

CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS SOCIALES

Editores: Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez

**Boaventura de Sousa Santos**

**Philippe Van Parijs**

**Stefan Gosepath**

**Francisco Cortés Rodas**

**Jorge Giraldo Ramírez**

**Liliana María López Lopera**

**Rodolfo Arango**

***Ciudadanía y  
Derechos Humanos Sociales***

***Editores: Manuel Alberto Alonso y  
Jorge Giraldo Ramírez***

Primera edición: Febrero del 2001  
© Escuela Nacional Sindical, 2001  
Apartado Aéreo 12175 Medellín

Editores: Manuel Alberto Alonso y  
Jorge Giraldo Ramírez  
ISBN: 958964662-X

Prohibida la reproducción total o parcial  
por cualquier medio sin permiso de los editores

Diseño e impresión: Pregón Ltda.



Este libro se publica con el apoyo  
del Instituto Sindical de Cooperación  
al Desarrollo—ISCOD y  
la Junta de Andalucía,  
de España.

# Contenido

Presentación	5
Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales Stefan Gosepath	15
El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales Francisco Cortés Rodas	59
Derechos económicos y sociales, derechos diferenciados y ciudadanía Liliana María López Lopera	101
Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales Rodolfo Arango	135
Los derechos humanos en la posmodernidad Boaventura De Sousa Santos	167
Mirando al sudoeste. La ciudadanía y los derechos sociales respecto al hecho de la guerra Jorge Giraldo Ramírez	185
Más allá de la solidaridad. Los fundamentos éticos del estado de bienestar y de su superación Phillippe Van Parijs	221
Bibliografía	251



# PRESENTACIÓN



El modelo de desarrollo que el capitalismo avanzado implementó desde la segunda postguerra, en el cual el Estado intervenía en las esferas de la producción, la circulación y la distribución de bienes, asegurando la estabilidad económica, el empleo y la seguridad social de la población, presenta una crisis definitiva en la década del setenta. Esta crisis reestructura el escenario internacional a partir de la interdependencia que se da entre seis procesos claves: la globalización económica, social y cultural, la expansión de la democracia liberal, el dominio de las fuerzas del mercado en el sistema mundial, las transformaciones de los sistemas de producción del trabajo y de los mercados de trabajo, el cambio tecnológico acelerado y la revolución en los medios de comunicación de masas<sup>1</sup>.

---

1. Sobre estos seis procesos véase: P. Stalker. (Ed.) *Estados de desórdenes. Los efectos sociales de la globalización*. Londres, UNRISD, 1995. pp. 5-10.

Para Norbert Lechner, uno de los aspectos fundamentales en la reorganización de la actividad económica, social y científica a escala planetaria fue la necesidad de reformar al Estado para definirle un papel en las nuevas condiciones mundiales. Específicamente, se trataba de enfrentar los dilemas originados por la relación contradictoria que existía entre un conjunto de procesos sociales que, al aumentar la complejidad de la sociedad, ponían en entredicho al Estado en tanto instancia central y estructurante del orden colectivo y, unas exigencias de competitividad sistémica y de integración social que apuntan hacia un Estado con capacidad de reorganizar la estructura social<sup>2</sup>.

Los resultados visibles de los procesos de reestructuración del escenario mundial fueron la modificación de las estructuras básicas del Estado de Bienestar y, como consecuencia de esto, la implementación de políticas monetarias restrictivas y de austeridad fiscal orientadas a modificar la política social del Estado. En particular, los Estados de la mayoría de los países industrializados asumieron tareas en torno a la modernización administrativa y a la creación de infraestructuras productivas y de servicios competitivas, en un contexto marcado por el auge de la sociedad de mercado, por la limitación creciente de la intervención del Estado en lo social y por la pérdida de centralidad de la política.

Estos procesos de reestructuración amplían las desigualdades tradicionales, generan formas inéditas de

---

2. Al respecto véase: N. Lechner. *La reforma del Estado y el problema de la conducción política*. México, mimeo, julio de 1995. p. 149.

desigualdad, convierten la política social en una política ambigua (marcada por la evocación de los buenos sentimientos, por el voluntarismo del espectáculo y por el uso maniqueista de la exclusión) y, fundamentalmente, dan forma a una sensación de malestar individual y colectivo que se manifiesta en el aumento de la violencia, en las permanentes manifestaciones contra la reforma de la Seguridad Social, en las huelgas de los servidores públicos, en el descontento de los estudiantes, en el desgaste acelerado de los gobiernos y en la creciente apatía hacia la política.

La sensación de malestar devela, además, el agotamiento y la disolución de las instituciones que hacían funcionar el vínculo social y la solidaridad (la crisis del Estado de Bienestar), las profundas transformaciones que se dan en las formas tradicionales sobre las que se estructuraba la relación entre la economía y la sociedad (la crisis de la sociedad del trabajo) y, la pérdida de legibilidad de los procesos sobre los cuales se constituían las identidades individuales y colectivas (la crisis del sujeto)<sup>3</sup>.

La articulación que se da entre las transformaciones de la economía, la crisis del Estado de Bienestar, la crisis de la sociedad del trabajo y la crisis del sujeto, produce una progresiva pérdida de legibilidad de la sociedad, es decir, la paulatina desaparición de los referentes identitarios que servían a los individuos para desarrollar sus biografías personales. Con el aumento de las desigualdades tradicionales y con el surgimien-

---

3. Véase: J. P. Fitoussi y P. Rosanvallón. *La nueva era de las desigualdades*. Buenos Aires, Manantial, 1997, parte I.

to de nuevas desigualdades, la sociedad se ha vuelto menos legible —se vuelve opaca—, pues el aumento de las diferencias en el entorno próximo oscurece las referencias, fracciona los grupos sociales, crea nuevas diferenciaciones entre quienes eran semejantes y produce desarraigo social, es decir, crea una crisis de lo colectivo que está marcada por fuertes procesos de individualización<sup>4</sup>, por el surgimiento de incertidumbres crecientes hacia el futuro y por la disolución del principio de igualdad que daba forma al orden colectivo.

En el contexto de esta sociedad opaca, sustentada en mecanismos económicos y sociales de regulación que no funcionan más y estructurada sobre una maquinaria económica que parece escapar al control de los individuos por estar gobernada por las fuerzas impersonales de los mercados, adquiere vigencia la reflexión filosófica sobre los derechos humanos sociales y la reflexión teórica sobre el papel de estos derechos en la reconstrucción de los vínculos sociales, en la reorganización del papel del Estado y en la reformulación de los principios y contenidos que deben dar forma a las nuevas estructuras de la vida democrática.

Contra los argumentos que abogan por la construcción de un orden autorregulado por las lógicas del mercado, o aquellos que ven impedimentos políticos, jurídicos y morales para hacer real la defensa de los

---

4. En términos de Fitoussi y Rosanvallón, la individualización nombra “*el proceso de desconexión*” —de *desafilación*—, que experimentan los individuos cuando el efecto emancipatorio del individualismo moderno —que se sustentaba en la autonomía y en la creación de sujetos portadores de derechos— se traduce en una percepción permanente de inseguridad, que obliga a cada uno a pulir su propia biografía personal sin orientarse por nada exterior a sí mismo.

derechos económicos y sociales, en este libro aparecen una serie de artículos cuyo objetivo central es justificar la necesidad de entender estos derechos como derechos humanos fundamentales y demostrar que sólo de esta forma se puede hablar de una sociedad democrática apoyada en el principio del Estado Social de Derecho.

