

Dos niveles de derechos sociales y económicos y su justificación político-moral

Leticia Morales

Universitat Pompeu Fabra

0. Sumario

Este trabajo se propone explorar una distinción de niveles de satisfacción de las necesidades socio-económicas, que se traduciría en dos nociones de derechos sociales y económicos, y que reflejaría una necesaria distinción a la hora de examinar su justificación normativa. La omisión de esta distinción en la filosofía política conduciría a menudo a que las cuestiones no sean planteadas correctamente y, en consecuencia, a que las respuestas teóricas y las propuestas de diseño institucional que se ofrecen resulten insatisfactorias.

I. Introducción

Desde un enfoque democrático liberal se ha sostenido desde hace tiempo que el hecho de que las constituciones consagren y protejan los derechos fundamentales a través de un *Bill of rights* contenido en una constitución rígida con un mecanismo de control judicial es un rasgo central de las sociedades democráticas contemporáneas. Esta posición, denominada *constitucionalismo jurídico*, define la constitución como un documento escrito de máxima jerarquía y, por ende, superior a la legislación ordinaria, atrincherada contra el cambio legislativo, esto es, que posee rigidez constitucional, justiciable a través del *judicial review* como mecanismo de protección contra ataques desde la propia mayoría democrática, y constitutiva de un sistema político y jurídico.¹ A su vez, este diseño institucional de protección de los derechos fundamentales estaría justificado en la creencia de que ciertos intereses centrales de los individuos sobre la libertad y el bienestar merecen una protección especial, y no deben ser sacrificados por la obtención de una mayor eficiencia o prosperidad o por cualquier agregación de intereses menos importantes bajo la etiqueta de bien común.² Se sostiene, asimismo, que una constitución de este tipo alberga las bases para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual consideración y respeto.³

Pese a su atractivo, este enfoque ha sido cuestionado desde la propia ideología democrática liberal por el denominado *constitucionalismo político*. Los defensores de esta posición niegan que deban atrincherarse derechos en constituciones rígidas, pues hacerlo equivaldría a excluir la posibilidad de que los ciudadanos discutan sobre aquellas cuestiones que son controvertidas. A su vez sostienen que una sociedad comprometida con ideales de igual consideración y respeto tiene, sin embargo, desacuerdos razonables sobre los resultados sustantivos que se deberían alcanzar en tal sociedad. Según este enfoque, para resolver esos desacuerdos el proceso democrático es más efectivo y legítimo que el proceso judicial.⁴ La constitución, identificada con el sistema político,⁵ ofrecería el marco básico para resolver nuestros desacuerdos y, a través del aseguramiento de

¹ Por ejemplo, Raz 1998: 153.

² Véase, por ejemplo, Bayón 2000: 65.

³ Cf. Dworkin 1996: 25.

⁴ Cf. Bellamy 2007: 4.

⁵ En particular, la constitución se identificaría con las formas en que el poder político es organizado y dividido. Esta perspectiva evoca a la tradición republicana y su énfasis en el auto-gobierno. Véase McIlwain 1958: cap. II; y Maddox 1982: 807-808. Obsérvese, no obstante, que hay otros autores que enfatizan en el auto-gobierno y asumen la defensa del constitucionalismo político desde principios liberales. Véase, por ejemplo, Waldron 1999.

la legislación, se diseñaría la *rule of law* de manera de tratar a todos como iguales. En especial, mostraría cómo los procesos democráticos reales funcionan en formas normativamente atractivas de manera de producir bienes constitucionales de respeto por los derechos.⁶

Ambos, constitucionalistas jurídicos y políticos, toman seriamente la cuestión de los derechos. Sin embargo, más allá de esta común base inicial, los defensores de una y otra concepción están enfrentados en la discusión acerca de las exigencias de la democracia y del mejor diseño institucional apto para satisfacerlas, y ello como consecuencia de la diferente teoría que cada una posee acerca de cuáles son los bienes o valores sustantivos que el sistema democrático debería asegurar.

Este debate tiene especial relevancia cuando se encuentra en juego el problema de la satisfacción de necesidades socio-económicas de los ciudadanos. Ello se debe, en gran medida, a que la protección de estas exige, en general, un funcionamiento activo del Estado a través de la prestación de servicios socio-económicos por parte de sus instituciones políticas y, por ende, la asignación de recursos, y la imposición a los ciudadanos de cargas y obligaciones correlativas, cuestión que se cristaliza, en última instancia, en la interrogación acerca del diseño institucional con el que ha de organizarse una sociedad, de su legitimidad y de su justicia.

Cuando los defensores del constitucionalismo, sea jurídico o político, abogan filosóficamente por sus respectivas posiciones, no parecen prestar debida atención al distinto grado de desarrollo socio-económico y de funcionamiento de las instituciones políticas en las diferentes sociedades denominadas democráticas. Desde mi perspectiva, tales consideraciones son significativas para el análisis de la fundamentación político-moral de los derechos sociales y económicos.

