahí donde obtiene su fuerza la idea de contrato social: mi deber con el otro tiene que poder ser establecido en una situación anterior a lo político, porque de otro modo no podría ser entendido como universal. Pero, entonces, el contenido de ese deber tiene que ser mínimo. En consecuencia, solo se trata de derechos de libertad negativa, y de derechos «sociales» mínimos (que por lo mismo, de sociales solo tienen el nombre), es decir, de derechos sociales justificados no por deberes recíprocos fundados en la idea de comunidad, sino como condiciones que garantizan que el paso del estado natural al estado civil sea conveniente para todos. Políticamente hablando, esto quiere decir que esos derechos están limitados a un mínimo, y lo que los infringe no es la desigualdad, sino la pobreza. Jurídicamente hablando, esto se ha traducido en un enorme aumento de la relevancia del derecho internacional de los derechos sociales. La significación de esto es precisamente la que estamos discutiendo: los derechos sociales no pueden ser entendidos en el sentido de Marshall, como derechos de ciudadanía.

El argumento de Hayek se sostiene solo si se ignora la idea tayloriana de pedagogía lenta. En efecto, si la pregunta es cuáles son los derechos y deberes de cada uno *once and for all*, entonces, precisamente, como para

.....
44 *Ibíd.* (cursivas agregadas).

responderla en términos universales será necesario recurrir a la idea de estado de naturaleza o algún equivalente funcional de la misma (como la posición original), será difícil no dar una respuesta fundada en los aspectos más primitivos del comportamiento humano, como lo vio Einstein (por eso hay tanto neoliberal neodarwinista). Esta comprensión entiende que *humanidad* es un dato biológico. Para una comprensión política (o tayloriana), la idea de ‘humanidad’ es una meta de la historia, una meta cuyo valor no reside en que vaya a ser alcanzada, sino en que nos permite identificar qué cuenta como progreso y qué como retroceso (por lo que reconocer que no se alcanzará en un lapso suficientemente breve no lo hace irrelevante).

Esta es, a mi juicio, la idea central que yace en una comprensión de los derechos sociales en la que estos se mantienen como injertos anómalos, es decir, como derechos que no pueden ser tratados institucionalmente en tanto derechos subjetivos. Al transformarlos en derechos subjetivos (convirtiéndolos en derechos *judicialmente exigibles* a una provisión mínima de lo que sea que se trate: educación, salud, etc.), esta dimensión anómala de los derechos sociales se pierde, y se transforman en los mismos derechos «del hombre aislado» —pero esta vez como derechos a un estándar mínimo de protección de la salud o la educación—. Así transformados, los derechos sociales dejan de ser una idea que provee de un punto de referencia que queda siempre algo más allá de donde estamos, y pasan a convertirse en una demanda que puede ser satisfecha *once and for all*.

Claro, los partidarios de esta neutralización de los derechos sociales alegan que de este modo los derechos se cumplirán y dejarán de ser ‘promesas incumplidas’ o ‘declaraciones programáticas’, pero ignoran el punto de Hayek acerca de la universalización: si los derechos sociales son entendidos como las exigencias que cualquier individuo puede dirigir *hoy* en contra de otro, lo que determina el contenido de mis deberes con el que tengo cerca es el deber que reconozco con el lejano. Esto es lo que explica todas las apelaciones a tratados y protocolos internacionales en la literatura «progresista» sobre derechos sociales. Esas normas contienen derechos prestacionales, no sociales, precisamente porque no toman en cuenta el contenido del vínculo especial de ciudadanía, y entienden entonces los derechos sociales como derechos a un mínimo. Pretender el movimiento contrario, es decir, redefinir el contenido de mi deber con el lejano a partir del deber que reconozco con el prójimo, lleva, como notaba Höffe, a «extensas listas de derechos sociales a partir de obligaciones de solidaridad y filantropía», que no descansan sino en una «inflamatoria apelación a la justicia social en la política». La solución es abandonar una óptica liberal (= contractualista), que entiende que lo que nos debemos recíprocamente, para poder ser entendido universalmente,

debe ser establecido desde una perspectiva ajena a lo político, y asumir que lo político (incluida la noción de *justicia* política) es algo que se desarrolla en la historia, porque el reconocimiento del otro es algo que se aprende viviendo con el otro. Una óptica contractualista nos invita a determinar lo que nos debemos unos a otros, implausiblemente, desde la óptica de un estado en que el reconocimiento recíproco es inexistente.

¿Es la idea de pedagogía lenta utópica?

Pero quizás la idea de pedagogía lenta no es realista sino utópica, es solo *wishful thinking*. Si esto fuera así, debería por supuesto ser abandonada, y no nos quedaría sino definir los deberes de justicia de una vez por todas como deberes mínimos. Esta es una posición a favor de la cual hay una extraña alianza. No solo se enfrenta a la crítica predecible del liberal, que dirá que no tenemos nada que aprender, y que de lo que se trata es de organizar la vida de individuos realmente existentes de modo que cada uno pueda satisfacer sus preferencias con la menor interferencia posible de los demás; se enfrenta también a la izquierda «postmoderna», que sostiene que la idea de progreso y de «grandes narrativas» ha de ser abandonada por la historia.