A pesar de que la consideración normativa de los derechos sociales puede ser controvertible filosófica y políticamente, Stefan Gosepath demuestra, en el primer artículo, que filosóficamente es posible justificar, las reivindicaciones a prestaciones sociales en términos de derechos humanos. Esta pretensión de Gosepath se fundamenta, en términos explicativos, en la descripción de la concepción general que está en la base de los derechos humanos, en la delimitación conceptual de la relación que existe entre una moral igualitaria del respeto igual, los derechos humanos y el derecho positivo y, principalmente, en la defensa de una fundamentación de los derechos sociales que se apoya en una idea de justicia social basada en una teoría distributiva universal de bienes y cargas (responsabilidades).

Inscrito en los debates orientados a plantear nuevamente la cuestión social, Francisco Cortés Rodas muestra, en su texto, que es necesario asegurar los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, y que esto solo puede lograrse a través de la creación de modelos de organización política y económica que den cuenta de los imperativos de libertad, de los imperativos de igualdad y de los imperativos de funcionamiento del sistema económico. El objetivo central de Cortés es demostrar que la idea de los derechos

humanos sociales se fundamenta y constituye, de forma más plausible, a través de una concepción de justicia social distributiva. A su vez, esta concepción de la justicia social se convierte en una idea central para postular una justificación moral del Estado pues, desde la perspectiva de este autor, un Estado es moralmente justo si asegura los derechos humanos en un sentido amplio, es decir, si garantiza no sólo los derechos individuales negativos y los derechos políticos de participación, sino también, los derechos sociales de sus ciudadanos.

En el tercer artículo, Liliana María López muestra que las limitaciones que tienen las democracias occidentales para promover y defender los derechos diferenciados, y los derechos sociales y económicos, sólo se pueden superar replanteando el debate sobre la ciudadanía social y, fundamentalmente, postulando una concepción de los derechos sustentada en la defensa del carácter fundamental e inalienable de los derechos individuales, sociales y políticos (su integralidad), y en la reivindicación de derechos generales y abstractos que garanticen el respeto a la dignidad e integridad de todos y cada uno de los seres humanos (su universalidad), independientemente de su pertenencia cultural y nacional. Desde la perspectiva ética y filosófica, la autora demuestra que los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales para el ejercicio de la libertad individual y la autonomía política, y complementariamente, presenta algunas tesis orientadas a defender el carácter universal de los derechos humanos. Esta defensa la realiza a partir de la exposición del principio de la igual dignidad de todos los seres humanos.

Contra las tesis que afirma —apoyándose en los argumentos de la imposibilidad, de la no universalidad y de la indeterminación—, que los derechos humanos sociales no son verdaderos derechos humanos, Rodolfo Arango defiende, en su texto, la tesis según la cual los derechos humanos sociales —al igual que los civiles y los políticos— están incluidos en un concepto evolucionado de derechos subjetivos, y demuestra que la protección óptima de los derechos humanos sociales exige su transformación en derechos sociales fundamentales.

Rompiendo con la estructura argumentativa de los cuatro primeros artículos, Jorge Giraldo Ramírez presenta algunas implicaciones de la guerra, específicamente de la guerra civil, en la discusión contemporánea sobre la ciudadanía y los derechos sociales. Su objetivo es demostrar que con el reactivo de la guerra se pone de presente la vida como fundamento ontológico de los derechos y su preeminencia absoluta en cualquier pensamiento que quiera preciarse de humanista y/o pacifista. Igualmente, demuestra que en el desarrollo de la guerra y en su resolución, los derechos civiles y políticos tienen que tener prioridad temporal y procedimental respecto a los derechos humanos sociales.

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos afirma, en su artículo, que en los países centrales existe un consenso, tanto práctico como ideológico, que convirtió los debates fundadores sobre los derechos humanos en estériles o académicos, y permitió concluir que, sobre tal materia, si no todo está hecho, en cualquier caso, todo estaría dicho. El objetivo central de este autor es reflexionar sobre los contenidos de este consenso a partir del desarrollo de tres preguntas fundamentales:

¿en qué medida este consenso está relacionado con la ambigüedad conceptual que existe en torno al tema de los derechos humanos?, ¿el consenso sólo se refiere a los derechos humanos de primera generación o abarca a los derechos de segunda y tercera generación?, ¿en qué medida la función legitimadora del poder político que subyace a este consenso puede ser ejercida independientemente de un juicio social sobre su efectiva aplicación?

Las respuestas que da a cada una de estas preguntas le permiten al autor demostrar que sobre los derechos humanos no todo está realmente dicho, que lo que falta decir apunta hacia una mayor precisión conceptual y que es necesario abordar los derechos humanos emergentes y las luchas sociales por la traducción social de sus promesas.

En el último artículo, Phillippe Van Parijs evalúa los fundamentos éticos que subyacen a los tres tipos ideales o modelos del Estado de Bienestar –el bismarckiano, el beveridgeano y el paineano– y, a partir de allí, construye y presenta una concepción ética del Estado basada en una asignación o prestación universal que, al superar los registros del seguro y de la solidaridad, aparece como justa, equitativa y éticamente aceptable. Van Parijs demuestra que la introducción de una prestación universal, lejos de ser inmoral o injusta, está directamente relacionada, en circunstancias históricas bien determinadas, con un imperativo de equidad que es distinto a la justificación del seguro y del llamado a la solidaridad.

**CONSIDERACIONES  
SOBRE LAS FUNDAMENTACIONES  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS SOCIALES**

STEFAN GOSEPATH

Stefan Gosepath. «Zu Begründungen sozialer Menschenrechte». En:  
Stefan Gosepath y G. Lohmann (Eds.) *Philosophie der Menschenrechte*.  
Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.

Los «derechos sociales» (derechos fundamentales o derechos humanos) se entienden como los derechos a la previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, es decir, los derechos a prestaciones en sentido estricto. Estos, que son derechos del individuo frente a la comunidad, se refieren a beneficios o bienes sociales, económicos y culturales, y representan la reivindicación a una distribución adecuada de los bienes necesarios para la vida. Los derechos sociales a prestaciones, también denominados derechos a la participación social, pertenecen junto con los derechos subjetivos de libertad y los derechos políticos de participación, al tipo de derechos que tienen que estar presentes en una democracia liberal moderna<sup>1</sup>.

---

1. George Jellineks establece la diferencia fundamental entre libertades negativas (*status negativus*), derechos positivos de participación

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Acuerdo Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, así como la *Carta Social Europea*, postulan derechos sociales que son una parte esencial de los derechos humanos. Sin embargo, los derechos sociales no son incluidos de forma inmediata como derechos fundamentales positivos en casi ninguna de las constituciones de los Estados de Occidente pues, normativamente considerados, estos derechos son controvertibles filosófica y políticamente.

