

## ¿QUIÉN DEBERÍA CREER EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES?\*

Nicolás Espejo Yaksic\*\*

### INTRODUCCIÓN

A primeras luces, pareciera que el título de esta presentación tiene poco sentido: ¿Quién debería creer en los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”)? La respuesta es obvia: todo el mundo. En primer término, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorpora ampliamente los DESC a través de una serie de instrumentos, declaraciones y resoluciones regionales y universales que clarifican, más allá de toda duda razonable, el carácter jurídicamente vinculante de estos derechos. En segundo término, la comunidad internacional ha ratificado sistemáticamente el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos, sugiriendo de este modo que la vieja e ideológica distinción entre dos categorías de derechos —civiles y políticos *vs.* económicos, sociales y culturales— no surte efecto alguno como argumento para negar la naturaleza jurídica de los DESC en tanto derechos fundamentales. Finalmente, teniendo en cuenta el papel determinante que los DESC desempeñan para el respeto, protección y garantía de niveles básicos de vida digna, del reconocimiento del valor de la diversidad cultural y de la protección del medio ambiente, parecería ra-

\*Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

\*\*Profesor y Director del Programa DESC de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

—Los organizadores de esta conferencia me solicitaron desarrollar algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “DESC”). Abusando de la confianza depositada, modifiqué mi plan original, concentrándome en una línea de argumentación diversa y que, en sentido estricto, vincula este trabajo más bien con la filosofía política contemporánea y no con la teoría del derecho. Espero que algunas de las razones expuestas en este trabajo puedan, en parte, justificar este inexcusable desvío.

zponible concluir que toda persona o institución más o menos conciente de tales valores, debiera creer y defender este tipo de derechos. Con todo, me temo que esto no es así. A través de una serie de argumentaciones —unas más sutiles y/o razonables que otras— actores políticos, financieros, económicos, jurídicos e intelectuales cuestionan a diario la creencia fundamental en los DESC como derechos humanos de la más alta importancia. Esta negación suele no operar desde una abierta confrontación, sino más bien desde la presentación de líneas argumentativas que se presentan como económicamente sensibles y democráticamente comprometidas. Tales argumentaciones van desde aquellas que insisten en la flexibilidad de las redes sociales de protección en un contexto de apertura económica global y de crisis del Estado de Bienestar, pasando por otras que insisten en el preocupante fenómeno de la judicialización de la política y de la idolatrización del discurso de los derechos, hasta aquellas afirmaciones que destacan los efectos sectarios que los derechos de las minorías culturales generan en la cohesión social de los sistemas democráticos contemporáneos.

Como insistiré en este trabajo, las observaciones, recomendaciones y decisiones de ciertos órganos de supervisión internacional de derechos humanos, así como las decisiones judiciales de algunos tribunales y la doctrina de ciertos publicistas, han permitido derribar algunas de las confusiones más extendidas acerca de la supuesta prioridad que los derechos civiles y políticos exhibirían por sobre los DESC. Sin embargo, también sostendré que para hacer frente al tipo de argumentaciones previamente identificadas y que debilitan el respeto, protección y garantía de los DESC, podríamos también hacer uso de las herramientas conceptuales y normativas que nos otorga la filosofía política. Equidistantemente situado de aquellas visiones de ésta como un ejercicio de erudición intelectual de casi ninguna relevancia práctica, como asimismo de un materialismo histórico insensible a los elementos emancipatorios que subyacen a la teoría política, sugeriré que un mejor entendimiento de los presupuestos y consecuencias normativas que pueden seguirse de ciertas ideas políticas, puede ayudarnos a fortalecer nuestra defensa de los DESC.

En particular, sostendré que en la idea misma de libertad y en las condiciones asociadas a su plena vigencia, podemos encontrar interesantes puntos de relación con la justificación político-filosófica de los DESC. Habiendo dicho esto, no pretendo sugerir que la labor de defensa de los DESC se satisface de modo privilegiado, por medio de la actividad filosófica. Probablemente, Marx no está totalmente equivocado cuando nos indica que es la vida la que determina la conciencia, y no viceversa. Con todo, no es menos cierto que la filosofía puede, en su función orientadora, ayudarnos a no olvidar

nuestros compromisos morales más profundos y guiarnos en un mundo que, de lo contrario, carecería de coherencia y justicia.