Este trabajo tiene como objetivo explorar, en primer lugar, la relevancia de la distinción de niveles de los derechos sociales y económicos. En segundo lugar, analizar el fundamento normativo de la distinción desde una perspectiva de la legitimidad política. Finalmente, argumentar que la distinción de niveles propuesta permitirá esbozar una manera de concebir ambos enfoques (presentados por el constitucionalismo jurídico y por el político) como complementarios. En efecto, una vez trazada dicha distinción buena parte de los desacuerdos entre ambas corrientes del liberalismo se disipan y se ponen de manifiesto los puntos atractivos de las respectivas propuestas político-morales.

II. Dos niveles de derechos sociales y económicos

Los seres humanos, a lo largo de nuestra existencia, otorgamos diverso valor a distintos bienes y capacidades.⁷ Por ejemplo, consideramos más importante ser capaz de adquirir alimentos que ser capaz de comprar un perfume; o tener una vivienda permanente se considera más importante que tener un *resort* quince días al año; o saber leer y escribir es considerado más importante que poder ejecutar el violín, etc. Ejemplos como estos resaltan que, durante nuestras vidas, consideramos que ciertos bienes y capacidades tienen valor para nosotros, mientras que también sugieren que algunos bienes y capacidades tienen mayor valor que otros.⁸

⁶ Véase Bellamy 2007: 5

⁷ Esta es una distinción señalada por varios autores. Véase, entre otros, Frank Michelman (1975: 338) quien distingue entre “bienes básicos” y “bienes residuales”.

⁸ Puede verse en Bilchitz 2007: capítulo 1, 6-46, una justificación de las bases profundas de estos dos tipos de juicios.

Estos juicios tienen impacto en la distinción de (al menos) dos niveles de necesidades,⁹ independientes entre sí y vinculadas a través de una relación de prioridad, que están en la base de una teoría de los derechos morales. En efecto, la satisfacción de tales necesidades se traduce en una exigencia moral.

De este modo, podría distinguirse un primer nivel, elemental y prioritario respecto del segundo,¹⁰ que se referiría a los derechos como satisfacción de un mínimo social. Este primer nivel se apoya en un criterio de suficiencia.¹¹ Tal acepción es la que cubriría la satisfacción de las necesidades *básicas*:¹² vivienda (que incluiría la alimentación y la vestimenta), cuidado de la salud y educación básicas; y el ejercicio del resto de derechos y libertades civiles y políticos fundamentales de forma efectiva.

El segundo nivel, más exigente pero menos perentorio, se referiría a los derechos como satisfacción de necesidades de segundo orden. Así, aludiría a los derechos sociales y económicos que satisfacen la exigencia de distribución de los recursos *adecuados* (una vez satisfechas las necesidades requeridas por el primer nivel): vivienda, cuidado médico, y educación adecuados.¹³ La satisfacción de esta segunda noción constituye una condición necesaria para que los ciudadanos sean capaces de diseñar, desarrollar, alterar y perseguir los propios planes de vida. Es decir, importaría tener los recursos y las capacidades necesarias para tener y realizar un amplio rango de propósitos.¹⁴ La exigencia de satisfacción de este nivel debería ser interpretada de acuerdo al nivel de desarrollo económico que se obtiene en la sociedad,¹⁵ una vez satisfecho el primer nivel.

Una vez distinguidos ambos niveles resulta más claro vislumbrar que cada uno de ellos debería ser justificado con argumentos diferentes.

III. La justificación normativa de los dos niveles de derechos sociales y económicos

Entre los teóricos políticos habría acuerdo en que los individuos tienen ciertas necesidades fundamentales que se traducen en exigencias morales. En este sentido, son numerosas las justificaciones ofrecidas por filósofos políticos para fundamentar los derechos sociales y económicos entendidos en general.¹⁶ Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, los derechos sociales y económicos comprenderían dos niveles de satisfacción de dichas necesidades, y por lo tanto, cabría ensayar su justificación de manera independiente.

⁹ El concepto de necesidad puede ser entendido en relación al conjunto de necesidades que deben ser satisfechas para que las personas gocen de libertad y bienestar. Véanse Sen 1992: cap. 3; y Miller 1999: cap. 10. Algunas de esas funciones son definidas del mismo modo para todos, y generan necesidades de subsistencia que son universales; otras son socialmente definidas y las necesidades que generan son por lo tanto socialmente determinadas. Véase Fabre 2000: 18.

¹⁰ Véase la noción de “prioridad léxica” en Rawls 1971: 38.

¹¹ Me refiero a la “tesis positiva” del umbral de suficiencia propuesto por Frankfurt 1987, 1997 y 2000. Véase Casal 2007: 298.