En el marco de esta problemática general, suponiendo que en principio se acepte que debe haber algo así como derechos sociales, me concentraré aquí en la cuestión filosófica sobre cómo pueden justificarse las reivindicaciones a prestaciones sociales en términos de derechos humanos. En el primer punto, como fundamentación de la explicación, plantearé la concepción general que está en la base de los derechos humanos. Aquí tiene importancia determinar, conceptualmente, la relación entre una moral igualitaria del respeto igual, los derechos humanos y el derecho positivo. En el marco de una tal concepción del derecho y la moral se puede encontrar, en un segundo punto, por lo menos tres fundamentaciones para los derechos humanos sociales: la que se basa en el principio de la mayor libertad para todos; la que se apoya en el principio de la satisfacción de las necesidades básicas fundamentales; y la que se asienta en el principio de la distribución igualitaria de los recursos. Esta última debe entenderse en el

---

(*status activus*) y derechos sociales de participación (*status positivus*). Una sucesión histórica de esas tres clases de derechos se encuentra en: T. H. Marshall. *Class, Citizenship and Social Development*. Nueva York, Anchor, 1965.

sentido de una pretensión *prima facie* a una distribución igualitaria de todos los bienes que estén a disposición, en la medida en que no pueda justificarse —con razones— una excepción.

## 1. Una concepción moral de los derechos humanos

### 1.1 *Sobre el concepto de los derechos humanos*

Los derechos son pretensiones justificadas o justificables de una(s) persona(s) *X* —los portadores de los derechos—, hechas a una(s) persona(s) *Y* —los destinatarios del derecho—, sobre la base de fundamentos jurídicos. Los fundamentos jurídicos proporcionan la justificación para la pretensión de un derecho y esta justificación puede estar referida a un deber previamente contraído (por ejemplo: un contrato), a una característica (por ejemplo: ser un ser autónomo), a la pertenencia a una comunidad (por ejemplo, tener el estatus de ciudadano/a) o a un principio moral (por ejemplo: el respeto igual). Los derechos morales son pretensiones fundamentadas moralmente, es decir, derechos en los cuales el fundamento jurídico es exclusivamente moral. A diferencia de éstos, los derechos legales son las pretensiones concedidas y reclamables judicialmente al interior de un Estado y cuya violación es sancionada con los medios de coacción estatal. Los derechos legales o positivos exigen el seguimiento por parte de todos los sujetos de derecho como miembros de una determinada comunidad, mientras que los derechos morales intentan tener una validez universal, es decir, son obligatorios para todos los hombres.

Los derechos morales no son el elemento pasivo de los deberes jurídicos y no pueden ser reducidos a estos

últimos, incluso cuando al derecho del titular X le corresponda necesariamente un deber relacional de Y. Puesto que «tener un derecho» está estrechamente vinculado con el autorrespeto, toda persona portadora de un derecho tiene una base para reivindicar el respeto de su propia voluntad. Los derechos son pretensiones legítimas de personas frente a otras personas que no respetan sus intereses, es decir, son un instrumento que la persona puede utilizar para imponer sus pretensiones fundadas legítimamente; son un triunfo (*Trumpfkarte*) del individuo contra consideraciones colectivistas.

Los derechos humanos son un subconjunto de los derechos morales y comprenden a los denominados derechos universales que poseen los hombres en tanto seres humanos, es decir, los derechos que se tienen sin estar necesariamente en una *determinada* relación con otros hombres pues, el estatus de los derechos humanos no depende de acciones previamente establecidas (por ejemplo: promesas), o acuerdos (contratos) u otras relaciones sociales (la pertenencia a una comunidad particular cualquiera). Ellos valen en virtud de la pertenencia a la comunidad de los hombres y esto supone que a ningún hombre se le pueden negar con buenas razones.

En este sentido, un primer principio universal o un fundamento universal para la deducción y fundamentación de derechos humanos específicos es el derecho a ser respetado como hombre de la misma forma que cualquier otro hombre, en otras palabras, a ser un miembro autónomo de una sociedad con los mismos derechos de la comunidad universal de los hombres<sup>2</sup>.

---

2. Para Hannah Arendt vale, por el contrario, solamente otro derecho humano, a saber, el derecho a tener derechos que deben ser garan-

Un segundo principio fundamental, relacionado con el anterior, es el derecho a la justificación, es decir, el derecho moral de cualquier persona a formular reclamos contra determinadas normas, acciones o situaciones que determinen responsabilidad, cuando estas no puedan dar las razones adecuadas para su justificación. Los derechos humanos son derechos otorgados, así como los demás derechos, y no dados por la naturaleza, Dios o la moral. El hombre es la instancia que los otorga en la medida en que se coloca bajo la moral del respeto universal e igual. La «coacción» moral para la fundamentación que nos aprehende conforma, entonces, la base para la deducción de los derechos humanos específicos.

### 1.2 *Los derechos humanos y la moral universal*

Los derechos humanos se basan en la moral universal e igualitaria del respeto igual. Esto supone que cada persona debe ser reconocida como igual y autónoma desde un punto de vista imparcial. Los hombres tienen el derecho moral a ser tratados con una estimación y respeto iguales y el objeto de un respeto igual y recíproco es la autonomía de cada una de las personas<sup>3</sup>.

---

tizados políticamente. La exigencia de Arendt tiene un cierto parecido con la que aquí he presentado, en la medida en que aquella reclama la pertenencia en una comunidad jurídica, la cual entiendo como universal. En efecto, su pretensión legítima a una protección estatal de los derechos no es correspondiente con la fundamentación universalista que defiende.

3. Bajo autonomía no comprendo un concepto estrecho (moral), como todavía es usado siguiendo a Kant (por ejemplo, Habermas), sino un concepto amplio de autonomía personal en el sentido de una autodeterminación personal universal sobre cómo quiere uno vivir su propia vida.

Esta concepción fundamental del respeto igual a las personas o de la igual dignidad de todos los hombres es aceptada como un estándar mínimo por todas las corrientes de la cultura política y moral de las sociedades modernas y occidentales. Cualquier teoría política que tenga una pretensión de plausibilidad tiene que comenzar con esta concepción de igualdad y no puede colocarse detrás de ella. En la época posmetafísica, después que las concepciones metafísicas, religiosas y tradicionales perdieron su aceptabilidad general, parece imposible alcanzar, en forma pacífica, un acuerdo común sobre objetivos políticos comunes sin reconocer la exigencia de las personas para ser tratadas como iguales.

El principio fundamental de igualdad contiene la idea de la imparcialidad, la cual dice que cada persona o sus intereses esenciales, debe tener el mismo peso y la misma consideración. De aquí se desprende el argumento kantiano de la justificación recíproca: puesto que es inmoral obligar a alguien a algo de lo cual no está convencido, solamente el derecho moral concede razones que él puede aceptar para tratarlo en concordancia con ellas. Por ello la justificación imparcial de normas requiere la reciprocidad y la universalidad de las razones, pues las normas y derechos universales, reforzados con sanciones internas o externas, sólo son justificables moralmente cuando, de un lado, pueden serlo en forma recíproca, es decir, cuando una persona no le exige a la otra más que aquello que ella misma está dispuesta a conceder (reciprocidad), y de otro lado, cuando son justificadas con referencia a los intereses de todos los afectados, es decir, cuando todos con bue-

nas razones pueden aceptarlas o ningún afectado puede rechazarlas con buenas razones (universalidad). Finalmente, sólo los mismos afectados pueden formular y representar sus intereses (verdaderos).

El respeto igual que nos debemos recíprocamente exige, por tanto, respeto a cada una de las decisiones autónomas del individuo como un singular no representable. Este planteamiento procedimental de la legitimidad moral ve en la autonomía de los individuos la instancia ante la cual las reglas, normas y derechos universales pueden ser justificados. Sólo pueden valer como legítimas aquellas reglamentaciones que cuenten con el libre asentimiento de todos los que puedan verse afectados por ellas, por medio de razones universales, desempeñables discursivamente y compartidas en común. Así, a las personas y a sus intereses les corresponde una consideración igualitaria.