## DERRIBANDO MITOS: SOBRE LA INDETERMINACIÓN Y NATURALEZA PROGRAMÁTICA DE LOS DESC

Como indiqué más arriba, una de las más importantes contribuciones hechas por la jurisprudencia internacional y comparada, así como por parte de la doctrina, ha sido la de derribar algunos mitos bastante extendidos acerca de la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los DESC. La información en esta materia es extensa y compleja y no intentaré en esta ocasión presentarla con detenimiento. Sobre el particular, resultan iluminadores los trabajos de Christian Courtis,<sup>1</sup> Magdalena Sepúlveda<sup>2</sup> y Tara Melish.<sup>3</sup> Con todo, sí me interesa subrayar dos líneas argumentativas que cuestionan la naturaleza propiamente jurídica de los DESC y que debiéramos considerar como ampliamente superadas hoy en día.

En primer lugar, resulta claro que no existen diferencias sustanciales o de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los DESC lo que nos permite concluir que sólo los primeros corresponden a la categoría de derechos humanos en sentido propio. De una parte, no es cierto que los derechos civiles y políticos se caractericen por establecer solamente obligaciones negativas para el Estado, mientras que los DESC se reduzcan a obligaciones de tipo positivo. Como señalan Holmes y Sunstein, los teóricos de los derechos —sean estos de derecha o izquierda— han tenido un acercamiento tradicionalmente ciego a los costos que los derechos conllevan. Sin embargo, una vez que advertimos los enormes costos asociados al reconocimiento e implementación efectiva de los derechos, inclusive el de propiedad, esta distinción comienza a desvirtuarse.<sup>4</sup> Cuando un Estado se toma en serio el

<sup>1</sup> Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pról. de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>2</sup> Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, School of Human Rights Research Series, vol. 18, Oxford, Intersentia, Antwerpen, 2003.

<sup>3</sup> Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003.

<sup>4</sup> Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York/Londres, W.W. Norton & Company, 1999, pp. 13-48/59-76.

cumplimiento efectivo de un derecho civil y político como el del derecho a la vida, la libertad de expresión, el debido proceso, la igualdad ante la ley o la propiedad, se pueden seguir fuertes consecuencias presupuestarias para el Gobierno.<sup>5</sup> En consecuencia, los derechos civiles y políticos, a pesar de lo que suele esgrimirse, también conllevan claras obligaciones de carácter positivo. Por otra parte, los DESC tampoco se agotan en obligaciones positivas, sino que ellos pueden importar, como veremos, la satisfacción de diversas obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado. Por lo mismo, resulta posible concluir que tanto los derechos civiles y políticos como los DESC requieren, para su plena efectividad, del cumplimiento de obligaciones positivas y negativas o de un continuo de variedad de deberes, asociados a una variedad correlativa de obligaciones.<sup>6</sup>

En segundo lugar, no resulta sostenible tampoco el afirmar que el contenido específico de los DESC es del todo indeterminado. Como señala Magdalena Sepúlveda, aun cuando la labor interpretativa de todo tribunal u órgano de supervisión internacional implica la ardua labor de dotar de contenido específico a derechos que suelen estar formulados de manera vaga y general, esto no implica que no podamos reconocer diversas obligaciones concretas que se derivan de los DESC. En particular, existe una serie de

<sup>5</sup> T. Melish, *op. cit.*, pp. 37-45; Abramovich y Courtis, *op. cit.*, nota 1, pp. 168-220; Christian Courtis y Victor Abramovich, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en M. Abregú, C. Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto-CELS, pp. 283-350, 1997 y; Christian Courtis, “Estrategias de utilización de acciones de interés público en defensa de derechos económicos, sociales y culturales” en *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales núm. 9, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, octubre 1999, pp. 95-126.