¹² Se ha señalado además que las necesidades básicas tienen una doble vertiente de naturales o derivadas. Ejemplos de necesidad básica natural serían el comer y el contar con un refugio donde, y abrigo para, protegerse de las inclemencias climáticas. Un ejemplo de una necesidad básica derivada sería, en sociedades como la nuestra, el saber leer y escribir. Mientras que las primeras son las mismas en todas las sociedades, las segundas cambian según los tiempos y las sociedades y, además, tienen una tendencia a la expansión. Cf. Garzón Valdés 1989: 209. Véanse otros tipos de necesidades en Añón-De Lucas 1990: 62-63.

¹³ Véase Fabre 2000: 33-39. “Adecuado” es definido por Fabre, en relación al nivel de desarrollo económico y social que se obtiene en sociedad, como la suma de recursos que todos acordaríamos que es mínimamente requerida para vivir una vida decente. Cf. Fabre 2000: 7 y 124.

¹⁴ Entre los intereses centrales de los individuos, Bilchitz adhiere a la identificación de dos umbrales diferentes de urgencia: un primer umbral de provisión o el núcleo mínimo (el cual implica un interés prioritario en tener los recursos y las capacidades necesarias para no estar expuestos a condiciones generales que amenacen la supervivencia), y un segundo umbral de provisión (el cual implica un interés importante en tener los recursos e intereses necesarios para tener y realizar un amplio rango de propósitos). Véase Bilchitz 2007: 7, 187-188. Sin embargo, restringe el término “derechos socio-económicos” a la denotación de los “derechos de subsistencia”. Estos incluyen los derechos a “vivienda, comida, agua, y cuidado médico adecuados”. Bilchitz 2007: 133. No son incluidos el derecho a la educación y los derechos laborales. Cf. Bilchitz 2007: 133, nota 105.

¹⁵ Cf. Fabre 2000: 124.

¹⁶ Así, por ejemplo, Fabre (2000) argumenta a favor de los intereses consistentes en la autonomía y el bienestar.

Ambos niveles expresarían valores políticos, por lo tanto, no es este el rasgo que los distinga y motive una justificación diversa. La diferencia residiría, en cambio, en el distinto papel que desempeña cada uno de estos niveles de derechos en la estructura básica de la sociedad.¹⁷

Una de las formas en que podría articularse esta justificación diferenciada es desde la teoría de la legitimidad política de la democracia. Así, se ha argumentado reiteradamente que la satisfacción de las exigencias contenidas en los derechos sociales y económicos configuraría una de las denominadas *precondiciones de la democracia*,¹⁸ una de sus características definitorias, *i.e.*, un requisito que debe ser satisfecho para que un régimen político pueda ser considerado legítimo.¹⁹ Si estas necesidades no fueran satisfechas en una sociedad determinada, la democracia no estaría establecida, y el sistema político sería ilegítimo.²⁰

Para comprenderlo consideremos una versión de la concepción de la legitimidad política como autoría.²¹ Desde esta perspectiva, la respuesta estaría en que la satisfacción de las necesidades económicas y sociales es una precondición indispensable para la legitimidad política en el sentido de que es necesaria para que todos los ciudadanos puedan ser considerados autores, *i.e.*, que tengan la oportunidad de expresar sus puntos de vista en tanto participantes de la vida institucional.²² Satisfaciendo las necesidades socio-económicas todos los ciudadanos serían considerados iguales participantes en el esfuerzo común de diseñar un orden social justo. Ahora bien, ¿qué grado de satisfacción de dichas necesidades sería requerido por esta teoría para que un sistema político sea legítimo?

Examinando con más detalle esta concepción, la misma permitiría justificar la existencia del primer nivel de derechos sociales y económicos. Subyacente a la concepción de la legitimidad como autoría habría dos características que, se sostiene, poseerían las instituciones estatales y que justificarían la exigencia de legitimidad que pesa sobre ellas: i) los efectos profundos que tienen sobre los individuos sobre los que se aplican; y ii) el carácter coactivo, es decir, que se aplican sin tener en cuenta el consentimiento de los individuos.²³

En tanto sujetos de razones, los individuos aspiran a dirigir sus propias vidas, con lo cual la aplicación de un esquema coercitivo generaría una ofensa moral que requeriría ser reparada. Tal exigencia es la de que todos

¹⁷ La estructura básica de la sociedad, señala Rawls, es el sujeto primario de la justicia, esto es, “la forma en la cual las instituciones sociales principales distribuyen derechos y deberes y determinan la división de las ventajas de la cooperación social”. Rawls, 1971: 7. En concreto, las principales instituciones sociales comprenden la constitución política y los acuerdos sociales y económicos cardinales. Véase Rawls, 1971: 7-11.

¹⁸ La democracia no es el único sistema que satisface los requerimientos de la legitimidad política. Al respecto existe un debate en filosofía política que no será considerado aquí. No obstante, nadie duda que un sistema democrático es legítimo.

¹⁹ Vale la pena resaltar que esta perspectiva de análisis es compartida por los constitucionalistas tanto jurídicos como políticos. Más adelante se verá la relevancia de este acuerdo básico.