¿Quiénes son los destinatarios de los derechos humanos y qué deberes corresponden a los derechos humanos? A los derechos humanos les corresponden tres niveles de deberes:

(a) En primer lugar, los derechos humanos valen como derechos morales con independencia de su seguimiento y reconocimiento. Se trata de derechos que los individuos se conceden en forma recíproca, es decir, derechos que los individuos están obligados moralmente a otorgar, y que al ser reconocidos como obligaciones morales tienen validez incluso antes de obtenerla en cualquier legislación positiva. Los destinatarios de los derechos humanos son todos los individuos como miembros de la comunidad universal de todos los hombres.

(b) En segundo lugar, a los derechos humanos se les ha incorporado, como componente, la exigencia

dirigida a los sujetos morales de institucionalizar el derecho moral como derecho positivo o legal, de tal manera que sus violaciones sean sancionadas con los medios de coacción estatal. En este sentido, los derechos humanos sólo pueden ser realizados y protegidos en órdenes políticos constituidos jurídicamente.

Los dos niveles de los deberes enunciados hasta aquí introducen tres anotaciones. La primera señala que a diferencia de la moral, los derechos humanos no tienen que ver exclusivamente con la valoración moral de las acciones y la participación individual voluntaria en acciones frente a las cuales cada uno tiene que decidir y responder por separado. Por el contrario, los derechos humanos pertenecen al contexto de una doctrina específicamente política de la justicia, que tematiza el orden básico de las sociedades, es decir, sus instituciones esenciales —su Constitución y las más importantes relaciones económicas y sociales—. En relación con este orden básico, a cada individuo le queda sólo una pequeña escala para sus posibilidades de dirección personal y, en correspondencia, es muy baja la responsabilidad moral personal. No obstante, los hombres tienen en conjunto una responsabilidad moral colectiva y para poder actuar en concordancia con esa responsabilidad se requiere establecer un orden básico político estatal que sea justo. Este es un argumento teórico moral esencial para el establecimiento de las instituciones estatales, o bien para la conformación de las estructuras fundamentales de las comunidades políticas.

La segunda afirma que en los Estados modernos las instituciones (constituidas en forma justa) deben

estar controladas políticamente por medio del derecho positivo. Mediante la transformación de los derechos morales en derechos legales estatales, se concluye, conceptualmente, que tener un derecho legal significa siempre tener el derecho a imponer efectivamente la protección de ese derecho. Sólo en este nivel los derechos humanos pueden ser reclamados judicialmente al Estado, se convierten en derechos fundamentales y son garantizados<sup>4</sup>. Esto significa que la transgresión de estos derechos tiene como contrapartida la existencia de mecanismos de acción, dispuestos en forma racional y efectiva, para que las personas defiendan sus derechos. Las comunidades políticas constituidas como Estados de derecho<sup>5</sup> son las destinatarias políticas de los derechos humanos, y estos derechos no se dirigen a los Estados de derecho sólo por razones históricas contingentes, sino porque a las personas morales se les ordena crear, conservar, garantizar y transformar los derechos humanos en pretensiones de derecho garantizadas.

La tercera señala que el derecho positivo debe ser moralmente legítimo, es decir, las justas pretensiones de las personas a un respeto igual no deben ser vulneradas. Por esto, la coacción jurídica debe ser recíproca,

- 
4. Solamente cuando los derechos humanos son incorporados en las constituciones o en el derecho de los pueblos, puede hablar uno de "derechos fundamentales". Los "derechos civiles" son derechos fundamentales, a los cuales solamente pueden apelar los miembros de un Estado.
  5. En relación con el tamaño, el tipo de composición interna y la situación histórica, étnica, religiosa y comunitaria de las comunidades políticas constituidas como Estados de derecho, permanece neutral este argumento. Esto queda como un caso límite de un único Estado mundial.

justificable en forma universal y verificable a partir de la comprensión. Una comunidad estatalmente organizada posee, pues, un orden básico justo cuando en ella se trata, esencialmente, del establecimiento de relaciones justas. En esta medida, debe ser un «fin esencial del Estado» el establecimiento de los derechos humanos como núcleo moral de los derechos jurídicos.

No obstante, esto no significa que toda la validez del derecho se convierta en una validez jurídica puramente moral, pues los argumentos morales se requieren solamente para justificar los derechos humanos básicos, es decir, para justificar el núcleo moral abstracto que debe ser institucionalizado. Estos derechos humanos básicos son incorporados en las constituciones modernas como derechos fundamentales y constituyen el marco que delimita el espacio de acción para las posibilidades de decisión legítimamente democráticas. Al interior de ese marco normativo, al proceso democrático puede corresponderle, de un lado, la necesaria interpretación jurídica y la concreción de los derechos humanos y, de otro, la institucionalización y la reglamentación de un orden político conforme con las razones pragmáticas, éticas y morales. Los derechos morales son «insaturados» (*ungesättigt*) en tanto no hayan sido codificados e interpretados y es un propósito de los derechos humanos crear un espacio significativo para la elección de la Constitución o de las reglamentaciones económicas y sociales<sup>6</sup>. Las leyes y los programas son justos, en el sentido de los derechos

---

6. Los dos niveles de la justificación moral y política se entrecruzan, pero sólo parcialmente.

humanos, cuando caen bajo los marcos permitidos y son puestos en vigor por el poder legislativo según una Constitución justa. De esta forma el dominio político es limitado normativamente a través de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución y estos, a la vez, son circunscritos por medio de los derechos humanos morales.

(c) En tercer lugar, a los derechos humanos subyace el deber de dar ayuda a todos aquellos que por causa de una violación de sus derechos, hayan caído en el infortunio. Este deber de ayudar a otros en la necesidad se dirige a todos como miembros de la comunidad moral de los hombres y les exige, en su papel de «ciudadanos del mundo», crear instituciones que contrarresten en forma efectiva ese tipo de violaciones del derecho. Esas instituciones pueden tomar formas diferentes, y esto significa que para que las instituciones internas del Estado existentes sean o se hagan justas, deben ser cambiadas de tal forma que no violen los derechos humanos de las víctimas por más tiempo. La comunidad internacional de naciones, las organizaciones internacionales como Naciones Unidas, los tribunales internacionales y la sociedad civil global, son los primeros destinatarios del compromiso de restablecer las estructuras justas al interior del Estado, para el aseguramiento político y jurídico de los derechos humanos. Si no se puede recobrar en forma rápida la situación justa al interior del Estado, en relación con las víctimas de la violación de los derechos humanos, entonces, otros Estados deben garantizarle a ellas ayuda y protección (por ejemplo: el asilo). La ayuda debe ser prestada también, cuando los derechos humanos de los

miembros de un Estado son amenazados o violados por otro Estado. Aquí se trata de asegurar la paz entre los Estados, pues solamente en paz, un Estado puede garantizar los derechos humanos al interior del ámbito de su dominio político. Si el Estado no puede garantizarlos, otros Estados y organizaciones internacionales están obligados a colaborar.