<sup>6</sup> Kate O’Regan, “Introducing socio-economic rights”, en *ESR Review*, vol. 1, núm. 4, 1999, p. 71 y Magdalena Sepúlveda, *op. cit.*, p. 137. La cuestión de la dimensión negativa de los DESC como parte de su objeto específico, no es pacífica. Entre nosotros, y aún cuando provee de razones fuertes para desestimar la crítica que niega el carácter de “derechos subjetivos fundamentales” de los DESC, Roberto Arango sugiere que el objeto de los DESC está exclusivamente constituido por “acciones positivas fácticas del Estado”. Siguiendo a Robert Alexy, Arango sostiene que sólo las acciones positivas fácticas (acciones materiales que se ordenan para posibilitar el cumplimiento de los derechos generales) pueden ser objeto de los derechos a la protección y la organización, mientras que las acciones negativas (omisiones) son objeto de la libertad general de acción o el derecho a la igualdad. Para una visión crítica de la noción de derechos económicos, sociales y culturales como “derechos subjetivos” véase, Fernando Atria, “¿Existen Derechos Sociales?”, en *Journal* (MS, 2002). Como una respuesta a estas preocupaciones, véase el excelente trabajo de Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de Robert Alexy, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, LEGIS, 2005, pp. 37-9/107-13.

obligaciones que pueden ser calificadas como: a) obligaciones sustantivas o correlativas a cada derecho en específico (donde cada Estado debe respetar, proteger, satisfacer y promover el derecho en cuestión); b) obligaciones genéricas o básicas relacionadas las disposiciones generales de los tratados (tales como las de adoptar medidas que progresivamente avancen en los niveles de satisfacción de los derechos o las de no discriminación) y; obligaciones procedimentales vinculadas con los procesos de supervisión del tratado en cuestión (como las de informar periódicamente).<sup>7</sup> Si a lo anterior sumamos el desarrollo sostenido de elementos interpretativos sobre el contenido específico de los DESC por parte de diversos tribunales nacionales,<sup>8</sup> así como por la jurisprudencia y la doctrina internacionales,<sup>9</sup> resulta posible rechazar de plano, toda afirmación de que los DESC sufren de un problema agudo de falta de determinación normativa.

<sup>7</sup> Magdalena Sepúlveda, *op. cit.*, pp. 251-2. Aunque Sepúlveda sugiere esta clasificación en relación específica con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Pacto DESC”), creo que su análisis es plenamente ilustrativo del *set* de obligaciones internacionales derivado de los DESC en general, salvo marcadas excepciones.

<sup>8</sup> Cabe destacar en este sentido, las decisiones sudafricanas sobre vivienda y salud adecuadas en casos como *Soobramoney v Minister of Health (Kwa-Zulu-Natal)*, Constitutional Court of South Africa CCT 32/97, 26 November 1997; *Grootboom v Oostenberg Municipality & Ors* [1999] ICHRL 173, 17 December 1999, High Court of South Africa, Cape of Good Hope Provincial Division y; *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Constitutional Court of South Africa, CCT 8/02, 5 July 2002. Paralelamente, resulta instructiva en esta materia la jurisprudencia constitucional colombiana de casos sobre el llamado “estado de cosas inconstitucionales” (Sentencia SU-559 de 1997) y sobre “mínimo vital” (entre otras, Sentencia SU-225 de 1998, T-850 de 2002 y T-680 de 2003). En esta materia, véase, R. Arango, *op. cit.*, pp. 212-36 y Mauricio García Villegas, “Derechos Sociales y Necesidades Políticas. La Eficacia Judicial de los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Colombiano”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, t. I, Bogotá, Varios Editores, 2001, pp. 455-83. Finalmente, la Corte Suprema de la India también ha desarrollado una interesante jurisprudencia en materia de derecho a la alimentación y derecho a la vida. Para una recopilación y presentación de la jurisprudencia India, véase, Colin Gonsalves, P. Ramesh Kumar y Anup Kumar Srivastava (eds.), *Right to Food*, 2a. ed., New Delhi, Human Rights Law Network, 2005.