²⁰ Para una defensa paradigmática de la posición según la cual algunos derechos y libertades individuales son condiciones necesarias de la genuina democracia, véase Bobbio 1986: 48 (en referencia a “los derechos de libertad”). Se han ocupado de sostener la necesaria efectividad de los derechos sociales, además de los civiles y políticos, como precondición de la democracia, Michelman 1975, 1979: 659-694; Ferrajoli 2003: 236, entre otros. Otros autores sostienen el mismo argumento pero restringido a la provisión de ciertos mínimos. Por ejemplo, Henry Shue afirma que el ejercicio significativo de cualquier derecho presupone que los portadores de derechos tengan satisfechos los derechos a la subsistencia y a la seguridad (véase Shue 1980: cap. 1); Fabre acuerda que sin la satisfacción de las necesidades básicas no puede hacerse uso de los derechos políticos (véase Fabre 2000: 124-126).

²¹ Cf. Nagel 2005; y Selemé 2006 y 2009, a quien sigo en esta presentación de la legitimidad política como autoría. La vinculación entre legitimidad y autoría puede rastrearse hasta Hobbes, cuya influencia perdura en Hobbes y en Rousseau, y en general, se advierte en todo el pensamiento moderno. Los tres pensadores, Hobbes, Locke y Rousseau, vinculan legitimidad política y autoría. Sin embargo, Locke y Rousseau disienten con Hobbes respecto de qué condiciones deben satisfacerse para que los ciudadanos sean considerados autores.

²² En consecuencia, no me refiero a la dimensión personal de los individuos en tanto autores de su propia vida.

²³ Cf. Selemé 2009: 3. Rawls ha llamado la atención sobre estas dos características del esquema institucional doméstico (véase Rawls 1993: 269-270).

aquellos a quienes se aplica dicho esquema institucional sean sus autores. La exigencia de que el diseño institucional sea autoría de aquellos a quienes se aplica es la exigencia de legitimidad, auto-gobierno o participación política.

De este modo, un esquema institucional sería legítimo cuando se imputa a los individuos en tanto autores, es decir, que se ha configurado en su nombre. La exigencia de legitimidad hallaría su razón en que el esquema institucional tiene efectos profundos impuestos sobre los individuos con independencia de su voluntad.

Que un esquema institucional sea legítimo implicaría que el mismo es propio de los ciudadanos a los que se aplica coactivamente, quienes en consecuencia, no tienen derecho a no ser coaccionados.²⁴ Esta situación generaría un tipo de imputación moral de autoría sobre aquellos a quienes se aplica. Dicha autoría hace referencia al modo en que las instituciones se comportan respecto de los ciudadanos, y no al revés. Los ciudadanos no son autores del diseño institucional porque lo configuren a través de su participación efectiva sino que es el diseño institucional el que los configuraría como autores.

Por lo tanto, para posibilitar la participación de aquellos a quienes se aplica, el esquema institucional debería satisfacer tres exigencias: i) que todos los ciudadanos puedan acceder a los roles y cargos públicos; ii) que a la hora de tomar decisiones sobre la configuración del diseño institucional, todas las opiniones o intereses cuenten; y iii) que conceda los derechos y las libertades –incluidos los de contenido social y económico– que sean necesarios para posibilitar el acceso a los roles y cargos públicos y para que sus opiniones e intereses sean escuchados.²⁵

Por consiguiente, si el esquema institucional confiere a los ciudadanos los derechos y las libertades políticas que les permiten acceder a los roles públicos y hacer escuchar sus opiniones –tales como el derecho político a elegir a sus representantes y a ser elegidos, a peticionar a las autoridades, a expresar sus opiniones, etc.– y les garantiza el acceso al mínimo socio-económico necesario para poder hacer uso de estos derechos y libertades, entonces el esquema institucional los trata como autores y por tanto es legítimo.

En síntesis: en primer lugar, la exigencia de legitimidad aparecería por la existencia de un esquema institucional coercitivo. En segundo lugar, tal exigencia radicaría en que el esquema institucional sea autoría de aquellos a quienes se aplica, es decir, que satisfaga los intereses que poseen los ciudadanos en tanto autores facilitándoles la participación política. En tercer lugar, se obtendría lo anterior cuando el esquema además de reconocerles derechos y libertades políticas les garantiza a través de la satisfacción del nivel primario de los derechos sociales y económicos el acceso a los recursos necesarios para ejercerlos.

El tipo de bienestar que la satisfacción del segundo nivel de derechos sociales y económicos asegura no parece ser exigido para que los individuos sean capaces de participar políticamente, es decir, para que puedan ser considerados autores en los términos explicados. Estas exigencias surgirían frente a instituciones legítimas,

²⁴ Según esta concepción de la legitimidad lo fundamental es que las instituciones estatales sean autoría de los ciudadanos, es decir, que sean propias de ellos. El que no tengan derecho a oponerse a su aplicación coactiva es sólo una consecuencia de que sean legítimas, esto es, propias. Cf. Seleme 2009: 8. Por otro lado, la noción de legitimidad que subyace a esta perspectiva forma parte de las concepciones no-correlativistas en el sentido que consideran que el correlato de la legitimidad política no se correlaciona con el deber de obediencia. Cf. Seleme 2009: 2. Las concepciones de la legitimidad correlativistas, por el contrario, consideran que el correlato de la legitimidad institucional es el deber de obediencia.

