

## SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES\*

Carlos S. NINO

Derechos tales como aquéllos a la salud, a la vivienda, a la alimentación, a condiciones dignas de trabajo son incluidos frecuentemente en la categoría de “derechos sociales”. De hecho, la etiqueta es equívoca en tanto que conduce a pensar que se sitúan en oposición a los derechos individuales, y esto es así porque son disfrutados por grupos y no por individuos, o porque presuponen la pertenencia a una comunidad como una condición necesaria para su titularidad. En lugar de esto, la concepción liberal de la sociedad ve a estos derechos como una *extensión natural* de los derechos individuales, y seguimos la terminología tradicional sólo para no trastornar las convenciones aceptadas. Incluso no son diferentes de los derechos a la vida, a la integridad personal y a los demás que se refieren a bienes que son necesarios para la autonomía personal. Generalmente se refieren a condiciones para el goce de esos derechos, además de aquellas condiciones que tradicionalmente han sido tomadas en cuenta.

Los partidarios del liberalismo llamado “clásico o conservador” son fuertes opositores de los derechos sociales. Uno de los más francos en esta dirección es F. A. Hayek. Para él, la justicia se materializa esencialmente en reglas negativas que prohíben la interferencia en el orden espontáneo del mercado —“cosmos”— y que sólo requieren acciones positivas en circunstancias muy especiales en las que existe algún tipo de compromiso voluntario. Hayek considera que el concepto de justicia social es absolutamente vacío, en tanto que carece de sentido valorar los resultados de un proceso espontáneo. Detrás de esa noción subyace el intento de suplantar ese orden espontáneo por un orden deliberado de cargas y dominación. Hayek sostiene que también carece de sentido hablar de “derechos sociales”, en tanto que no hay derechos sin la correspondiente obligación y aquí no existe tal obligación correlativa, funda-

\* Traducción del inglés de José María Lujambio.

mentalmente por la razón de que es imposible identificar quién sería su sujeto; ese sujeto no puede ser la sociedad, porque la sociedad no es un organismo capaz de deliberar. En la perspectiva de Hayek, los derechos sociales, como aquéllos reconocidos por Naciones Unidas, presuponen una visión de la sociedad como una organización y de los ciudadanos como empleados de esa organización. Con argumentos similares, aunque no siempre tan extremos, muchos pensadores han sostenido que los derechos auténticos son aquéllos que están conectados con lo que Isaiah Berlin consideró como “libertad negativa”, esto es, la ausencia de interferencias por parte de terceros, especialmente del Estado, y no con la “libertad positiva”, que se refiere a la autorrealización de los individuos.

Al evaluar esta postura de un liberalismo conservador, pueden señalarse varias confusiones. Una de ellas es suponer que el orden del mercado es un orden espontáneo. Nada está más alejado de la verdad: en primer lugar, el orden del mercado está basado en la estructura de la propiedad que, como es obvio, es establecida por leyes estatales promulgadas y aplicadas deliberadamente, las cuales convalidan ciertos actos de posesión y de transferencia de bienes, que podrían no ser reconocidos; les atribuyen ciertos derechos y obligaciones —que pueden tener, como vimos, diferentes alcances— y establecen sanciones penales contra quienes interfieren con esos derechos. En segundo lugar, esas leyes son aplicadas por tribunales y cuerpos policíacos que son sostenidos a través de ingresos derivados de las obligaciones positivas de pagar contribuciones. En tercer lugar, el mercado opera a través de contratos que, para poder hacerse valer, también requieren leyes, tribunales, cuerpos policíacos y contribuciones para pagar todas esas instituciones anteriores. En realidad, a una mayor extensión de la libertad contractual corresponde un mayor intervencionismo estatal en hacer valer los contratos; y a un reconocimiento más amplio de las nulidades contractuales (por una noción más amplia de la coacción, las necesidades o las inequidades que pueden afectar a una de las partes) corresponde una menor interferencia estatal, representada por más casos en los que es denegado el servicio público de la coacción para hacer valer los contratos.<sup>1</sup>