<sup>9</sup> Véase, en particular, la serie de Observaciones Generales y Conclusiones Finales sobre los informes presentados ante él, del Comité de DESC de Naciones Unidas, en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>; “The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *UN/Document E/CN.4/1987/17*; “The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, en *SIM Special No. 20*, 1998 y, más generalmente, Mathew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995; A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Second Revised Edition, 2001, y V. Abramovich y C. Courtis (comps.), *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

En consecuencia, creo que una lectura relativamente atenta de la enorme evolución jurisprudencial y doctrinaria que los DESC han experimentado en los últimos años, nos debería llevar a concluir que tanto las alegaciones de indeterminación y carácter meramente programático de estos derechos resultan plenamente infundadas. Como es evidente, existen aún ciertos aspectos de la teoría y práctica de los DESC que resultan controvertidos. Con todo, no debiéramos perder de vista que tales discusiones suelen hacerse extensivas también a los derechos civiles y políticos y, más generalmente, a la teoría del derecho en su conjunto. Habiendo señalado lo anterior, creo que una línea de desarrollo más bien diversa a la anterior, focalizada ahora en la identificación de *algunos* posibles argumentos filosófico-políticos para la justificación, reconocimiento y manutención de los DESC al interior de nuestras democracias, podría ser de cierta ayuda para el movimiento de los derechos humanos. Tal identificación, claro está, no pretende ser exhaustiva y difícilmente podrá cumplir con todas las exigencias académicas que una acabada teoría política de los DESC debiera cumplir. Sin perjuicio de lo anterior, creo que dicha propuesta debiera ayudarnos a avanzar inicialmente en el desarrollo posterior de más ricas y complejas posiciones políticas que nos puedan ayudar a contrarrestar los argumentos críticos sobre los DESC, que identifiqué en la introducción de este documento.

### DIME EN QUÉ CREES Y TE DIRÉ SI TIENES DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE LA IDEA DE LIBERTAD

Como sugerí en la introducción, la filosofía política puede desempeñar un papel fundamental de orientación en el espacio político concreto en el que vivimos. Por una parte, y aunque no está orientada a reemplazar el lugar de las decisiones y lógicas concretas de la política real, la filosofía política nos puede servir de guía para otorgar significado específico a los términos o ideas generales que rondan en el discurso político. Por otra parte, y precisamente por sus elementos ideales o contra-fácticos, la filosofía política puede servirnos para desarrollar *tests* que nos permitan identificar la presencia o ausencia de aquellas condiciones necesarias para la coherente y efectiva defensa de nuestras visiones o acuerdos políticos fundamentales.<sup>10</sup> Teniendo esta visión

<sup>10</sup> Thomas McCarty, "On the Idea of a Critical Theory and Its Relation to Philosophy", en David Couzens Hoy y Thomas McCarthy, *Critical Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1994, p. 11.

general en mente, en las próximas líneas sugeriré que quienes están dispuestos a defender el ideal fundamental de la libertad, deberían estar dispuestos a reconocer la continuidad existente entre tal valor y la justificación de los DESC.<sup>11</sup> En otras palabras, aunque la elaboración de una teoría de los DESC requiere de una subsecuente elaboración que permita resolver ciertos aspectos teórico-jurídicos con mayor precisión, sostengo que tal acercamiento jurídico debiera dar cuenta, al mismo tiempo, de la fuerte conexión existente entre una teoría de los derechos humanos y los principios político-democráticos que sustentan nuestras sociedades.<sup>12</sup>

### LA LIBERTAD NEGATIVA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Como es bien sabido, la tradición liberal ha sido generalmente identificada por su defensa de la idea de libertad como autonomía individual.<sup>13</sup> Más específicamente, el Liberalismo se ha mostrado tradicionalmente interesado en defender una cierta concepción específica de la idea de libertad como “no-interferencia”. Tal es la definición clásica de la idea de libertad *negativa* (cuando nadie interfiere con mis actividades o decisiones individuales) y que ha permitido distinguir al Liberalismo de otro tipo de teorías políticas o morales que entienden la libertad en su dimensión *positiva* (cuando puedo llegar a ser, efectivamente, el amo o dueño de mi vida).<sup>14</sup> Desde mi punto de vista, aún cuando definamos la idea de libertad en un sentido negativo, los DESC pueden encontrar en esta misma idea de libertad, a una

<sup>11</sup> Este ejercicio puede ser hecho, claro está, con otros valores como los de igualdad, justicia, democracia, etc. Ese es el objetivo de un trabajo en el que aún estoy trabajando y que, espero, podrá dar cuenta de la rica conexión existente entre las ideas políticas y los DESC.

