

SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Leticia Morales

Universitat Pompeu Fabra

Introducción

En 1948 la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se incluyó la categoría de los denominados *derechos sociales*.¹ Tales derechos, sin embargo, ya habían sido incorporados en documentos anteriores, considerados “avanzados” para la época.² Asimismo, en las constituciones de muchos Estados se han incluido derechos con contenido social, los cuales aparecen ahora junto a los primigenios civiles y políticos.³

Su reconocimiento jurídico ha suscitado, desde entonces, la cuestión de su estatus, esto es, si ellos poseen una estructura común con los derechos civiles y políticos, considerados derechos humanos “reales”,⁴ así como también un intenso debate sobre la legitimidad de las exigencias que ellos contienen. Con relación a la primera cuestión, algunos autores sostienen que existen diferencias estructurales irreductibles entre ambas categorías de derechos. En tal sentido, contraponen una supuesta perfección de los derechos civiles y políticos frente a una pretendida imperfección de los sociales.⁵ Con relación a la segunda cuestión, hay quienes denuncian el riesgo de una expansión desmedida del fenómeno de la protección de las necesidades de orden social.⁶

Aunque ambas cuestiones son distintas y merecen, por ende, un tratamiento diferenciado. Sin embargo, muy a menudo suelen ser confundidas o superpuestas en los estudios sobre el tema, lo cual constituye, según creo, uno de los principales obstáculos para su adecuada comprensión así como para la posibilidad de propiciarles una respuesta satisfactoria. En particular, estimo que la clarificación conceptual de la noción de derechos sociales y, más específicamente, el examen de su estructura, constituyen un requisito esencial para el análisis de su justificación político-moral. Sin embargo, con bastante frecuencia, lamentablemente, el trabajo de elucidación de la noción de los derechos sociales “encierra” (y, por lo general, de manera indiscernible a primera vista) apreciaciones de tipo moral. Así, la negación del carácter de “verdaderos derechos” a los denominados derechos sociales, suele encubrir, en realidad, una reserva respecto de su institucionalización o expansión. La tarea conceptual no es menor,

¹ Artículos 23-27 de la DUDH.

² El origen de la constitucionalización de algunos de los derechos sociales es previo a 1948. Los principales antecedentes del Estado social de derecho se encuentran en la Constitución de la República de Weimar de 1919, en la Constitución de México de 1917 y en la política del *New Deal* llevada adelante por el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Theodore Roosevelt, luego de la crisis de 1929.

³ En la mayoría de los Estados europeos su inclusión en las constituciones se gestó después de la II Guerra Mundial; y en las constituciones de América Latina desde la década del '60.

⁴ Véanse WELLMAN, 1977; MACMILLAN, 1986: 283; o derechos “verdaderos”, en GUASTINI: 1999: 185. Por razones de estilo, en este trabajo se emplea la denominación “derechos sociales”, o “derechos con contenido social”, para hacer referencia a los derechos económicos, sociales y culturales. Su uso abreviado es, asimismo, más corriente en el ámbito local. La designación completa, no obstante, es más utilizada en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos.

⁵ Véase, por ejemplo, WELLMAN, 1997: 105-116.

⁶ Véase, por ejemplo, MULGAN, 1968: 20; LAPORTA, 1987: 23; y ZIMMERLING, 2004: 89.

por lo demás, si se tiene en cuenta que la propia noción de “derecho” es materia de profunda reflexión entre los jusfilósofos.

Que todo lo antedicho no es un problema meramente teórico se pone de manifiesto en el hecho de que en el ámbito de los reclamos jurídicos suele existir cierta incertidumbre a la hora de fundamentar una petición o una decisión a su respecto.

Se torna imperioso, pues, ofrecer un análisis de la estructura de los derechos sociales (punto II). Sobre estas bases, criticaré la tesis que les niega el carácter de derechos fundándose en la imposibilidad de satisfacer las necesidades sociales (punto III). Ello permitirá poner de manifiesto de manera elocuente los errores a que conduce la confusión de niveles de análisis a la que hago alusión. Antes, sin embargo, resulta menester avocarnos a explorar, brevemente, los diferentes sentidos de la expresión “tener un derecho” o, si se quiere, los diferentes tipos de derechos que puede estatuir un ordenamiento jurídico, pues constituye otra de las principales fuentes de malentendidos en la materia.

I. Tipos de derechos

El vocablo “derecho” es ambiguo, vago y emotivamente cargado. Esta es una de las principales razones por las cuales los enunciados sobre derechos, es decir, las afirmaciones de que un individuo o persona jurídica posee un derecho, pueden significar cosas muy distintas⁷.

En primer lugar, “derecho” es una expresión utilizada para hacer referencia al conjunto de normas e instituciones jurídicas destinadas a regular la conducta de los miembros de un determinado grupo social. Con ello se alude a lo que se suele denominar “derecho *objetivo*”. Pero de manera más específica también se utiliza la expresión para hacer referencia a una situación particular en la que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo.