La segunda confusión del liberalismo conservador es la de pensar que la autonomía personal está constituida por condiciones negativas, como

1 Vid. esta interpretación de las nulidades contractuales en mi libro *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985, capítulo X.

la no interferencia de terceros, y no que requiere también bienes y recursos que deben ser proveídos tanto por abstenciones como por la conducta activa de terceros, para la posibilidad de elegir y realizar planes de vida. Como resulta claro en el caso de Nozick,<sup>2</sup> el liberalismo conservador, como dije, descalifica sin fundamento alguno la posibilidad de que los derechos sean violados por omisión, y percibe las acciones positivas sólo como interferencias en el “orden natural”. En otro trabajo,<sup>3</sup> argumenté que este prejuicio en contra de que las omisiones sean una fuente de violaciones a derechos es respaldado por el hecho de que rara vez les atribuimos efectos causales, como a los daños —muerte, lesiones corporales— que se materializan en las violaciones de derechos. Pero, cuando analizamos por qué las acciones y las omisiones son distinguidas en relación con la causalidad, la explicación más plausible es que nuestros razonamientos causales presuponen estándares normativos que diferencian entre el curso normal y sus “desviaciones”, y que implícita y acriticamente tomamos esos estándares de la moral positiva, la cual sólo excepcionalmente atribuye responsabilidad por las omisiones que son condiciones suficientes de los daños. Una evaluación crítica de esos estándares conduce a una revisión de nuestros razonamientos causales y a una atribución de efectos causales, y de las subsecuentes responsabilidades, tanto a las acciones como a las omisiones, que son condiciones para la restricción de la autonomía de terceros siempre que esas responsabilidades no impliquen que los agentes estén ubicados en una situación de menor autonomía relativa que aquéllos cuya autonomía está siendo protegida.

Este argumento ha sido cuestionado recientemente por Horacio Spector<sup>4</sup> en una interesante presentación que merece algún comentario. Spector reconoce que el liberalismo clásico no puede sostenerse en la supremacía de la libertad negativa sobre la libertad positiva (lo que convertiría a este liberalismo en un liberalismo negativo) en tanto que es conceptual y valorativamente imposible distinguir una especie de libertad de la otra una vez que se toma a la autonomía personal como un valor básico. De cualquier forma, Spector cree que el liberalismo clásico puede ser defendido

2 Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, 1974, pp. 27-28. Hay traducción al español de Rolando Tamayo y Salmorán (*Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988).

3 Vid. mi *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1990, capítulo 6 (*Ética y derechos humanos*, Ariel, Buenos Aires, 1989, capítulo 6).

4 Vid. Spector, Horacio, *Autonomy and Rights*, Oxford, 1992.

sobre la base de una concepción deontológica de la racionalidad práctica que asume *a*) que el deber de no atacar la libertad positiva por comisión\* prevalece sobre el deber de impedir algo que sea perjudicial para ese valor; *b*) que el bien de cada persona constituye un valor bien determinado e inconmensurable, y *c*) que el requerimiento de no atacar bienes humanos —como la libertad positiva— es relativo al agente (*agent-relative*), de forma que mi deber de no violar la libertad de un tercero no se extiende en el mismo grado que el deber de impedir que otros hagan lo mismo. Mi desacuerdo estriba fundamentalmente en el punto *a*). Spector rechaza mi análisis de la causalidad que conduce a asimilar las acciones y las omisiones sobre la base de que hay un concepto descriptivo de causa que no presupone las consideraciones normativas que yo alego (cuando se dice que el verdugo causa la muerte del convicto al colgarlo, no se asume que se apartó de un deber). Además (y Spector cita a Mack a este respecto),<sup>5</sup> si un evento es una condición suficiente de otro, es superfluo en la explicación del resultado mencionar otro evento distinto que no lo haya impedido. No obstante, estos argumentos no son convincentes: los estándares de normalidad que excluyen ciertos eventos como parte de las condiciones suficientes que tomamos como causa de un resultado no son fácticos, pero tampoco son siempre morales (como en el famoso ejemplo de Hart y Honoré<sup>6</sup> sobre si tomar en consideración o no el oxígeno como la causa del incendio de un laboratorio). Cuando de cualquier forma son morales, la relación entre ellas y la atribución de causalidad es tan simple como equiparar la inmoralidad con la generación causal (esto no ocurre, desde luego, en el caso del verdugo, aunque aquí, también, los estándares normativos intervienen para distinguir causalmente su contribución a la muerte del convicto de la contribución de, por ejemplo, la acción del carpintero que construyó el patíbulo y a quien nadie le imputaría causalmente la muerte de las personas ejecutadas). En lugar de ello, en el caso de las omisiones —como es mostrado en los famosos ejemplos de Hart y Honoré<sup>7</sup> sobre la imputación de la muerte de las flores al jardinero que no las regó y no a los vecinos que incurrieron en similar abstención pero