<sup>12</sup> Esta posición, desde luego, nos remite a la discusión sobre la relación entre derecho, moral y política. Para un acercamiento general al tema y la identificación de distintas posiciones al respecto, véase, Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003.

<sup>13</sup> Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, First Paperback Edition, 1991, pp. 9-20/74-99/162-181; y Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Paperback Edition, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 369. Para una visión crítica y que vincula la tradición liberal a la idea de *tolerancia* y no de autonomía individual, véase John Gray, *Two Faces of Liberalism*, Nueva York, The New Press, 2000; y Daniel Bonilla, “Cultural Diversity and Liberal Values”, Chapter One, Serie Documentos de Investigación, núm. 3, Bogota, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes, 2003.

<sup>14</sup> Véase, en particular, Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty”, en Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, pp. 118-72.

importante aliada. En efecto, la respuesta negativa a la noción de libertad presupone la satisfacción de ciertas condiciones básicas que permitan dar sentido a una tesis de la libertad como no-interferencia. Como el mismo Berlin se pregunta al intentar clarificar el sentido de su célebre defensa a favor de la libertad negativa: ¿Qué son los derechos sin la capacidad de implementarlos?<sup>15</sup> Afirmar la libertad como una garantía meramente formal y desprovista de la satisfacción de condiciones materiales mínimas para que ésta pueda ejercitarse efectiva y plenamente, deja a la idea misma de libertad a merced de la implacable crítica Marxiana contra el carácter ideológico de los derechos de libertad. Derechos que, al final del día, otorgan libertad sólo a aquellos que detentan la propiedad privada.<sup>16</sup>

Desde mi punto de vista, tal reconocimiento de la estrecha vinculación entre libertad negativa y condiciones de la libertad subyace al trabajo de autores liberales igualitarios como John Rawls,<sup>17</sup> Ronald Dworkin,<sup>18</sup> Amartya Sen,<sup>19</sup> entre otros. Para los liberales igualitaristas, las cuestiones de libertad no pueden ser entendidas de manera independiente respecto de la importancia y concepción de igualdad que estemos dispuestos a sostener. Estos autores creen que una sociedad es justa, si y solo si, tal sociedad se ordena en torno a un principio moral general que reconozca un igual *set* básico de bienes primarios, recursos, oportunidades o capacidades (dependiendo de la concepción específica de igualdad que cada autor sostenga). A la luz de tal acercamiento político-filosófico, la libertad no puede ser coherentemente defendida si es que ésta no resulta acompañada de una cierta concepción de justicia distributiva que permita advertir qué tipo de diferencias económicas, sociales y culturales se encuentran moralmente justificadas y cuáles no. Más importante para nuestro análisis, los elementos centrales del liberalismo igualitarista debieran servirnos para sostener una defensa específica de los DESC. Tal y como lo sugiere el trabajo de autores como Henry Shue<sup>20</sup> y Je-

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. xlvi.

<sup>16</sup> Karl Marx, *La Cuestión Judía*, Madrid, Santillana, 1997.

<sup>17</sup> J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge/Londres, ed. de Erin Kelly/The Belknap Press of Harvard University Press, 2001; John Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996; y John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press/Oxford University Press, 1971.

<sup>18</sup> R. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2000.

<sup>19</sup> A. Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford, Russell Sage Foundation/Clarendon Press, 1995.

<sup>20</sup> Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980.



remy Waldron,<sup>21</sup> los DESC pueden ser vistos como derechos que se justifican en atención a su carácter instrumental para la satisfacción de las exigencias de la autonomía individual, toda vez que ésta pueda verse afectada por la insatisfacción de ciertas necesidades básicas o vicisitudes económicas que distorsionen la idea de agencia individual. Desde esta perspectiva, los DESC aparecen como garantías económico-sociales que resultan fundamentales para el pleno ejercicio de la autonomía individual o, de la libertad negativa. Pero no sólo eso, como lo ha tratado de demostrar Kymlicka, los derechos de contenido cultural juegan el mismo papel al interior de una teoría de la justicia de tinte liberal.<sup>22</sup>