²⁵ Estos son los tres intereses ciudadanos identificados por Beitz (1990: 113-117). El primero corresponde al interés en el reconocimiento, el segundo al interés en la responsabilidad deliberativa y el tercero se vincula con el interés en el tratamiento equitativo.

que tratan a todos como autores, y por lo tanto, han previamente garantizado el acceso al primer nivel de derechos sociales. En tanto autores de esta sociedad, los individuos (teniendo sus necesidades básicas satisfechas) estarían en condiciones de participar en las decisiones acerca de cómo desean configurar esa sociedad en la que viven, qué se deben unos a otros. Para esta visión, los requerimientos expresados por el segundo nivel de los derechos sociales y económicos serían exigencias de justicia distributiva. (Por ejemplo, políticas que honren el principio de igualdad y bienestar).

En definitiva, siguiendo la concepción de la legitimidad antes mencionada las exigencias de la justicia aparecerían una vez que se han establecido las instituciones legítimas.²⁶ Es decir, sin instituciones legítimas, no hay lugar para las exigencias de la justicia, donde se tornaría relevante la satisfacción del segundo nivel de los derechos socio-económicos.²⁷

Ahora bien, la fundamentación moral de la satisfacción de este segundo nivel de derechos deber reposar, entonces, en un argumento diferente.

Así, por ejemplo, desde esta línea de pensamiento, se ha intentado justificar las exigencias de justicia (una vez satisfechas las exigencias de legitimidad) en la idea de que los ciudadanos deber ser tratados como libres e iguales. En otros términos, el contenido de los principios de justicia se derivaría de la concepción normativa de persona libre e igual y su concepción correlativa de sociedad entendida como empresa cooperativa para el beneficio recíproco.

En tal sentido, los principios de justicia distributiva serían la respuesta a tres circunstancias que vuelven moralmente relevante a la desigualdad de recursos y derechos: primero, las instituciones estatales producen profundos efectos sobre la posición social y los talentos naturales de quienes habitan en ellas. Segundo, si las instituciones son legítimas pueden ser modificadas por cada uno de los ciudadanos en el ejercicio del poder que se adscribe a la autoría. Y tercero, los intereses de los individuos en el tamaño de sus porciones distributivas, en base a los cuales formulan sus reclamaciones, están basados en sus planes de vida o concepciones del bien que no son públicamente accesibles.²⁸

En consecuencia, es este doble rol que tienen los ciudadanos que habitan instituciones legítimas (como autores y como sujetos) lo que hace que la desigualdad sea moralmente relevante entre ellos.

²⁶ Ello implica adoptar una visión dualista de la justicia según la cual los principios morales aptos para evaluar la justicia de las instituciones no necesariamente son aptos para evaluar otros dominios, tales como la conducta personal de los individuos, las asociaciones privadas, las relaciones que un Estado mantiene con otros, etc. Tal es la perspectiva adoptada por Rawls (1971: 7). En cambio, una perspectiva monista sostiene que “todos los principios normativos fundamentales que se aplican al diseño de instituciones se aplican también a la conducta de la gente” (Murphy 1998: 251). Desde el monismo Gerald Cohen ha cuestionado la perspectiva dualista rawlsiana (véase Cohen 1997: 26; 2000: 138-140). Sin embargo, no creo que esta objeción se sostenga por las razones que han sido expuestas por Andrew Williams. Williams afirma que la publicidad puede explicar la restricción de la justicia a la estructura básica y muestra que la concepción de la justicia de Cohen es ambigua e incoherente (véase Williams 1998). Las razones que existen para sostener que los estándares de justicia sólo son aptos para evaluar el diseño de las instituciones básicas estatales serán consideradas brevemente al examinar la justificación del segundo nivel de los derechos sociales y económicos. Véase un examen extenso en Seleme 2006: § 3, y 2009: § 5.

²⁷ No me refiero a situaciones de extrema escasez de recursos donde la justicia tampoco tiene un rol que cumplir, pero por otros motivos. Por ejemplo, en el caso de un naufragio en el medio del océano, donde hay 30 sobrevivientes y un único bote salvavidas en el que caben sólo 7 personas, de modo que hay que elegir entre la muerte de todas, o salvar sólo a algunas. Sin embargo, aún en este tipo de situaciones tiene sentido la cuestión de la legitimidad.

²⁸ Conf. Seleme 2009: § 5. Las razones por las cuales los planes de vida son públicamente inaccesibles son dos: una razón de tipo empírico que hace referencia a la imposibilidad de acceder a los estados mentales de las personas; y una razón de tipo normativo, que presupone la posibilidad empírica y, sin embargo, se dirige a señalar la incorrección de ella en un esquema político legítimo, puesto que implicaría una invasión inadmisibles en la privacidad de los ciudadanos, vulnerando el interés en el modo de tratamiento equitativo.