De esta manera, un individuo puede ocupar diferentes posiciones frente a un sistema jurídico, según la determinación de las relaciones jurídicas que éste establece a través de las normas que lo integran. Estas posiciones diversas constituyen los distintos tipos o categorías de derechos que un ordenamiento jurídico puede establecer en su favor. Así, el ordenamiento jurídico a veces estatuye una permisión expresa a fin de autorizar a un individuo a realizar una cierta acción. En estos casos, suele hablarse de *derecho como permisión directa*. Otras veces las conductas son permitidas de manera meramente negativa, en el sentido que no existen normas prohibitivas que se refieran a la conducta en cuestión: *derecho como ausencia de prohibición*.

Además, en ciertas circunstancias el ordenamiento jurídico establece una obligación activa o pasiva de cierto(s) sujeto(s) respecto de otro(s): *derecho como correlato de una obligación*. El sujeto obligado

⁷ Dados los límites de este trabajo, en lo que sigue me limitaré a trazar un breve bosquejo de los principales tipos de derechos sin considerar los distintos análisis y discusiones a los que tales definiciones están asociadas. He examinado más extensamente esta problemática en MORALES 2008.

puede ser una o más personas determinadas (derechos *in personam*) o estar constituido por una categoría amplia e indefinida de individuos (derechos *in rem*).⁸

Con el objetivo de garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los sistemas jurídicos suelen acordar al individuo respecto del cual otro(s) está(n) obligado(s) la posibilidad de demandar o reclamarle(s) jurisdiccionalmente la conducta debida: *derecho como acción procesal*. Algunos autores hablan en este caso de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debe quedar claro que la acción procesal para demandar el cumplimiento de una obligación no agota la noción de derecho subjetivo, que es más amplia: la acción procesal es, en efecto, un medio para asegurar la efectividad del derecho sustantivo que posee un individuo respecto de otro, al cual también suele llamarse “derecho subjetivo”. De ahí que Kelsen, para diferenciar ambas nociones, haya denominado a la primera “derecho subjetivo en sentido técnico”, y a la segunda “derecho como correlato de una obligación”.⁹

Los sistemas jurídicos también suelen proteger a los individuos respecto del poder de los órganos de Estado, limitando su competencia para alterar la situación jurídica de un sujeto: esta falta de competencia es denominada *derecho como inmunidad*. Según el análisis de los tipos fundamentales de relaciones jurídicas de HOHFELD, a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”, esto es, decir que alguien tiene derecho a algo, significa que esa persona es inmune respecto a los posibles efectos de un acto realizado por otro(s), quien(es) no puede(n) alterar su situación normativa por ser incompetente(s) para ello.¹⁰

Hay otro tipo de relación jurídica que el derecho puede establecer con relación a los sujetos, que resulta también de interés destacar. Se trata de lo que suele denominarse una *gracia o favor* acordada por el Estado a los individuos. Dicha especie de relación jurídica se presenta cuando, habiéndose satisfecho ciertas condiciones requeridas, el Estado tiene la facultad –pero no la obligación– de otorgar un beneficio o prestación a una persona o conjunto de personas; vale decir, que los beneficiarios no pueden exigir tales prestaciones al Estado. Ahora bien, en ciertos supuestos, una vez que el beneficio ha sido otorgado se convierte en un derecho adquirido (en el sentido de que pasa a formar parte del patrimonio –entendido ampliamente– del beneficiario) que es oponible, debe ser respetado por todos los demás y puede dar lugar a acciones en caso de desconocimiento o incumplimiento.¹¹

Además de los diversos usos jurídicos a los que se ha hecho referencia, es de destacar, por último, que el término “derecho” es igualmente utilizado para hacer alusión a la formulación de pretensiones que se consideran moralmente adecuadas aunque no tengan sustento en normas positivas. Al respecto se habla de *derechos morales*. El derecho moral se diferencia del derecho jurídico porque mientras que el primero es una petición fundada en una norma moral, el segundo es una petición fundada en una norma jurídica;

⁸ ROSS, 1963: 187; CRUZ PARCERO, 2004: 76.

⁹ Véase Kelsen, 1998: 138-157. Resaltado agregado.

¹⁰ HOHFELD, 1919: 60.

¹¹ Por ejemplo, la obtención de la nacionalidad para los extranjeros en casos distintos a los de la adquisición por vínculos familiares en ciertos países. Véase Código civil francés: artículos 21.14.1 a 21.27, referidos a los modos de adquirir la nacionalidad francesa por naturalización, y Decreto N° 93 del 30 de diciembre de 1993 (JUSX9301612D), relativo a las declaraciones de nacionalidad y a las decisiones de naturalización. Disponible *on-line* en *Service-Public*. *Le portail de l'Administration Française*: <http://www.legifrance.gouv.fr>

en tales términos, decir que alguien tiene un derecho positivo significa que hay algún sistema jurídico que se lo confiere, e igualmente, decir que alguien tiene un derecho moral significa que hay algún sistema moral que se lo concede. Los derechos morales, pueden ser caracterizados, así, como una petición o demanda contra otro (sujeto obligado) fundada en razones morales.