## 2. Tres estrategias de fundamentación alternativa para los derechos humanos sociales

¿Cómo pueden fundamentarse los derechos humanos en general y, en particular, los derechos humanos sociales sobre la base de la moral del respeto igual? Dependiendo de la forma como se entienda el principio del respeto igual, se pueden distinguir tres tipos ideales de estrategias de fundamentación alternativa<sup>7</sup>. Una primera estrategia, que denomino *concepción liberal*, respeta el derecho igual de cada uno a la libertad y postula que aquello que debe ser respetado en las personas es su autonomía. En este sentido, los derechos sociales son necesarios para posibilitar la autonomía personal, la autonomía política y una igual oportunidad de utilización de los derechos a la libertad. Una segunda estrategia, que denomino *concepción de las necesidades*, ve el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas como objeto del respeto igual. Para la tercera estrategia, que llamaré *concepción de la distribución igualitaria*, el principio del respeto igual debe

---

7. Aquí no se tiene ninguna pretensión de totalidad. Naturalmente, se pueden pensar en otras estrategias de fundamentación de los derechos sociales, por ejemplo, la de un bienestar general.

concebirse como una exigencia de la justicia política, a partir de la consideración del derecho igual de cada uno a una participación justa en la distribución de todos los bienes.

Estas tres concepciones resultan de las respectivas interpretaciones que se hacen del principio moral fundamental del respeto igual. Las tres aceptan como común denominador, la concepción de moral y derecho anteriormente bosquejada. Complementariamente, las tres son concepciones diferentes de la justicia política<sup>8</sup> ya que, a partir de la comprensión que cada una de ellas tiene de lo que significa respetar a las personas como iguales, se obtienen diferentes fundamentos jurídicos para la deducción o justificación de distintos derechos sociales. Las diferentes concepciones de la moral política del respeto igual implican distintos principios de generación de los derechos sociales. Estas tres concepciones son distintas, en la medida en que: (a) interpretan en forma diferente a la moral política; (b) fundamentan de forma distinta a los derechos sociales; y, por esto, (c) exigen contenidos y alcances distintos para los derechos sociales.

En lo que sigue voy a explicitar y discutir críticamente cada una de las concepciones mencionadas, con el fin de mostrar que la concepción de la distribución igualitaria es la que posee mejores argumentos.

### 2.1 *Libertad*

La concepción liberal moderna de la libertad asigna una prioridad a los derechos humanos entendidos

---

8. Sin considerar quedan todas las teorías que introducen los derechos a partir de reflexiones diferentes a las de las teorías de la justicia.

como un esquema de libertades subjetivas que es compatible con un esquema semejante de iguales libertades para todos<sup>9</sup>. En las concepciones modernas del liberalismo social se exige, para la realización de los derechos a la libertad, una distribución igual de los bienes primarios con el fin de otorgar a todos los ciudadanos y ciudadanas de una comunidad política las mismas libertades políticas. Presentaré algunas réplicas contra la concepción liberal sin referirme a los distintos representantes y versiones en particular.

Puesto que los derechos a la libertad justificados a través de la metafísica o el derecho natural pueden rechazarse por carecer de fundamentos, debe mostrarse que la prioridad de los derechos a la libertad, pretendida por la *concepción liberal*, depende del interés imparcial de cada uno. Me parece que la argumentación teórica de la justicia con mayor plausibilidad para una prioridad de los derechos a la libertad es la que se desarrolla a partir del concepto de autonomía.

En la libertad es valorado el poseer, en la medida de lo posible, un control sobre la propia vida, es decir, vivir cada uno su vida, por decirlo así, desde dentro, según sus propias opiniones, deseos y fines. El estar cada uno en la situación de probar y, en caso dado, re-

---

9. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro) en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es el derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. Se observa que el texto citado de Kant evita aquella expresión maximalista. No es exigido "el más extensivo sistema total de libertades básicas", como es corriente encontrarlo. Esto conduce al problema de cómo puede ser determinado y realizado absolutamente por individuos "el más extensivo sistema total de libertades básicas".

visar sus opiniones, deseos y fines. Y el poder seguir, cada uno, un gran número de caminos alternativos, opciones, posibilidades de elección genuinas o sustanciales, de tal modo que no sea coaccionado a vivir una vida determinada.

Según esto, la libertad es la garantía básica para las condiciones de la autonomía<sup>10</sup>. Estas comprenden, por lo menos, la ausencia de coacción y manipulación, la disponibilidad de información adecuada, la existencia de concepciones del bien alternativas y la ausencia de limitaciones para un margen significativo y amplio de acciones posibles. Esta caracterización debe mostrar por qué la libertad y la autonomía están entre nuestros intereses más centrales. Por tanto, en el interés de cada persona, imparcialmente valorado y justificado moralmente, está conseguir seguridad para el más amplio espacio de acción posible en el ejercicio de las libertades. A partir de la moral del respeto igual se obtiene la igual consideración y la igual protección de las condiciones de la autonomía individual.

Así como es importante y correcto acentuar la autonomía, lo es también cuestionar la idea que afirma que de este principio debe seguirse el asignar un carácter prioritario a los derechos políticos a la libertad. El bosquejo de una fundamentación de los derechos a la libertad para la protección de la autonomía muestra, claramente, algunos puntos críticos de esta argumentación.

---

10. Más adelante afirmaré la tesis de que para asegurar la autonomía personal no es obligatorio, en primera línea, que deban ser garantizados los derechos políticos a la libertad.

El primero señala, como Dworkin lo ha mostrado<sup>11</sup>, que no puede haber ningún derecho universal a la libertad. Cuando se entiende el derecho a la libertad, no en el sentido débil de que las personas tienen este derecho porque desean toda la libertad, sino más bien, en el sentido fuerte, según el cual tener un derecho significa que el gobierno no puede limitar ese derecho, aunque esto pueda ser de interés público; entonces, no puede existir ningún derecho universal a la libertad, pues tal derecho significaría que cada reglamentación pública constituiría una violación a ese derecho. Los derechos a la libertad, iguales para todos, se refieren políticamente sólo a las denominadas libertades básicas, o derechos básicos. Por razones pragmáticas, para asegurar las libertades básicas, los ciudadanos y ciudadanas deben limitar sus demás libertades. Además, hay limitaciones legítimas de las libertades en aras de otros valores como el bienestar de todos, siempre bajo el aseguramiento de los derechos fundamentales a la libertad.

El segundo punto apunta a señalar que se quiere tener seguridad sobre determinadas libertades porque las actividades y fines de los hombres que son garantizadas por medio de ellas tienen un significado esencial, mientras que otras son menos importantes. Normalmente, se quieren determinadas libertades porque se desea aquello que se pretende realizar con ellas. Además, los espacios de acción de las libertades tienen, en general, un valor propio aunque nunca se haga

---

11. Véase: R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984, p. 433 ss.

uso de él. Las personas que quieren conducir el contenido de sus vidas por su propia determinación son las que están interesadas en las libertades. Según esto, la autonomía es el interés más importante que pueda justificarse moralmente, porque es la base de nuestra autodeterminación. El debido respeto moral recíproco debe valer para la autonomía de los particulares pues, si no tiene lugar ese respeto, se lesiona algo así como el sentimiento de autovaloración de los afectados (la autoestima o el respeto por sí mismos)<sup>12</sup>. Por esto, la autonomía debe servir como hilo conductor para la determinación de los contenidos de los derechos fundamentales.