Alternativamente, la tradición continental encuentra en autores como Jurgen Habermas<sup>23</sup> y Robert Alexy,<sup>24</sup> otra línea similar de defensa de los DESC en su relación con la idea de libertad. Para Habermas, el sistema de los derechos —cuya justificación puede remitirse a las condiciones de convivencia pacífica en términos legítimos de acuerdo a los medios del derecho positivo— se estructura en torno a 5 tipos de derechos destinados a garantizar: a) la autonomía privada de ciudadanos asociados libremente; b) la autonomía pública de los sujetos *qua* ciudadanos, y c) los medios necesarios para la realización de los derechos anteriormente señalados. Cómo es fácil de advertir, en la visión Habermasiana, los derechos sociales se sitúan en la categoría c) y se justifican, principalmente, como una manera de evitar que la desigualdad en las posiciones económicas de poder, de bienes de fortuna y de posiciones sociales de vida se destruyan, convirtiendo así el contenido normativo de la igualdad jurídica, en su contrario. Para Alexy, en tanto, los DESC son vistos como garantías para la libertad *fáctica* o *real*. Bajo esta perspectiva, los DESC se consideran como derechos *prima facie* —esto es,

<sup>21</sup> Jeremy Waldron, “Liberal rights: Two sides of the coin”, en J. Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993, pp. 1-34.

<sup>22</sup> Como señala Kymlicka, los derechos de la ciudadanía multicultural garantizan, entre otras cosas, que el ideal de autonomía individual pueda ser ejercido de manera sustantiva y no meramente formal. Una sociedad con una pobre diversidad de opciones de planes de vida a disposición de los sujetos, reflejaría débilmente el valor que juegan las decisiones morales de los sujetos al interior de una sociedad liberal. Los derechos culturales reconocen, precisamente, la variedad de mundos de vida a disposición de los sujetos y agrega valor específico a las decisiones que son tomadas frente a tales opciones. Véase Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

<sup>23</sup> Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democrac* (trad. de William Rehg), Cambridge, Polity Press, 1997.

<sup>24</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

derechos que sólo se aplican luego de un acto de ponderación judicial con otros derechos y principios en las circunstancias fácticas del caso— y que proceden: a) cuando las exigencias de la libertad fáctica así lo requieren, y b) si y sólo si, los principios de división de poderes, de la democracia y de la libertad jurídica de otros individuos, se vean afectados de manera reducida. En otras palabras, en la visión Alexyana, los DESC dotan de valor a una libertad jurídica formal que si no tuviese en cuenta la libertad fáctica de los sujetos —o real capacidad para vivir sobre un nivel de existencia mínima o decente— equivaldría a una simple fórmula vacía.

#### LA LIBERTAD COMO *NO-DOMINACIÓN* Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Habiendo dicho lo anterior, creo que aún existe una segunda forma de justificar, desde la idea de libertad, los DESC. Junto a las tradiciones recién mencionadas de la libertad negativa y positiva, ciertos autores han llamado la atención sobre una tercera manera de entender la idea de libertad: la idea de libertad Neo-romana o como No-Dominación. J.G.A. Pocock,<sup>25</sup> Q. Skinner<sup>26</sup> y P. Pettit,<sup>27</sup> entre otros, han indicado que la idea de libertad presente en los orígenes clásicos del republicanismo nos deriva hacia una concepción diversa y más rica de la libertad política. Siguiendo una tradición de pensamiento cuyos orígenes se remontan a Roma —particularmente a la definición de libertad reconocida por las Siete Partidas— y que N. Maquiavelo popularizó en tiempos modernos, los autores republicanos han criticado los límites de la noción negativa-liberal clásica.<sup>28</sup> Conforme a la visión Republicana, la libertad individual depende no solamente de la ausencia de coerción, sino más bien de vivir en una sociedad libre, entendiendo

<sup>25</sup> J.G.A. Pocock, *The Machiavellian moment: Florentine political theory and the Atlantic republic tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

<sup>26</sup> Quentin Skinner, “The idea of negative liberty: Machiavellian and modern perspectives”, en Q. Skinner, *Visions of Politics, Volume 2: Renaissance Virtues*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 186-212; y Q. Skinner, “A Third Concept of Liberty”, en *London Review of Books*, vol. 24, núm. 7, abril 4 de 2002, pp. 237-65.