II. Concepto y estructura de los derechos sociales

1. Noción mínima de “derechos sociales”

Los derechos sociales forman una categoría problemática y variable. Dentro de ella se ha incluido el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la libertad de sindicación, a la provisión de alimentos, a la instrucción fundamental, a la salud, al cuidado médico, al acceso a una vivienda digna, a un salario mínimo vital y móvil, a la familia, al ocio, y a la participación en la vida cultural de la comunidad, entre otros. Para mis propósitos, no obstante, me limitaré a tener en cuenta aquellos que constituyen su núcleo duro: el derecho a la educación primaria, el derecho a la atención médica básica y el derecho a una vivienda digna.¹²

La formulación abstracta de estos derechos en términos del reconocimiento a toda persona del acceso a la instrucción elemental orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, del disfrute del estándar más alto alcanzable de salud física y mental, o de un nivel de vida adecuado que le asegure una vivienda digna (así como el vestido y la alimentación adecuados), tal como es enunciada en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en algunas constituciones u otros textos legales, es ampliamente aceptada, pero suficientemente vaga como para que algunos autores o intérpretes precluyan la posibilidad de su eficacia, o les nieguen el carácter de derechos. Sin embargo, pese a la seria dificultad que ello representa, es posible clarificar el significado del derecho abstracto mediante el estudio de las implicaciones a que daría lugar la realización de los derechos a la educación, a la salud, o a una vivienda digna, en el contexto de un sistema jurídico determinado.

Pasaré entonces a examinar algunas particularidades propias relativas a la estructura de los derechos sociales, presuponiendo la noción mínima que de tales derechos viene de reseñarse. Tal noción es mínima en el sentido de que omite toda toma de partido sobre las cuestiones relativas a su fundamento.

2. Problemas estructurales inherentes a los derechos sociales

Debe tenerse en cuenta que no todos los sistemas jurídicos acuerdan el mismo régimen legal a los derechos sociales. Esta última circunstancia implica que la cuestión de su estatus jurídico (es decir, el tipo de derechos que son, o en qué sentido cabe decir que son “derechos”), no puede ser planteada en términos puramente abstractos y con prescindencia de la consideración de las particularidades que presenta el

¹² Se trata de tres derechos que todos los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos mencionan como derechos sociales, o sea, respecto de los cuales no parecería haber duda de que forman parte de dicha clase. (Véanse, la DUDH, el PIDESC, DADH, etc.).

derecho positivo en los diferentes ordenamientos jurídicos.¹³ No obstante, por razones de simplicidad expositiva, limitaré mi atención a aquellos ordenamientos que establecen un modelo de protección robusta, es decir, aquellos que prevén un derecho social como correlato de una obligación (por parte del Estado) que se encuentra protegido a su vez por un derecho como acción procesal tendiente a hacer exigible su cumplimiento a través de la vía jurisdiccional (derecho subjetivo en sentido técnico en la terminología kelseniana), dotado de una garantía constitucional.¹⁴ Esta es, en efecto, la concepción de los derechos sociales que despierta mayor preocupación y debate. Asimismo, sólo tomaré en consideración una cuestión central relativa al problema de la estructura de los derechos con contenido social: aquella que se vincula a la distinción entre derechos positivos y negativos. Ella se revelará crucial para la crítica que se emprende en el próximo apartado.

Según como estén regulados en los distintos ordenamientos jurídicos, los derechos podrían comprender tanto deberes positivos como negativos. «Un derecho positivo es una pretensión a algo –una parte de los bienes materiales, o algún bien particular, como la atención de un abogado o un médico, o tal vez la exigencia de un resultado como la salud o la educación, es decir, constituye el correlato de una obligación que tiene por objeto una prestación positiva, «mientras un derecho negativo es un derecho a que algo no se le haga a uno, que alguna imposición particular sea interrumpida».¹⁵

Clásicamente se caracterizaba a los derechos sociales como positivos (derecho a la provisión de algún bien o servicio), en oposición a los derechos civiles y políticos, a los que se consideraba típicamente negativos (derechos a la no interferencia). Estos generarían solamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los primeros implicarían obligaciones positivas o de hacer, que deberían solventarse con fondos públicos.