Es falso ver la libertad como esa idea directriz. Más bien, habría que anotar que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción se deduce a partir del pretendido aseguramiento de una igual autonomía individual, como núcleo del debido respeto a los otros. Por ello, la autonomía no debe (ni necesita) ser fundamentada en una necesidad esencial, porque ella es el último valor moral a ser reconocido. De la moral de la imparcialidad resulta el principio de justificación y con este el reconocimiento de decisiones autónomas. Pero para asegurar la autonomía entendida de esta forma, se requiere sólo de ciertas libertades políticas muy determinadas (como la libertad de opinión, de prensa y la autodeterminación informacional), y determinadas

---

12. Si no son reconocidas por otros las condiciones para nuestra autonomía es herido nuestro sentimiento de autovaloración, pues la libertad y la autonomía son las bases (causales) de nuestro sentimiento de valoración. La defensa de la prioridad de la libertad básica con relación al respeto de uno mismo puede verse en: J. Rawls. "Fairness to Godness". *Philosophical Review* No. 84. 1975, pp. 536-554.

libertades económicas. En este sentido, la pretensión del «marco más amplio posible» de espacios de acción de las libertades no se obtiene de la libertad, por lo menos en forma directa.

El tercer punto crítico afirma que en las concepciones liberales el más alto valor no es la libertad, sino la conexión de ésta con la justicia. Con el punto de vista de la justicia en la exigencia de iguales derechos a iguales libertades aparece en competencia un valor superior. La libertad es limitada en nombre de la igualdad o bien de la justicia, y ciudadanos o ciudadanas políticamente ilustrados pueden aceptar voluntariamente tales limitaciones y legitimar tales reglamentaciones cuando quieran institucionalizar la justicia o la igualdad (en determinadas medidas), como valores *políticos más altos* que la libertad<sup>13</sup>. Esto muestra, además, que la igualdad distributiva es desde su comienzo la idea central que conduce a la distribución igualitaria de derechos, pues un derecho al espacio de acción más amplio posible para las libertades subjetivas, no puede introducirse sin igualdad *distributiva*, porque la libertad o los derechos a la libertad son un caso de aplicación de igualdad distributiva. La adjudicación de espacios de acción para las libertades es uno de los posibles casos de aplicación de la distribución igualitaria.

El peso en la concepción de la libertad de la idea de la justicia distributiva o de la distribución igualitaria, se evidencia en la fundamentación de los derechos sociales. Si las libertades deben ser distribuidas igualmen-

---

13. Es decir, desde la perspectiva del individuo.

te (como los teóricos de la libertad pretenden), porque las personas deben ser consideradas como iguales, y si todos tienen un interés esencial justificado en la libertad para asegurar las condiciones de la autonomía, entonces, se deben garantizar — así es el argumento — las mismas libertades para todos por igual y se debe asegurar, también, el *valor* igual de la libertad. Conceptualmente la libertad es la libertad de un titular de la libertad (por ejemplo, un actor), de algo (el obstáculo a la libertad), y para algo (el objeto de la libertad). Para tener realmente las mismas libertades no es suficiente que sea garantizada la protección igual de obstáculos a la libertad, sino que deben ofrecerse, también, las mismas posibilidades para alcanzar el objeto de la libertad. Cuando algunos tienen una igual libertad formal, pero por ignorancia, pobreza o falta de medios materiales, están impedidos para ejercer sus derechos y obtener utilidades de ellos, entonces, la libertad no tiene el mismo valor que se le ha atribuido o que tiene para los otros hombres.

En lugar de esto, el valor de la libertad debe ser, por razones de justicia, más o menos igual para todos los ciudadanos y ciudadanas con independencia de la posición económica y social, de tal modo que cada uno tenga las mismas oportunidades para la realización de sus intereses esenciales y moralmente justificados. La libertad jurídica, es decir, la autorización jurídica para hacer algo o dejar de hacerlo, carecería completamente de valor sin la libertad real, esto es, sin la posibilidad real para elegir entre lo permitido. Esa libertad real puede ser asegurada solamente por medio de substratos materiales que no están disponibles en la misma

medida para todos los ciudadanos y, por tanto, deben ser puestos a disposición a través de la actividad estatal. La concepción de la libertad puede fundamentar con esto, en forma derivada, derechos sociales como medios para el aseguramiento de un valor equitativo de la libertad<sup>14</sup>.

El cuarto punto señala que la aparente prioridad de los derechos a la libertad es característica de esa fundamentación derivativa. En general, los liberales afirman que la realización de los derechos a la libertad es más importante que la realización de los derechos de bienestar social. La razón parece estar en la afirmación de que para la autodeterminación autónoma es de mayor importancia la salvaguardia de los derechos a la libertad que la protección de los derechos sociales. Los derechos de bienestar social son entendidos sólo como medios para la realización de los derechos a la libertad. Sin embargo, esta afirmación de la centralidad de la libertad es dudosa y no puede ser sostenida por los mismos teóricos de la libertad. Su argumentación para el valor igual de la libertad acentúa, precisamente, que la autonomía individual es amenazada no sólo por medio de obstáculos a la libertad, es decir, por coacción exterior, sino también, por la carencia de las condiciones favorables para ejercerla<sup>15</sup>.

---

14. Para completar el argumento debe mostrarse por qué la libertad fáctica o bien su sustrato material debe ser asegurado como derecho humano, y no debe ser dejada al proceso de decisión político democrático.

15. Para decirlo en forma sencilla: la autonomía de un individuo en prisión, es decir, a través de la privación de la libertad, está limitada mucho menos que por medio de una grave enfermedad o de hambre extrema.

Para el aseguramiento de la autonomía privada se requiere, en primer lugar, la protección del cuerpo y de la vida, de lo cual rara vez hablan explícitamente algunos teóricos de la libertad, pues para alguien que se encuentre en una situación de escasez, los derechos a la libertad sin duda apenas tienen valor, porque para esa persona será más importante la superación de la escasez que las libertades jurídicas, con las cuales no puede hacer nada en virtud de su misma situación. Incluso, cuando se argumenta formalmente acerca de las condiciones para el ejercicio de la libertad jurídica, queda claro que los mismos teóricos de la libertad deben suponer que hay algo distinto a la libertad que debe ser protegido como valor fundamental, a saber, la protección del cuerpo y de la vida. Para el aseguramiento de la igual autonomía no deben ser garantizados primariamente los derechos liberales negativos pues, los derechos a la seguridad y a la subsistencia no se deducen simplemente de la libertad. Es decir, estos derechos son más básicos que cualquier derecho a la libertad puesto que su satisfacción es la condición necesaria para la utilización de los derechos a la libertad en general. Nadie podrá controvertir que los hombres tienen derecho a no ser víctimas de asesinato, tortura, violación y otras agresiones corporales; ese derecho a la integridad corporal es un derecho básico porque su realización (amplia) es necesaria para poder percibir cualquier otro derecho en general. De la misma forma se comporta el derecho a la subsistencia, es decir, el derecho de una persona a ser atendida por otras con los medios necesarios de vida, por lo menos cuando ella no está en la situación de procurarse lo necesario

para vivir. La falta de medios de vida para la subsistencia puede ser tan mortal, dolorosa o mutiladora como los ataques a la integridad personal. Así, por las mismas razones y al igual que el derecho a la integridad personal, el derecho a la subsistencia es un derecho básico («*basic right*») en el sentido en que ningún otro derecho puede ser realizado cuando no se cumplen esos derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales clásicos más importantes no pueden ser, entonces, interpretados como derechos a la libertad. La orientación unilateral a la libertad es falsa para la tradición liberal, puesto que el más importante derecho, esto es, el derecho a la vida y a la integridad corporal, no es realmente un derecho a la libertad. Por otra parte, la expresión «libertad» se utiliza en un sentido demasiado amplio. Se puede concluir afirmando, de un lado, que aún al interior de una adecuada reconstrucción de la concepción de la libertad, ésta no es el más alto valor, sino más bien, la justicia distributiva y la autonomía —como bases del sentimiento de autovaloración—; y de otro lado, que algunos derechos humanos liberales clásicos no pueden ser descritos en forma plausible como el aseguramiento de la autonomía y la libertad. Si estas dos réplicas son plausibles, entonces, la concepción de la libertad como *única* base para la fundamentación de los derechos humanos no puede sostenerse, por lo menos de esa forma.