IV. La configuración institucional de los dos niveles de los derechos sociales y económicos

Recapitulando lo sostenido hasta ahora, se ha afirmado que cabría distinguir dos niveles de derechos sociales, uno mínimo y primario, otro más exigente y secundario. Cada uno de estos niveles tendría una diferente justificación normativa. El primero sería un requisito de legitimidad de un esquema institucional que trata a todos sus individuos como autores. El segundo surgiría frente a un esquema institucional legítimo como exigencia de justicia.

La distinción conceptual de niveles en la satisfacción de las necesidades socio-económicas y su respectiva justificación moral plantea, a su vez, el problema de la justificación de su configuración en el plano institucional.

En esta sección me ocuparé de justificar cuál es el tipo de institucionalización que requeriría cada uno de estos dos niveles de derechos morales.²⁹

Desde la corriente del constitucionalismo jurídico se ha intentado justificar un modelo de protección particularmente fuerte de la protección institucional de los derechos morales (sociales y económicos), aunque sin distinguir los dos referidos niveles de derechos.

La estructura institucional específica (propia del modelo norteamericano) defendida por esta corriente se caracteriza en un sentido restringido por la conjunción de tres elementos esenciales: 1) el límite al poder político representado por los derechos fundamentales, *i.e.*, el atrincheramiento o resguardo de estos derechos en una carta de derechos, la cual es entendida como una condición necesaria de la democracia representativa; 2) la rigidez de la constitución, es decir, la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución más exigente que el procedimiento legislativo ordinario que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y, por lo tanto, la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador; y 3) el mecanismo del control judicial de constitucionalidad que, aunque conceptualmente independiente de la idea de primacía constitucional, suele ser considerado, en la práctica, un instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas. Es decir, con el objetivo de proteger la carta de derechos fundamentales contra ataques desde la propia mayoría democrática, permite a los jueces inspeccionar la conformidad de los actos legislativos o ejecutivos con dicha carta y, posteriormente, decidir la invalidación de tales actos cuando no se conforman.

Desde una posición opuesta, el constitucionalismo político ha señalado la controversia que mediaría entre dicha estructura institucional y la democracia. Así, se ha cuestionado, por un lado, el mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos: la existencia de una esfera conformada por derechos reconocidos a los individuos en una constitución rígida no parece plenamente compatible con el debate democrático. Por el otro lado, se ha objetado la legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad: dejar librado al poder judicial el resguardo de ese coto vedado y, por lo tanto, el control del dictado de leyes que cuentan con un consenso generalizado, importaría sujetarse a la decisión de órganos contra-mayoritarios, que no serían representativos ni políticamente responsables respecto del contenido de los derechos fundamentales.

²⁹ Se vuelve prioritario, por lo tanto, analizar aquí cuestiones tales como si la mejor manera de resguardarlos en el plano institucional es a través de su constitucionalización; si el mecanismo de protección de los derechos sociales y económicos resultante de la combinación de una carta de derechos fundamentales con la revisión judicial puede ser defendido en algún nivel de los presentados, o si las objeciones que se han elevado contra éste subsisten en ambos casos. Por razones de espacio, sin embargo, no incluyo aquí el análisis detenido de estas cuestiones.

Estas objeciones dirigidas contra la constitucionalización de los derechos fundamentales en general, y que tienen particular destino contra los derechos sociales y económicos constitucionales (de cuyo análisis se puede prescindir ahora), sin embargo, pasan por alto la distinción de niveles de derechos señalada así como las diferentes condiciones sociales presentes en las distintas comunidades políticas.

En efecto, si se distingue entre los dos referidos niveles de derechos sociales y económicos, no sería contramayoritario asegurar el primer nivel en una constitución rígida, en tanto se lo considere como una precondition de la democracia, porque de otro modo no se satisfarían las necesidades requeridas para que los ciudadanos sean considerados autores del esquema institucional democrático. De igual modo, permitir la intervención de los jueces en la adjudicación de esos derechos primarios, con el objetivo de proteger una igual consideración de tales necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad, no haría sino procurar el aseguramiento de esas precondiciones de la democracia que ambas doctrinas coinciden en aceptar.

Este argumento se apoya en la teoría de la dependencia contextual asumida por Rawls, para quien la justicia como equidad permite –pero no requiere– que las libertades básicas se incorporen a la constitución y sean protegidas como derechos constitucionales.³⁰ La idea central de esta tesis es que la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco (el cual depende en última instancia del modo en que se articule el ideal de igualdad política) y su valor instrumental (que depende de las circunstancias específicas de la comunidad política en la que se aplique). Por consiguiente, para condiciones sociales diferentes habrá que considerar justificados procedimientos de decisión distintos.³¹ En realidad, Waldron concede esta perspectiva. El autor se pregunta si no sería una buena razón a favor de los límites constitucionales al poder de la mayoría el que hubiese sólidas razones para creer que ésta pretende suprimir las libertades de la oposición o silenciar el disenso, a lo que responde sencillamente que esas especificidades no se aplican a los Estados Unidos o al Reino Unido, donde existen robustas y establecidas tradiciones de libertad política. Sin embargo, admite que sí podrían corresponder con las de algún sistema político como los de las nuevas democracias de la Europa del Este y de la antigua Unión Soviética, en cuyo caso no excluye que pudieran estar justificados los límites constitucionales al poder de la mayoría.³²

La discusión de fondo entre estas dos corrientes no puede girar, entonces, sobre este primer nivel de derechos.