Según esta postura, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* de parte del Estado, bastando limitar su actividad, *i.e.*, prohibiéndole su actuación en algunas áreas; por el contrario, los derechos sociales se caracterizarían por obligar al Estado a *hacer*, *i.e.*, brindar prestaciones positivas, con lo cual se le exige necesariamente emplear recursos para satisfacer dichos requerimientos.¹⁶

KYMLICKA y NORMAN han sostenido, verbigracia, que «*las constituciones democráticas han protegido tradicionalmente los derechos civiles y políticos (e.g., libertad de expresión y asociación, libertad de sufragio). Estos son “derechos negativos” en el sentido que prohíben al Estado de hacerle ciertas cosas a usted*».¹⁷

¹³ Denomino *modelos de protección jurídica* a las diferentes posibilidades de protección jurídica a que da lugar la combinación de dos criterios, los cuales aunque son distintos, están relacionados: *i)* el tipo de derecho establecido para regular dicha situación (*i.e.*, si se trata de un principio o directriz política, una mera gracia, un derecho en sentido reflejo pero sin el respaldo de ningún instrumento protector tendiente a asegurar su efectividad o, en cambio, uno especialmente protegido, como sería el caso de una garantía, etc.); y *ii)* la jerarquía legal de la que ha de ser dotado ese derecho (*i.e.*, constitucional o infraconstitucional). Véase MORALES, 2008.

¹⁴ Por ejemplo, el derecho de todos a la educación básica obligatoria y gratuita amparado en el artículo 27, Título I, Capítulo II, Derechos y Libertades, CE.

¹⁵ FRIED, 1978: 110. La traducción es mía. La exposición de este punto se limita a la consideración de los derechos entendidos como correlato de una obligación. Ello así por cuanto en esta discusión se presupone que hay un sujeto obligado con relación a la satisfacción de las necesidades sociales y, más específicamente, que este es el Estado. Más allá de ello, en un modelo robusto de protección este es el tipo de derecho propuesto.

¹⁶ Estas distinciones, señalan ABRAMOVICH y COURTIS, se basan en una «*visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa*». ABRAMOVICH-COURTIS, 2002: 23. NINO encuadró este enfoque en un «*liberalismo conservador*», aclarando que es «*más conservador que liberal*». NINO, 1993: 17.

¹⁷ KYMLICKA y NORMAN, 1992: 2. La traducción es mía. En el mismo sentido, FRIED 1978: 133-134.

Sin embargo, obsérvese, por ejemplo, que el derecho de sufragio, típico derecho político que comprende el derecho a tomar parte en el proceso electoral del propio país, a través del voto en referéndum y a través de la elección de representantes de diferentes partidos políticos (o en su faz activa, en tanto derecho de todos los ciudadanos a presentarse como candidatos a los cargos públicos), no es un derecho negativo en el sentido antes expuesto, dado que el Estado tiene el deber de organizar elecciones regulares que suponen un amplio rango de actividades, tales como sufragar el costo correspondiente al empleo de las personas necesarias para hacerse cargo del cuidado de las urnas, imprimir las boletas electorales y reprogramar la agenda parlamentaria de manera tal de acomodar la campaña electoral, es decir, el deber de mantener el sistema electoral entero.¹⁸

En otro orden de ideas, la distinción positivo/negativo ha sido objetada por irrelevante desde el punto de vista conceptual, con el argumento de que una obligación puede ser positiva o negativa según su descripción. Desde esta perspectiva, bastaría con constatar que para cada derecho hay descripciones alternativas disponibles, porque las acciones de cumplimiento de un deber (así como las acciones en general) pueden recibir múltiples descripciones.¹⁹ Según esta *objeción lingüística*, entonces, la distinción entre los dos conjuntos de derechos simplemente descansa en diferentes maneras de expresar esos derechos. Por ejemplo, podría decirse que «*tengo un derecho negativo a no ser privado de una dieta mínima [...]. E, incluso, toda exigencia positiva podría ser moldeada en términos de un derecho*».²⁰ Es más, si todo derecho positivo puede ser expresado como un derecho a no ser privado de algo, parece que impediría un deber sobre otras personas para que cesen en alguna interferencia, lo cual sería la misma clase de deberes que imponen los derechos negativos. De manera inversa, cabría también sostener que los derechos negativos pueden expresarse siempre como derechos positivos. Por ejemplo, uno podría decir que el derecho a la libertad de expresión, aunque tradicionalmente entendido como un derecho negativo, puede de hecho ser expresado como un derecho positivo a que se garantice tal libertad.

Esta objeción contra la distinción de deberes positivos/negativos no parece funcionar. Como advierte FABRE,²¹ cuando se sostiene que el derecho positivo a la comida puede ser expresado como un derecho negativo a no ser privada de una dieta mínima, podría significar cuatro cosas diferentes: 1) el derecho a no ser privada de una dieta mínima como derecho a que se me suministre comida; 2) el derecho a no ser privada de una dieta mínima como derecho a no ser interferida cuando trato de obtener comida; 3) el derecho a no ser privada de una dieta mínima como derecho a no ser dejada sin los medios para mantenerme; y 4) el derecho a no ser privada de una dieta mínima como derecho, en tanto titular, a que no se me quite la comida una vez que la tengo. Ahora, (2) y (4) serían interpretaciones muy problemáticas del derecho a no ser privado de comida como usualmente se lo entiende, porque el derecho que sería violado en (2) es el derecho a la libertad de movimiento y en (4) es el derecho a la propiedad privada

¹⁸ Véanse FABRE, 2000: 45; RUIZ MIGUEL, 1994: 659-660; ABRAMOVICH-COURTIS, 2002: 24; HIERRO: 2007: 188-189; CRUZ PARCERO, 2007: 76.