## 2.2 Necesidades básicas

Los derechos sociales se comprenden corrientemente de forma tal que se basan en el significado particu-

lar de determinados bienes. La *concepción de las necesidades* hace suya esta idea. Según ella, la prevención del sufrimiento moral relevante vale como base moral de las pretensiones de derechos sociales; los derechos humanos sociales se pueden reconstruir como la protección ante violaciones cuyo significado es determinado por características distintivas (*kriteriell*), a través de necesidades básicas o intereses esenciales; los derechos sociales son pretensiones de algo que todos los hombres necesitan para la vida humana; y el hombre como ser vulnerable hace las veces de fundamento universal y antropológico de los derechos humanos en general. Las siguientes críticas muestran que la *concepción de las necesidades* no es suficiente *por sí sola* para determinar el campo de los derechos humanos sociales.

En el planteamiento antropológico se encuentra una debilidad<sup>16</sup> pues, bajo las condiciones del pensamiento posmetafísico, los planteamientos antropológicos están prisioneros en un dilema cuando se pregunta cuáles son los intereses justificados moralmente de más alto valor y, por tanto, cuáles son los intereses que se deben proteger en primer lugar. Las determinaciones de una naturaleza necesitada de los hombres, concebida antropológicamente de forma esencialista, son controvertibles o ocultamente triviales.

Son controvertibles, porque el planteamiento de las necesidades tiene que hacer afirmaciones sustanciales sobre la universal naturaleza humana necesitada de los

---

16. Naturalmente que para esta concepción todo depende de qué se entiende por intereses "fundamentales" o "esenciales". Aquí hay un amplio campo de interpretaciones posibles que son representadas en la filosofía política.

hombres, para poder dar un catálogo de necesidades cualitativas y cuantitativas que sean protegidas por medio de los derechos humanos sociales. Esa determinación cualitativa de aquello que hace que las necesidades básicas sean dignas de protección, no puede tener éxito y no es convincente hoy como obligación general. Las premisas sustanciales quedan aferradas, necesariamente, al contexto de determinadas interpretaciones de la naturaleza humana (históricas, culturales, ideológicas, religiosas, etc.) y el *factum* del universal relativismo y pluralismo de la imagen del hombre, no es considerado satisfactoriamente cuando se intenta hacer determinaciones sustanciales. Además, en este planteamiento se hace abstracción de los desarrollos históricos y sociales y de los cambios que ellos introducen en las representaciones de sus miembros sobre las necesidades básicas humanas. Cuando las necesidades básicas son satisfechas dejan de ser absolutamente apremiantes, y esta importante comprobación permite aclarar por qué determinadas «necesidades básicas», según la situación social, no pueden experimentarse eventualmente. Los presupuestos de los cuales depende la plena realización de una forma de vida típica, siempre cambian con los estándares culturales. La presunción de que todas las comprensiones racionales e ilustradas racionalmente de la existencia humana puedan converger de tal manera que surja un consenso lo suficientemente grande y sustancial, parece por ahora infundada.

Son ocultamente triviales porque para afrontar la sospecha de la relatividad les queda, como alternativa, una teoría «débil» de las necesidades básicas hu-

manas, en lo posible formal, que pueda ser comprobada empíricamente y que no pueda ser negada racionalmente por nadie. Sin embargo, en la medida en que el planteamiento de las necesidades se basa solamente en una determinación suficientemente formal de la *condition humaine*, la lista de las necesidades básicas — como, por ejemplo, la comida, la bebida, el sueño, la salud —, se convierte en algo trivial. Con la formalización y trivialización se pierde, también, la posibilidad de la concreción de las necesidades, y este es un requisito para poder fijar jurídicamente su protección. Las necesidades básicas ejemplarmente enumeradas pueden ser incontrovertibles, pero su interpretación no lo es de ninguna forma. En el caso de la concreción jurídica y de contenidos, el planteamiento amenaza con caer de nuevo en el problema de la relatividad.

Complementariamente, el planteamiento de las necesidades supone que la satisfacción de las necesidades básicas esenciales debe asegurarse incondicionalmente como derecho humano y este planteamiento olvida que en las declaraciones de los Derechos Humanos conocidas no se establece que cada necesidad básica sea digna de ser protegida jurídicamente<sup>17</sup>. Aquellos derechos que se originaron en la experiencia histórica de su amenaza y carencia han encontrado su admisión en las Convenciones de los Derechos Humanos<sup>18</sup>, pero la satisfacción de otras necesidades básicas, por ejemplo la sexualidad, no puede asegurarse por

---

17. Como, por ejemplo, el derecho a satisfacer necesidades corporales higiénicas o a dormir

18. Considerado así, el catálogo de los derechos humanos es un proyecto histórico abierto.

medio del derecho, sino que debe protegerse la libertad o el mismo valor de la libertad para la satisfacción sexual.

Además, si se asumen las necesidades empíricas como punto de partida, se obtiene mucho menos, o algo completamente distinto, a lo que se considera el núcleo central de los derechos humanos; por ejemplo, no se obtiene ningún derecho a la libertad. El planteamiento puro de las necesidades descuida el aspecto de la autodeterminación de la libertad o no puede hacer justicia a la intuición liberal, compartida en general, cuando postula que la autonomía y la libertad son valores centrales que deben ser protegidos. Así, por ejemplo, empíricamente la libertad no se estima a menudo como un alto valor, pues los hombres estarían dispuestos a vender sus derechos a la libertad frente a ofertas materiales atractivas. Según la concepción universal de los derechos humanos liberales esto es imposible porque los derechos humanos son inajenables y los derechos a la libertad no se pueden negociar; los convenios que se hicieran en este sentido son moralmente inadmisibles. En este sentido, es muy difícil fundamentar el significado de los derechos a la libertad por medio de las necesidades básicas.

Incluso, aunque se pueda elaborar una lista aceptable de necesidades básicas que puedan ser satisfechas por medio de derechos a prestaciones, al planteamiento de las necesidades aún le queda otro problema de definición: ¿cómo deben ser distribuidas las escasas reservas, para conseguir la satisfacción de distintas personas y diferentes necesidades? Una respuesta evidente y posible sería asumir la distribución según la

intensidad de las necesidades. Pero, ¿cómo debe medirse la mayor importancia o la urgencia de las necesidades? Empíricamente, varían las indicaciones dependiendo de qué es aquello que le falta al afectado. En torno a este argumento domina, de nuevo, la relatividad cultural e ideológica que subyace a la transmisión empírica de las descripciones sobre la intensidad de las necesidades. Complementariamente, surge el problema de hasta qué punto se puede ser responsable para cultivar supuestas necesidades naturales. Que las necesidades «costosas» en general deben ser satisfechas y aún más las que sean consideradas de mayor importancia, parece intuitivamente injusto.