La idea de pedagogía lenta, por supuesto, parece aludir a una suerte de marcha panglossiana hacia un mundo mejor. Pero precisamente por eso es importante enfatizar que se trata de una pedagogía *lenta*, expuesta siempre a ser «secuestrada, usurpada y mal aplicada». La manera más evidente de hacerlo es el apresuramiento (esta es la objeción fundamental al izquierdismo), que lleva a ignorar la necesidad de la pedagogía y por eso termina (terminó) en alguna versión de los «socialismos reales». El «izquierdismo» mira a la pedagogía como entrenamiento, es decir, como algo puramente instrumental. Vistas así las cosas, es claro que la mejor pedagogía es la que permite al menor costo posible y en el menor tiempo posible la adquisición, por el educando, de las destrezas respectivas. Pero si la pedagogía es entendida de este modo hay en ella algo intrínsecamente asimétrico, en tanto supone una distinción entre el que tiene esos conocimientos o destrezas y el que no los tiene. Esta es una manera incorrecta de entender la idea de pedagogía lenta. El aprendizaje al que ella hace referencia es lo que MacIntyre llamó un «bien interno» a la práctica de lo político. No se trata de aprender un determinado contenido proposicional para lo cual, en principio, basta que a uno le ofrezcan un buen argumento; se trata de vivir de modo de aprender. Es decir, de lo que se trata no es de llegar a un punto futuro lo más rápidamente posible, sino de moverse en una determinada dirección.

Con Marshall, lo primero no es posible porque «la meta está moviéndose perpetuamente hacia adelante»⁴⁵.

La idea de «bienes internos» a prácticas se opone, por supuesto, a la de «bienes externos». Los bienes externos son bienes que pueden en principio ser obtenidos de diversas maneras, de modo que, una vez que ellos se han obtenido, el modo en el cual se obtuvieron resulta irrelevante. Cuando se trata de bienes externos, hay una distinción fundamental entre medios y fines, y de lo que se trata es de desplegar las estrategias más adecuadas para obtenerlos al menor costo posible. Pero tratándose de bienes internos esta distinción entre medios y fines es inaplicable⁴⁶.

¿De qué naturaleza son los bienes que podemos obtener a través de lo político? La respuesta liberal es que ellos son solo bienes externos: «Sostene-mos como verdades evidentes que todos los hombres han sido dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, y *para proteger esos derechos* los hombres instituyen gobiernos», dice la Declaración de Independencia norteamericana (1776). El sentido de lo político es puramente instrumental a la protección de derechos naturales, de derechos prepolíticos.

La idea política de pedagogía lenta implica una manera distinta de entender lo político: no se trata de que las instituciones políticas sean instrumentales para alcanzar algo que podría en principio ser definido con independencia de ellas (un bien externo a ellas), sino que ellas ya contienen, en algún sentido, el punto de llegada. Las instituciones tienen una dimensión anticipatoria: son formas de hacer presente hoy lo que no puede estar hoy presente. Lo que hoy no puede estar presente es la idea de comunidad, de común-unidad. Marx decía que la religión es el alma de un mundo sin alma. Nosotros podríamos decir que la ley es la voluntad de una comunidad sin comunidad de voluntades.

Pero ¿tenemos, más allá de nuestros buenos deseos, alguna razón para creer en la idea de pedagogía lenta? A mi juicio, sí, porque ella es parte evidente de nuestra experiencia política, si uno sabe cómo mirar. Mientras en Estados Unidos se estaba discutiendo una reforma sanitaria que daría alguna cobertura a millones de norteamericanos que hoy viven sin cobertura de salud, una reforma que estuvo cerca de ser declarada inconstitucional, en el Reino Unido ni siquiera Margaret Thatcher pudo acabar con el Servicio Nacional de Salud. ¿Cómo explicar esta diferencia? En parte, es claro que

45 Marshall, *Citizenship and Social Class*, 35.

46 En general, sobre esta idea, véase MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 188-203. Véase adicionalmente la discusión sobre lo que ahí se denomina «principio portaliano» en Atria, *Veinte años después, neoliberalismo con rostro humano*, 141-146.

una de las cosas que distingue en este sentido a los Estados Unidos del Reino Unido es que en el Reino Unido han tenido un servicio nacional de salud por más de seis décadas. No es que Beveridge o Bevan encontraron un argumento en el que Obama y sus estrategias no han pensado. Como sostuvo Ed Milliband, «si el NHS fuera propuesto hoy, se nos diría que es imposible»⁴⁷. Es que las condiciones institucionales hacen que los individuos puedan entender sus intereses como comunes y, de ese modo, viviendo bajo esas condiciones, aprendan algo sobre sí mismos. Sin embargo, precisamente porque se trata de *vivir bajo condiciones en las cuales el individuo aprenda sobre comunidad de intereses* y no de un argumento que muestre más allá de toda duda razonable que los intereses son «realmente» comunes, la pedagogía necesita ser lenta.

47 «The Future of the NHS», discurso ante la RSA (Royal Society for the encouragement of Arts, Manufactures and Commerce), 4 de abril de 2011 (disponible en <<http://www.labour.org.uk/the-future-of-the-nhs---ed-miliband>>).