¹⁹ Véase FRIED, 1978: 113; ATRIA, 2005: 20, nota 13.

²⁰ FRIED, 1978: 113.

²¹ FABRE, 2000: 49.

(sobre la propia comida). Quedaría puesto de manifiesto, según FABRE, la confusión de expresar el derecho a la comida, o el derecho a no ser privado de una dieta mínima, de tal forma que de hecho se volvería una instancia del derecho a la libertad de movimiento, o una instancia del derecho a la propiedad privada. Es decir, perdería cualquier significado como un derecho *a la comida*. Por lo tanto, no parecería posible expresar derechos positivos como únicamente imponiendo deberes negativos y al mismo tiempo retener su significado como derechos *a bienes*.²²

También se ha desafiado esta distinción de deberes afirmando que cualquier derecho moral, tanto de los llamados positivos como de los negativos, imponen deberes positivos y deberes negativos. Esta objeción ha sido expuesta claramente por SHUE,²³ quien afirma que los derechos típicamente pensados como derechos negativos, en realidad, impondrían *tanto* deberes positivos *como* deberes negativos. Por ejemplo, el derecho a la seguridad física, impondría el deber negativo en los demás de no dañarme y el deber positivo sobre el Estado de que tome ciertas medidas para imponerla (*e.g.*, a través de la implementación de un sistema policial efectivo tendiente a protegerme de eventuales agresores). Por su parte, el derecho a la subsistencia,²⁴ impondría el deber positivo al Estado a proveerme recursos si carezco de medios para obtenerlos y también el deber negativo sobre otros de abstenerse de actuar de tal manera que amenacen mis medios de subsistencia. El argumento de SHUE es sugestivo porque descansa en la idea de que la carencia de medios de manutención es a menudo producida por actos que los demás podrían abstenerse de realizar, con lo cual, a través del derecho a la subsistencia no solamente se demandaría la provisión de alimentos o vivienda, sino también que no se interfiera en el propio abastecimiento de estos.

Esta concepción de SHUE que entiende al derecho como una demanda multifacética para *x*, ha sido cuestionada a su vez por FABRE, para quien, en lugar de que el derecho a *x* comprenda *una* demanda de *x*, sería posible hacer *dos* demandas, cada una encapsulada por un derecho diferente (propuesta que llama “tesis de la complementariedad”). Por ejemplo, el derecho de subsistencia comprendería una demanda a que nos sean dados alimentos cuando estamos en situación de necesidad, la cual es encapsulada por un derecho positivo, y una demanda de que los demás no actúen de una manera que nos haga más pobres, que es encapsulada por un derecho negativo. Esto nos permitiría, según FABRE, hablar de derechos más específicos en los que los derechos generales, como el derecho de subsistencia, pueden ser fraccionados, tales como el derecho al suministro de alimentos. Pero todavía más relevante, es que posibilitaría reconocer que tenemos una demanda justificada respecto de esos derechos específicos. Los dos conjuntos de derechos (negativos y positivos), se complementarían uno a otro, dado que cada uno protege intereses de distintas maneras y, tomados conjuntamente, brindan una protección completa a esos intereses.²⁵

²² Cf. FABRE, 2000: 50.

²³ SHUE, 1980: 17.

²⁴ Cf. SHUE, 1980: 52. El derecho a la subsistencia, según SHUE (1980: 23), comprende el aire y el agua no contaminados, el alimento, la vestimenta y la vivienda adecuados, y un cuidado médico público mínimo preventivo.

²⁵ Cf. FABRE, 2000: 43-53.

En suma, la distinción conceptual entre derechos positivos y negativos posee valor teórico, si bien no para discriminar entre derechos sociales y derechos civiles y políticos. En efecto, los derechos sociales, al igual que los civiles y políticos, pueden comprender tanto derechos que impongan deberes positivos como deberes negativos.

De esta manera, el derecho a la libertad de expresión, por caso, comprende tanto el derecho a que se imponga a los demás un deber de no censura, como el derecho a que sean dados los medios para expresarnos. Igualmente, el derecho a la vivienda, no sólo comprende el derecho que impone un deber a dar una vivienda a quien se encuentra en una situación de necesidad, sino también el deber de que no se me impida realizar las medidas tendientes a obtenerla. La distinta “materia” que tales derechos regulan – esto es, civil o política en un caso y social o económica en el otro– no da lugar a ninguna diferencia estructural relevante, como equivocadamente se ha pretendido.

Por lo tanto, nada intrínseco a su “naturaleza” impediría que los derechos sociales puedan ser satisfechos y cumplidos, tal como sin embargo frecuentemente se sostiene mediante el argumento de que no hay recursos suficientes para garantizar las prestaciones (eminentemente positivas) que ellos están destinados a satisfacer.