<sup>27</sup> Phillip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

<sup>28</sup> Niccolo Maquiavelli, *Il Principe e Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*, ed. de Sergio Bertelli, Milan, 1960. Véase, también, James Harrington, *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. de J.G.A. Pocock, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

por ésta, aquella comunidad que no está sujeto a coacción ni *dependencia, dominación o tutela*. En otras palabras, para la visión Republicana, lo central en la libertad no es la ausencia de interferencias o amenazas, sino más bien, la inexistencia de una relación basada en la *potestad* de un otro que, aunque benevolente, puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada.

Ahora bien, si esta definición de libertad resulta sostenible, pienso que los DESC también pueden encontrar un lugar importante al interior del Republicanismo Clásico. En particular, sugiero que el Republicanismo tiene intensas y extensas consecuencias para el reconocimiento de una teoría de los derechos que se justifican ahora como garantías para la no-dominación. Al interior de esta concepción de la libertad, los DESC se entienden como una de las dos categorías integrantes del catálogo de derechos subjetivos fundamentales que el Estado viene a reconocer para dar efectivo cumplimiento a su compromiso en contra de la no-dominación (derechos de libertad y derechos de protección). En otras palabras, los republicanos estarán atentos a atacar todo tipo de arreglo político, cultural o económico que pueda ubicar o justificar una posición de subordinación dominada de un sujeto o grupo de sujetos. Como lo sabemos, tales relaciones de dominación pueden darse al interior de diversos espacios como el mercado, la familia, el trabajo, la política, el derecho, etc. En ese sentido, derechos tales como el acceso a niveles de vida, salud o vivienda adecuados, condiciones laborales dignas al interior de los mercados formales e informales del trabajo —trabajo doméstico, por ejemplo—, ingresos universales mínimos garantizados, derechos de protección y representación especial de minorías culturales, educación de calidad y otros, pueden ser concebidos como una de las herramientas que el Derecho otorga para asegurar la libertad.<sup>29</sup> Así concebidos, los DESC pasan a desempeñar un papel determinante en la coherente defensa del ideal de libertad como no-dominación; ellos reconocen, a través de la forma específica de los derechos, la obligatoriedad de ciertas prestaciones sociales básicas, la necesidad de otorgar protección especial (no dominada) a las minorías culturales y la defensa del interés colectivo a un medio ambiente libre de contaminación.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Digo “una” de las herramientas porque la tradición Republicana desconfía del reduccionismo en el que Liberalismo suele incurrir al identificar la libertad con los derechos individuales. Al respecto, véase, Charles Taylor, “Cross Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, en C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1995, pp. 181-203.

<sup>30</sup> Creo que, por ejemplo, la Teoría de los Riesgos de Zygmunt Bauman puede ser fácilmente leída en clave Republicana: Los riesgos ecológicos se presentan como globales y lo son

Alternativamente, el ideal Republicano y su vinculación con los DESC puede ser complementado con la rica tradición del ideal de la *deliberación*. Tal y como lo han sugerido autores como Cass R. Sunstein y, entre nosotros, Roberto Gargarella, los DESC pueden justificarse como herramientas para garantizar condiciones básicas para la deliberación entre ciudadanos que se ven a sí mismos, desde una perspectiva normativa, como iguales.<sup>31</sup> En efecto, a pesar del clásico argumento que suele presentarse en contra de los DESC y que sugiere que la aplicación de los DESC en sede judicial violenta el principio fundamental de separación de poderes y traiciona, de este modo, los compromisos del Republicanismo democrático, lo cierto es que pueden ser los mismos principios Republicanos los que nos permitan concluir lo contrario. Si es que el Republicanismo se define más bien por su compromiso con el ideal de deliberación (sólo son legítimas aquellas decisiones públicas o leyes que son el resultado de un proceso abierto, igualitario e inclusivo de diálogo colectivo)<sup>32</sup> que por su defensa del ideal de no-dominación o del mero gobierno mayoritario, entonces los DESC se vinculan fuertemente con la idea de deliberación, puesto que tales derechos estarían orientados a garantizar las condiciones materiales y normativas de la deliberación abierta, igualitaria e inclusiva. Bajo esta perspectiva, los DESC no son vistos no prioritariamente orientados a garantizar la libertad, sino más bien, como condiciones del diálogo verdaderamente democrático. Para que la deliberación tenga lugar bajo condiciones de igualdad —que no sea distorsionada o ideológica— se requiere de mecanismos institucionales que garanticen y preserven las condiciones de inclusión democrática que sirven de base al diálogo democrático. Pero, contrariamente a lo que los críticos suelen señalar, esto no implica que los tribunales permanezcan totalmente pasivos. Al contrario, la aplicación efectiva de los derechos civiles y políticos y de los DESC por parte de los tribunales, puede orientarse precisamente al cotejo de las condiciones básicas de inclusión democrática y deliberación.