\* Aquí el autor se refiere a la distinción que hacen los penalistas entre acción por comisión y acción por omisión (N. del T.).

<sup>5</sup> Mack, Eric, "Moral Individualism: Agent-Relativity and Deontic Restraints", en Frankel Paul, Ellen et al. (eds.), *Foundations of Moral and Political Philosophy*, Oxford, 1940, pp. 81 y ss.

<sup>6</sup> Vid. *Causation in the Law*, Oxford, 1959.

<sup>7</sup> Vid. *ibidem*, p. 35.

sin haber tenido el deber de cuidarlas— los estándares de normalidad presupuestos en la atribución de efectos causales parecen ser morales y parecen identificar la desviación con la violación. Si admitimos como la causa de resultados dañinos ciertas omisiones (como la del jardinero o la de la madre que no alimenta a su bebé causando así su muerte, o la del guía de montañismo que, contrario a su deber, no sostiene la mano del principiante que va a caer) debemos concebir todas las omisiones que no presentan diferencias fácticas también como una causa; ellas no difieren desde el punto de vista evaluativo desde el momento en que identificamos y rechazamos la asunción a un efecto opuesto (contrario) de la moral positiva. El argumento de Mack es trivial en tanto que, cuando hemos identificado cierto evento como causa, hemos ya excluido, de acuerdo con los mencionados estándares de normalidad y algunas veces de moralidad, la ausencia del obstáculo como parte de la condición suficiente. De cualquier forma, existen muchos contextos en los que no es superfluo, desde un punto de vista explicativo, incluir como parte de la condición suficiente la ausencia de aquella condición que habría impedido la satisfacción de otra condición: por ejemplo, podemos citar el funcionamiento deficiente del sistema de exclusión de oxígeno como la causa del incendio en un laboratorio de la misma forma en que sencillamente citamos la omisión de regar las flores por parte del jardinero, y sería absurdo citar como explicación, en lugar de ello, al efecto de deshidratación producido por el calor solar. Una vez que aceptamos esto, no hay razón para sostener que los deberes negativos de no afectar la libertad positiva tienen prioridad sobre los deberes positivos incluso si admitimos, como yo lo hago, la idea de la separabilidad de las personas —la cual significa que la pérdida de libertad positiva de una persona no puede ser compensada por la ganancia de libertad positiva de otra—y la idea de *agency relatively*, la cual no se manifiesta en la supuesta diferencia entre violar la libertad de otro por una acción por comisión y fracasar en impedir que terceros hagan lo mismo, sino en el hecho de que uno no causa y, por lo tanto, no es igualmente responsable por el daño causado a otra persona, cuando entre la acción o la omisión y el daño interviene una acción voluntaria de alguna otra persona (lo mismo sucede cuando lo que se realiza es una acción por comisión, como es evidenciado por el caso del carpintero que construye el patíbulo usado más tarde por el verdugo). En todo caso, podría haber algún deber de impedir que terceros causen daños,

aunque indudablemente es de una menor fuerza que el deber de no causar el daño uno mismo, ya sea por acción o por omisión. Si los argumentos de Spector fueran válidos, no se justificaría la obligación positiva de las personas de pagar contribuciones para mantener a la policía y a los tribunales —algo que admitirían los liberales clásicos—.