Dicho sea además, que no parece adecuado contraponer exigencias sociales a intereses individuales como hacen algunos juristas, dado que las primeras son también demandas de intereses individuales (aunque se trate de, por ejemplo, el derecho a sindicación o a negociación colectiva, que son derechos individuales ejercidos colectivamente), caracterizadas por su contenido social o económico. La oposición, en todo caso, se daría entre derechos individuales (civiles, políticos y sociales o económicos) y derechos colectivos o derechos de los pueblos, de minorías, o de grupos, cuyas reclamaciones se plantean en términos de derechos de los grupos en sí mismos, tales como el derecho a un medio ambiente sano, los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, y los derechos de los pueblos a la libre determinación.²⁶

III. Una confusión de niveles: la alegación de la imposibilidad de satisfacer las necesidades sociales como argumento para negarles el carácter de derecho a los denominados derechos sociales

Es habitual en la doctrina argumentar que los derechos sociales tienen una estructura diferente a los civiles y políticos debido a que involucran costes. Por ejemplo, SUMMER ha destacado el punto de la escasez de recursos para negarle el carácter de derecho de quien se encuentra en una situación de necesidad, enfatizando que: *«Asegurar el pleno disfrute a cada uno de estos derechos probablemente debe estar más allá de los recursos de cualquiera salvo las naciones más ricas. Ya que los gobiernos pueden tener una legítima excusa para fallar en esta área podríamos abstenernos de etiquetar tal falla como un incumplimiento de deber o una injusticia. Así los derechos en esta categoría conceptual pueden*

²⁶ Para una caracterización y debate del concepto de los derechos colectivos, véanse TORBISCO, 2000: capítulo 2, 52-101; y CRUZ PARCERO, 2007: capítulo 4, 101-126.

*carecer de conexiones conceptuales con las nociones de obligación y justicia, y por lo tanto también de la importancia distintiva de los derechos en la primera categoría [i.e., la categoría de los derechos civiles y políticos]».*²⁷

El problema está mal planteado, y ello es consecuencia de la confusión de niveles de análisis y de la falta de precisión conceptual sobre ciertas nociones claves relativas al concepto de derecho. En primer lugar, la cuestión se formula de manera general sin realizar una previa distinción de los diversos tipos de derecho que cabe discriminar y con prescindencia de la diferente regulación positiva que los sistemas jurídicos de los distintos Estados pueden acordar a los derechos sociales. Ahora bien, diferentes modelos de protección legal pueden dar lugar a diversas críticas (sea éstas justas, o no) tanto en lo que hace a la posibilidad de su implementación práctica como al problema de su justificación político-moral.

En segundo lugar, la objeción bajo análisis parece desconocer que el hecho de que un gobierno pueda tener una legítima excusa para no cumplir con cierta prestación nada implica respecto de si una persona tiene o no un derecho en ese Estado y, por ende, si éste se encuentra obligado respecto de aquella. Esta última circunstancia depende de lo que establezcan las normas positivas de un cierto sistema jurídico, y no de las posibilidades fácticas del Estado para cumplir las obligaciones estatuidas por las normas jurídicas.

Un argumento distinto consistiría en sostener que no resulta posible satisfacer las necesidades de todos, y que entonces el Estado razonablemente sólo debería acordar, por ejemplo, cierta gracia hacia los necesitados en la medida de sus posibilidades, pero no comprometerse dictando leyes que lo obliguen más allá de sus recursos. Así formulado se trata de un razonamiento normativo de tenor político-moral que contiene una premisa empírica de tipo económico, y que, en tanto tal, nada permite concluir acerca del estatus o estructura de los derechos sociales, ni de una supuesta falta de conexión conceptual con la noción de obligación.

Pero también, en relación con la objeción de los costes ahora expresamente vinculada con la distinción positivo/negativo antes analizada, SUMMER cuestiona que el lenguaje de los derechos sea usado para describir lo que debería ser formulado como fines u objetivos que la sociedad debe darse a sí misma. Los derechos civiles y políticos, según este autor, no suponen el mismo problema, porque no requieren que a la gente se le den recursos y por lo tanto no entran en conflicto con otros y así todos pueden ser satisfechos. Sin embargo, esta tesis para sostener la distinción entre derechos civiles y políticos correlacionados a deberes negativos, y derechos sociales correlacionados a deberes positivos, falla, porque además de que, como se ha dicho, los derechos sociales pueden tener como correlato deberes negativos (y no sólo positivos), y a su vez, que ciertos derechos civiles y políticos imponen deberes positivos sobre el

²⁷ SUMMER, 1987: 16-17. La traducción es mía. Véase CONTRERAS PELÁEZ, 1994: 31.