---

hasta cierto punto. Con todo, en el contexto de la globalización económica, opera una selectiva localización de riesgos y ganancias. Los sectores sociales más vulnerables del planeta suelen quedarse con los riesgos y costos efectivos del daño ambiental, mientras los sectores más aventajados concentran la riqueza extraída de tal daño ecológico. Véase Zygmunt Bauman, *Globalization: The Human Consequences*, Nueva York, Columbia University Press, 2000.

<sup>31</sup> Cass R. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Nueva York, Basic Books, 2004; Roberto Gargarella, *Should deliberative democrats defend the judicial enforcement of social rights?*, 2005 (Manuscrito aún no publicado).

<sup>32</sup> Véase, en general, Jurgen Habermas, "Popular Sovereignty as Procedure", en J. Habermas, *op. cit.*, pp. 463-90.

En condiciones de marginalidad política, cultural y social, los sujetos difícilmente podrán ser vistos como pares en la deliberación. Si esto es así, los DESC pueden ser entendidos entonces como medios jurídicos concretos que, siempre y cuando se tome en cuenta el complejo balance existente entre función judicial y función política, garanticen las condiciones básicas que permiten a los ciudadanos formar parte de una comunidad de diálogo fundada en la igualdad y la inclusión.<sup>33</sup>

## CONCLUSIÓN

Los comentarios hechos en esta ponencia han tenido el simple objeto de destacar algunas cuestiones iniciales sobre la justificación de los DESC. En particular, he indicado que algunas de las críticas tradicionales formuladas en contra de los DESC —como las del carácter indeterminado y meramente programático de estos derechos— pueden ser rápidamente descartadas. A la luz de la evolución experimentada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, resulta posible concluir que los DESC constituyen derechos en sentido estricto y que importan el cumplimiento de una serie de obligaciones específicas para los Estados que se obligan a respetarlos. Al mismo tiempo, he indicado que algunas de las críticas que se formulan a los DESC y que se relacionan con ciertos aspectos de la teoría y prácticas políticas de nuestras democracias, pueden ser inicialmente enfrentadas prestando atención a las ricas consecuencias que se siguen de conceptos fundamentales como el de libertad. De acuerdo a lo señalado en estas breves y primeras líneas de reflexión, el discurso mismo de la libertad —sea entendida en su sentido negativo, Neo-Romano o deliberativo— puede proveer a los defensores de derechos humanos, de ricos lenguajes normativos que puedan ser invocados a la hora de defender la plena vigencia de los DESC. En particular, he indicado que tanto las condiciones de la libertad negativa como las de la libertad como no-dominación y la deliberación democrática, podrían encontrar en los DESC, de fuertes aliados para su efectiva consagración. Lo que tal argumento sugiere, en definitiva, es que una vez que reflexionamos

<sup>33</sup> Para la identificación de diversas posibles posiciones interpretativas de los jueces en materia de DESC y con una sensibilidad al argumento contra-mayoritario, véase Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Más generalmente, véase Roberto Gargarella, *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

más atentamente sobre aquellos conceptos político-filosóficos de la más alta importancia (como el de libertad), es posible establecer vinculaciones más claras entre tales convicciones y la teoría y práctica de los derechos humanos. En la defensa y promoción de la dignidad humana, no sólo la positividad del Derecho, sino su justificación también, pueden ser usados para alcanzar nuestros objetivos. Entender esta cuestión de otra manera, es relegar la filosofía política al interior de los muros de la Universidad.