Un debate genuino se presenta, en cambio, respecto del segundo nivel de derechos: una vez asegurado ese umbral mínimo para todos los ciudadanos, adquiriría fuerza la posición del constitucionalismo político, en el sentido de estimarse que el hecho de los desacuerdos sobre derechos en las sociedades contemporáneas merecerían pensarse dentro de las *circunstancias de la política*.³³

Los derechos en este nivel más exigente formarían parte de las circunstancias de la política de tres modos relacionados. Primero, dado que los desacuerdos sobre derechos informarían los debates políticos normales

³⁰ Cf. Rawls 1993: 405; también 234-235.

³¹ Véase un excelente análisis de la tesis de la dependencia conceptual en el planteamiento rawlsiano en Bayón 2004: 106-127.

³² Véase Waldron 1999: 279-281.

³³ Cf. Waldron 1999: 117-118. Las circunstancias de la política son, según Waldron, la existencia del desacuerdo y la necesidad de establecer un curso de acción concertado a pesar de dicho desacuerdo.

(tanto como los conflictos de intereses secundarios), sería difícil sostener un consenso sobre este segundo nivel de derechos de algún modo fuera de la política. Segundo, esos debates políticos normales extienden la constitución de lo político, de manera que sería difícil ver en un esquema de derechos constitucionales más allá de los básicos, las bases y los límites del proceso político ordinario. Tercero, los puntos de vista sobre los derechos a los recursos adecuados que sostienen los individuos serían a menudo incompatibles e inconmensurables y, por lo tanto, sería difícil combinarlos en una posición singular todo-comprensiva que superara la necesidad de la política.³⁴ Incluso si tal posición podría existir en principio, las “cargas del juicio” significan que probablemente no superemos nuestros conflictos ni lleguemos a un acuerdo sobre ellos. Mientras tanto, deberíamos enfrentar la situación en la cual a pesar de nuestros desacuerdos necesitamos sin embargo llegar a un compromiso sobre una perspectiva común.

Los defensores del constitucionalismo político sostienen que para ello necesitamos buscar un procedimiento que todos aceptemos, según el cual sería legítimo que un punto de vista prevaleciera sobre los demás en competencia (a pesar de nuestra opinión o sus méritos substantivos), o algún tipo de acuerdo o compromiso entre los diferentes puntos de vista. Tal procedimiento debería tratar de manera equitativa las diferentes perspectivas y las personas que las sostienen, mostrando igual consideración y respeto a los individuos, no sólo en tanto portadores del primer nivel de derechos, sino también como agentes autónomos que sostienen sus propios puntos de vista sobre el segundo nivel de derechos de manera razonada y razonable, sin estar en sí mismo predisposto a favorecer o derivar su legitimidad de un enfoque de derechos dado.³⁵ Las demandas de este segundo umbral de derechos sociales y económicos pertenecerían, como se ha señalado, a la esfera de la justicia, y por lo tanto, se trataría aquí de deliberar sobre las exigencias que los individuos, en tanto considerados autores de instituciones legítimas, se deben unos a otros.

Por consiguiente, la participación política efectiva (respecto de la cual muestra preocupación el constitucionalismo político), que se refiere a la participación real de todos los ciudadanos en pie de igualdad, sólo debería ser privilegiada cuando estos tienen satisfechos el primer nivel de derechos sociales y económicos y son, por lo tanto, tratados como autores del esquema institucional. Parecería que cuando los defensores del constitucionalismo político destacan el valor del derecho de participación y la igual consideración y respeto de todos los ciudadanos suponen que estos tienen garantizado ese primer nivel, de modo que el modelo robusto de protección propuesto por el constitucionalismo jurídico sería una técnica adecuada de protección que no está reñida con la concepción del constitucionalismo político. Así, ciudadanos cuyo nivel mínimo de estos derechos se encuentra satisfecho serán individuos autónomos capaces de discutir racionalmente sobre la forma en que quieren dirigir su sociedad. Entre tales cuestiones, se encuentra la relativa a si habrá de garantizarse y, en su caso, con qué técnica institucional, el segundo nivel de derechos. En tal sentido, el modelo robusto propuesto

³⁴ Cf. Bellamy 2007: 23-26. No obstante Bellamy no distingue entre niveles de derechos, sino que pareciera referirse a sociedades donde el primer nivel de derechos sociales se halla satisfecho (al igual que Waldron), puesto que se refiere a los ciudadanos como seres racionales autónomos, dotados de igual poder político. Véase Bellamy 2007: 146.