Estado para su satisfacción, lo cierto es que la escasez de recursos es una afirmación relacional controvertible.²⁸

En este punto es necesario introducir la distinción entre posibilidades técnicas y políticas para la realización de los derechos sociales.²⁹ En el plano *técnico* nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos civiles y políticos, ya que podrían muy bien concretarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas, como es el caso de la enseñanza pública gratuita y obligatoria o la asistencia sanitaria asimismo gratuita. Igualmente podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía, por ejemplo, estableciendo –constitucionalmente– cuotas mínimas de presupuestos asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendo así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal.³⁰ Una cuestión diferente es la posibilidad de realización empírica³¹ o política de tales garantías en un sistema jurídico. Por ejemplo, FERRAJOLI sostiene que la satisfacción de los derechos sociales es prácticamente incompatible con la lógica del mercado y exige la puesta en discusión de los niveles de vida de los países ricos, que deberían acceder a limitarse en beneficio de los más pobres, entre otros obstáculos de naturaleza política, «*en cuyo reino corresponde batallar al respecto*».³² De la ausencia de la posibilidad de ejercitar una acción individual contra el Estado en caso de carencia de vivienda, no se sigue que el derecho en cuestión no implique obligaciones ni que carezca de relevancia jurídica su consagración en una carta constitucional.³³

En el fondo, alegar la ausencia de recursos suficientes para cubrir las necesidades sociales, es un intento de justificación (o una excusa) para eludir el cumplimiento de obligaciones por parte del Estado, o para rechazar la institucionalización de un compromiso semejante por parte del Estado; intento de justificación que se demuestra destinado al fracaso porque se basa en una premisa fáctica falsa. Por ello, el argumento analizado debe ser entendido como lo que es: un argumento de tipo normativo.

Una vez puesta de manifiesto la naturaleza normativa del argumento, podría afirmarse, de manera más sensata, que la satisfacción de las necesidades que los derechos sociales tienen por función resguardar, requiere que el Estado tome ciertas medidas (como, por ejemplo, el establecimiento de impuestos) que se consideran injustificadas moralmente desde el punto de vista de cierta concepción moral. Pero entonces resulta visible que dicho argumento no puede representar ninguna objeción con

²⁸ En este sentido, HIERRO enfatiza que «*la pretensión de que el derecho a la educación o el derecho a la salud tiene una estructura cualitativamente distinta, por razón de que implican costes, al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento. Cuestión distinta es cómo distribuir ese coste*». HIERRO: 2007: 191-192.

²⁹ Cf. FERRAJOLI, 2001: 51.

³⁰ Cf. FERRAJOLI, 2001: 51.

³¹ Una de las causas por las que podría no ser viable la satisfacción de las necesidades sociales es la carencia absoluta de recursos en un Estado. Esto no implica que sea sencillo establecer cuáles serían los criterios para afirmar la carencia absoluta de recursos y cómo vincular este problema con el de las exigencias distributivas. Entre otras cosas, habría que analizar si la consideración se realiza sobre la base interna de los Estados o desde una perspectiva internacional. En este último caso, entra en juego el deber de asistencia de los pueblos económicamente más ricos respecto de aquellos que carecen por completo de recursos. Desde este punto de vista internacional, no parece que hubieran circunstancias materiales extra-jurídicas que hicieran inviable su protección. Véase la interesante discusión al respecto en SELEME, 2007. También CRUZ PARCERO, 2004: 89. Hay quienes inclusive sostienen que, ante la imposible satisfacción simultánea de dos o más derechos fundamentales o ante la falta de recursos económicos suficientes para satisfacerlos, la carga de la prueba de que tal es el supuesto correría por cuenta de quien se oponga a la satisfacción de estos derechos. Véase GARZÓN VALDÉS, 1989: 210. Además, por difícil que pueda resultar en ciertos países, nada impediría, al menos en principio, la posibilidad de implementar incluso un modelo robusto de protección.

³² Cf. FERRAJOLI, 2001: 52.

³³ Cf. RODRÍGUEZ-SCHLEIDER, 2003: 12.

relación al estatus o estructura de los derechos sociales. Su vocación es proveer razones morales para la no institucionalización de los derechos sociales, y no brindar un análisis conceptual de estos.

Conclusiones

La idea central de esta contribución ha sido poner de manifiesto que los derechos sociales, al igual que los civiles y políticos, pueden asumir tanto la forma de derechos positivos como de derechos negativos, y presentar el mismo grado de (in)determinación en cuanto a la satisfacción de su contenido, así como contar con idénticos mecanismos de protección destinados a asegurar su cumplimiento.