La tercera confusión en la que incurre generalmente el liberalismo conservador —acompañada aquí por posiciones de izquierda que sostienen perspectivas diametralmente diferentes— es entre las condiciones *normativas* y las condiciones *materiales* de la libertad. De acuerdo con esta especie de liberalismo, las libertades que son realizadas en normas tienen prioridad sobre las libertades que están asociadas con las condiciones del ejercicio efectivo de las primeras (un eco de esto se manifiesta en la distinción de Rawls entre libertades y recursos, como una expresión de la prioridad de su primer principio). La izquierda, incluyendo diferentes variedades del marxismo, acepta la misma distinción pero sostiene que el primer tipo de libertad es puramente “formal” y no tiene valor; en lugar de ello, es sólo el segundo tipo el que tiene valor. Ambas posturas están equivocadas. Las así llamadas “libertades normativas” no son formales; en la medida en que son establecidas por leyes positivas, al final consisten en la conducta activa o pasiva de diferentes personas —legisladores, jueces, policías— y son condiciones esenciales de la autonomía personal. Por esa razón, no hay una diferencia relevante entre esas condiciones y otras —que también deben ser establecidas por normas— que involucran servicios de terceros (entre paréntesis, carece de sustento el argumento de Hayek de que no hay un sujeto de esas obligaciones positivas de realizar servicios: los sujetos son todos los ciudadanos en un sentido amplio —*in a general conjunctive way*—, para usar la terminología de G. H. von Wright,<sup>8</sup> quienes están obligados a realizar las correspondientes acciones, generalmente pagar contribuciones, de forma que aquéllos cuya autonomía esté disminuida puedan tener los recursos para gozar de igual autonomía que el resto. Con este mismo argumento de Hayek, podría decirse que nadie está obligado a no contaminar el ambiente, dado que la obligación se satisface cuando hay un número suficiente de personas no individualizadas que realizan, en este caso, la correspondiente omisión).

8 *Vid. Norm and Action*, Londres, 1963.

Estas tres confusiones muestran que el así llamado “liberalismo conservador” es *más conservador que liberal*. Esto es así porque, en contra del primer postulado metodológico del liberalismo que asume cierta distancia crítica tanto del orden social como del natural, en primer lugar esta postura asume como espontáneo el orden que es establecido por leyes positivas y por un aparato estatal fuerte para imponerlas, el cual es sostenido por obligaciones positivas de los ciudadanos; en segundo lugar, adopta acríticamente los estándares de la moral positiva, negándose a atribuir efectos causales dañinos a la mayoría de las omisiones; y, en tercer lugar, discrimina sin fundamentos entre las leyes positivas y aquellas que deben hacerse valer con el fin de garantizar condiciones adicionales de autonomía, dando prioridad así a una supuesta libertad normativa que está basada sólo en las primeras leyes.

Una vez que determinamos esto, queda todavía espacio para un auténtico liberalismo conservador en el consenso, que provee la base para una práctica constitucional inspirada por el liberalismo —cuya orientación hacia una posición más conservadora o más progresista debe ser provocada por el proceso democrático—. Este genuino liberalismo conservador no está basado en las falsas distinciones que hemos desestimado, sino en la necesidad de preservar la autonomía personal en contra de los excesivos deberes positivos que son correlativos a los derechos sociales. De acuerdo con esa postura, cuando esos deberes sobrepasan un cierto umbral, pueden amenazar con la exclusión de la posibilidad misma de llevar a cabo un plan de vida propio, con una excesiva concentración de poder en los órganos del Estado y con la secuela del abuso y de la corrupción, conduciendo al final a una restricción de la autonomía personal de la gente menos favorecida. Con esto quiero decir que, a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales se encuentra fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de esos derechos, *vis-à-vis* los relativos a la propiedad y al comercio, debe ser establecido a través del proceso democrático de discusión y de toma de decisiones.