³⁵ Véanse Waldron 1999: cap. XI; Bellamy 2007: cap. 5.

por los constitucionalistas jurídicos, se tornaría excesivo, y por ende no justificado en el sentido de que es pasible de las objeciones contra-mayoritarias denunciadas por el constitucionalismo político.³⁶

V. Conclusión

Con lo expuesto se ha pretendido mostrar que, pese a las apariencias, sobre la cuestión más trascendente relativa al primer nivel de derechos no hay un desacuerdo genuino entre el constitucionalismo político y el jurídico, y que la única cuestión con sentido que queda pendiente es sólo relativa al segundo nivel de los derechos.

Pese a que se ha intentado poner en evidencia que la discusión de fondo entre las dos corrientes del constitucionalismo no puede girar en torno del primer nivel de derechos sociales y económicos, esto no debería conducir a obviar la importancia de su reconocimiento, justificación y protección, pues de hecho, no estaría satisfecho en ciertas comunidades políticas, que autocalificadas como democráticas, bajo la perspectiva aquí receptada, no podrían ser consideradas tales (por ejemplo, el sistema político argentino).³⁷

Bibliografía

- Añón, María José y Javier de Lucas (1990). “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa* 7: 55-81.
- Bayón, Juan Carlos (1998). “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones* 1, 2000: 65-94.
- (2004). “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.): *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 67-138.
- Beitz, Charles (1990). *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton: PUP.
- Bellamy, Richard (2007). *Political Constitutionalism*. Cambridge: CUP.
- Bilchitz, David (2007). *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic Rights*. Oxford: OUP.
- Bobbio, Norberto (1966). *Liberalismo y democracia*, 2º ed. rev. 1986. Traducido al castellano por J. F. Fernández Santillán. México: FCE, 1989.
- Casal, Paula (2007). “Why Sufficiency is not Enough?”, *Ethics* 117: 296-326.
- Cohen, Gerald (1997). “Where the Action is: On the Site of Distributive Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 26: 3-30.
- (2000). *If you are Egalitarian, How come you’re so rich?* Cambridge: HUP.
- Dworkin, Ronald (1996). *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: OUP.
- Fabre, Cécile (2000). *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Oxford: OUP.

³⁶ Tengo en mente la consideración de alguna forma de “constitucionalismo débil” en la línea propuesta por Bayón 1998: 88-90, 2004: 127-131; y Tushnet 2008; entre otros.

³⁷ Según esta visión, las instituciones políticas de un país como Argentina, por ejemplo, son ilegítimas porque una porción importante de sus ciudadanos no tienen satisfechas las exigencias del primer nivel de los derechos sociales y económicos, y por lo tanto, no son tratados como autores.

- Ferrajoli, Luigi (2003). “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía* 19: 227-240.
- Frankfurt, Harry (1987). “Equality as a Moral Ideal”, *Ethics* 98: 21-43.
- (1997). “Equality and Respect”, *Social Research* 64: 3-15.
- (2000). “The Moral Irrelevance of Equality”, *Public Affairs Quarterly* 14: 87-103.
- Garzón Valdés, Ernesto (1986). “Los derechos positivos generales y su fundamentación”, *Doxa* 3: 17-33.
- Kavanagh, Aileen (2003). “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and Philosophy* 22: 451-486.
- Maddox, Graham (1982). “A note on the Meaning of «Constitution»”, *American Political Science Review* 76: 805-809.
- McIlwain, Charles H. (1958). *Constitutionalism: Ancient and Modern*. New York: Great Seal Books.
- Michelman, Frank (1975). “Constitutional Welfare Rights and a «Theory of Justice»”, en N. Daniels (ed): *Reading Rawls: Critical Studies on Rawl’s A Theory of Justice*. Stanford: Stanford University Press, 319-347.
- (1979). “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly* 57: 659-694.
- Miller, David (1999). *Principles of Social Justice*. Cambridge, Mass.: HUP.
- Murphy, Liam B. (1998). “Institutions and Demands of Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 27: 251-291.
- Nagel, Thomas (2005). “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 33: 113-147.
- Raz, Joseph (1998). “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: CUP, 152-193.
- Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Oxford: OUP.
- (1993). *Political Liberalism*. New York: CUP.
- Seleme, Hugo (2006). “Legitimidad política, justicia y globalización”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella, 1-59.
- (2009). “The Moral Irrelevance of Global International Inequality”, 1-38, sin publicar.
- Sen, Amartya (1992). *Inequality Re-Examined*. Oxford: OUP.
- Shue, Henry (1980). *Basic Rights Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*. Princeton: PUP.
- Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: PUP.
- Waldron, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: OUP.
- Williams, Andrew (1998). “Incentives, Inequality, and Publicity”, *Philosophy and Public Affairs* 27 (3): 225-247.