Asimismo, se ha querido señalar que el análisis del estatus normativo de los derechos sociales ha de determinarse en función del régimen jurídico que les acuerda el derecho positivo de los diferentes sistemas jurídicos, siendo desatinado proceder a su consideración en abstracto. Es decir (por dar sólo un ejemplo, a efectos ilustrativos), cuando se sostiene que los denominados derechos sociales son en realidad meras pretensiones morales, directrices, fines u objetivos a las que el Estado debe enderezar sus políticas económicas y sociales, o derechos programáticos, pero no “derechos subjetivos en sentido técnico”, esta afirmación carece de apoyo mientras no se indique cuál es el sistema jurídico de referencia o si, al menos, no se intenta demostrar que en todos los sistemas jurídicos los derechos sociales poseen una regulación similar. Entonces, en principio, ningún obstáculo técnico o político, impediría instrumentar un modelo de protección robusto de los derechos sociales. El modelo de protección de los derechos sociales que haya de estimarse digno de ser instituido en un cierto sistema jurídico dependerá, pues, de una justificación normativa de tipo político-moral, la cual debe ser nítidamente distinguida del análisis conceptual destinado a determinar la estructura de estos. Es más, dicho análisis normativo presupone que se ha determinado previamente el estatus de los derechos sociales (dentro de un cierto modelo de protección) cuya aceptación o rechazo se pretende justificar –ya sea en el marco un sistema jurídico real, ya sea en uno meramente hipotético cuya institucionalización esté eventualmente en discusión–.

Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ATRIA, Fernando (2005). «¿Existen derechos sociales?», en *Discusiones*, 4: 15-59.
- BOTTOMORE, Thomas (1992). «Ciudadanía y clase social, cuarenta años después», en MARSHALL- BOTTOMORE (1998): 85-137.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2004). «Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)», en *Discusiones*, 4: 71-98.
- (2007). *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta.
- DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO (eds.) (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- DWORKIN, Ronald (1984). «Rights as Trumps», en WALDRON, 1984: 153-167.
- FABRE, Cecile (2000). *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). «Derechos fundamentales», en DE CABO-PISARELLO (2001): 19-56.
- FRIED, Charles (1978). *Wright and Wrong*. Massachusetts: Harvard University Press.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.) (2007): *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: FCJE.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989). «Algo más acerca del “coto vedado”», en *Doxa*, 6: 209-213.
- GEWIRTH, Alan (1996). *The Community of Rights*. Chicago: University of Chicago Press.
- (2001). «Are all Rights Positive?», en *Philosophy and Public Affairs*, 3 (30): 321-333.
- GUASTINI, Riccardo (1999). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Analisi e diritto, 29. Torino: Giappicchelli, 1996. Citado por la traducción al castellano de Jordi FERRER: *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- HIERRO, Liborio (2007). «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en Ricardo GARCÍA MANRIQUE (2007).
- HOHFELD, Wesley Newcomb (1919). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in judicial Reasoning*. New Haven-London: Yale University Press.
- KELSEN, Hans (1998). *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, zweite vollständig und erweiterte Auflage, 1960. Citado por la traducción castellana de Roberto J. VERNENGO: *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- KYMLICKA, Will (1995). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 1990. Citado por la traducción castellana de Roberto GARGARELLA, *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel.
- y Wayne J. NORMAN (1992). «The Social Charter Debate: Should Social Justice Be Constitutionalised?», en *Network Analyses*, 2, Ottawa: Network on the Constitution.
- LAPORTA, Francisco J. (1987). «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, 4: 23-46.
- MACMILLAN, Michael (1986). «Social versus Political Rights», en *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 2 (19): 283-304.
- MARSHALL, Thomas (1950). *Citizenship and Social Class*. Cambridge: Cambridge University Press.
- y Thomas BOTTOMORE (1998). *Citizenship and Social Class*. London: Pluto, 1992. Citado por la traducción al castellano de Pepa Linares: *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- MORALES, Leticia (2008). «Necesidades sociales y legitimidad política». Inédito.
- MULGAN, Richard G. (1968). «The Theory of Human Rights», en K. J. KEITH (ed.): *Essays on Human Rights*, Wellington (NZ): Sweet & Maxwell, 1968.
- NINO, Carlos Santiago (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea. Esta obra es la edición ampliada de *Notas de introducción al derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. y otros (2003). *Teoría general del derecho*. Mar del Plata: Ciclo lectivo 2003, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. y Tobías SCHLEIDER (2003). «Derechos, garantías y lagunas», inédito.
- ROSS, Alf (1963). *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons, 1958. Citado por la traducción castellana de Genaro CARRIÓ: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994). «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, 15-16 (II): 651-674.
- SELEME, Hugo (2007). «El peso del deber de asistencia a pueblos foráneos frente a las exigencias de justicia doméstica», en *Diánoia*, 59 (LII): 97-126.

- SHUE, Henry (1980). *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- SUCAR, Germán (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.
- SUMMER, L. W. (1987). *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- TORBISCO, Neus (2000). *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*. Tesis doctoral disponible en <http://www.tdx.cat/TDX-1212101-123858> [Consulta: 9-5-08]
- WALDRON, Jeremy (ed.) (1984). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- WELLMAN, Carl (1997). *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*. Dordrecht: Kluwer.
- ZIMMERLING, Ruth (2004). «Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar. Contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico», en *Isonomía*, 20: 83-99.