Además, el contenido de los derechos sociales que se introduce a partir de las necesidades básicas, debe permanecer indeterminado porque la proporción de aquello que el Estado puede colmar de las pretensiones garantizadas depende de la capacidad de prestaciones de la correspondiente economía de un pueblo y, por eso, no puede ser establecido concretamente. Es evidente que la medida de la justa satisfacción de necesidades depende no sólo de cómo es de importante, urgente o fundamental la necesidad de la persona afectada, sino también, de qué cantidad de recursos están disponibles, y que otro número de personas pueden hacer válidas pretensiones justas para obtener también esas reservas.

Así, el planteamiento de las necesidades puede ser entendido como una específica pero incompleta interpretación de la justicia distributiva pues, el principio de la satisfacción de las necesidades básicas no es suficiente como criterio de una distribución justa de los

bienes, porque con él no se determina qué necesidades y en qué medida deben ser satisfechas. Por eso es necesario —es mi tesis— recurrir a un principio de justicia distributiva.

Finalmente, es importante señalar que los intereses esenciales de más alto valor, a partir de los cuales se deduce la pretensión a derechos iguales para la protección de esos intereses esenciales, deben ser intereses justificados moralmente. Con pleno sentido, no puede tratarse de la protección jurídica de cualquier tipo de interés percibido como importante, sino que tienen que ser intereses morales, legitimados desde un punto de vista imparcial. Esto significa que el planteamiento de las necesidades no sólo debe fundamentarse en la moral del respeto igual, sino también, en el principio de justificación. Con esto se plantea la pregunta: ¿Por qué nos debemos recíprocamente sólo la satisfacción de las necesidades básicas? ¿Por qué nosotros sólo tenemos derecho a la satisfacción de los intereses y necesidades fundamentales? Si se aceptan la moral del respeto igual, el principio de justificación y la justicia distributiva, entonces, debe mostrarse con razones que puedan ser aceptadas por todos, qué distribuciones más amplias de los bienes están en contra de los intereses de todos.

### *2.3 Distribución igualitaria*

La concepción de justicia distributiva que quiero presentar propone deducir todos los derechos humanos de un principio básico de justicia; más precisamente, de un principio de distribución igualitaria. Esta concepción, que es más amplia que la de los otros dos plan-

teamientos, no se refiere a un determinado criterio como el de autonomía o el de las necesidades, sino directamente a un principio moral. En primer lugar aclararé cómo se construye un principio de distribución igualitaria como principio de justicia de la moral del respeto igual y, posteriormente, me ocuparé de la relación de la justicia distributiva con los derechos humanos sociales.

### 2.3.1 LA DISTRIBUCIÓN IGUALITARIA COMO PRINCIPIO DE JUSTICIA

Puesto que reconocemos una moral del respeto igual estamos moralmente obligados a tratar a todos los hombres como personas autónomas e iguales, es decir, de la misma forma y con el mismo respeto y consideración (*equal concern and respect*). De ese respeto igual y del principio de la justificación universal y recíproca, se puede deducir un tipo determinado de trato igual sustentado en la idea según la cual, todos los afectados deben ser tratados de forma igual, no obstante sus diferencias, a no ser que en algún aspecto fuesen relevantes determinados tipos de diferencias y se justificara, a través de razones universales y razonables, un tratamiento desigual o una distribución desigual. A partir de esto se fundamenta, en relación con el ámbito de la justicia política, un principio *prima facie* de distribución igualitaria para todos los bienes de los que se puede disponer. No se exige un principio de distribución igualitaria estricta, pero si la necesidad moral de tener que justificar de forma imparcial las distribuciones desiguales. El *onus probandi*, la carga del fundamento de justificación, radica en el lado del distribuidor no igualitario y esa presunción para la igual-

dad es un principio que produce resultados concretos y sustanciales. Esta concepción moral es igualitaria pues contiene la pretensión de una igual consideración de cada uno para cada justificación y distribución. Según esto, cada tipo de distribución pública tiene que fundamentarse frente a todos los afectados, de tal manera que ellos puedan en principio aprobarla. Cuando todos tienen un interés en los bienes a distribuir, la satisfacción de las preferencias de todos (en ausencia de fundamentos de justificación particulares) cuenta, *prima facie*, en la misma proporción, pues todas las personas cuentan de forma igual. El que quiere más debe a los demás una justificación adecuada, universal y recíproca. Cuando ésta no puede darse, es decir, cuando no hay ninguna razón para esa distribución desigual, entonces, la distribución igualitaria es la única distribución legítima.

Cada distribución desigual significa que uno recibe menos y otro más. El que recibe menos puede exigir con derecho una razón por su mala situación. *Ex hypothesi*, no hay ninguna. Por tanto, es ilegítima esa distribución desigual. Cuando no pueda ser presentada ninguna razón convincente para una distribución desigual, sólo queda como alternativa la distribución igualitaria, como posición de partida ineludible. Esta presunción de igualdad es la pieza central en la construcción de una teoría de la justicia distributiva. Complementariamente, la construcción de este principio de justicia de contenido pleno, está relacionada con las respuestas que se dan a las siguientes preguntas: ¿Qué bienes y cargas (responsabilidades) están o deben estar dispuestas para la distribución? ¿Cuáles son los bie-

nes sociales que se proveen como objeto de una justa distribución igualitaria? ¿Quiénes son los sujetos de esta distribución? ¿Quién tiene derecho a una parte equitativa? ¿Cuáles son aquellas excepciones a una distribución igualitaria que resultan injustificables? ¿Cuáles son las desigualdades justificables? ¿Cuál planteamiento, concepción o teoría de la justicia distributiva es la mejor? A continuación voy a presentar algunas cortas indicaciones sobre los puntos de vista que son relevantes para responder estas preguntas.

¿Qué bienes y cargas (responsabilidades) están o deben estar dispuestas para la distribución? Con frecuencia los bienes a distribuir son determinados a través de un tipo de contractualismo que apela a la reciprocidad y utilidad mutua. Desde esta perspectiva, la justicia distributiva se refiere a aquellos bienes que son producidos de forma común, es decir, a través de una cooperación social y económica justa. Los frutos comunes de la cooperación, a los que cada uno tiene *prima facie* un igual derecho, deben ser distribuidos porque todos participan en el proceso de producción de estos bienes. Nada se dice sobre otros bienes, como por ejemplo, las reservas naturales que no son resultado de una cooperación común. Por eso, parece más plausible considerar como bienes a distribuir todos aquellos bienes deseados, las cargas indeseables y todas las ventajas y desventajas de la vida en común sobre los que tenemos control común y podemos distribuir. Si deben excluirse determinados bienes, esto tiene que ser fundamentado universalmente por aquellos que así lo solicitan. Se trata, en esencia, de una distribución original (justa) de cualquier tipo de bien colectivo que

aún no ha sido distribuido, es decir, que no pertenece a nadie y por eso todos tienen, por principio, un derecho igual a él (en forma correspondiente esto vale para las cargas)<sup>19</sup>.

¿Puede ser limitado el grupo de quienes tienen derechos antes de la revisión de las pretensiones concretas? Muchas teorías llevan implícito este supuesto cuando vinculan la justicia distributiva o los bienes a distribuir, con la cooperación social o la producción. Desde esta perspectiva, aquellas personas que en nada han contribuido a la cooperación, como los minusválidos, los niños o las generaciones futuras, no tienen ningún derecho a una distribución justa. El círculo de personas que participan en la distribución es, de este modo, limitado de antemano. Otras teorías son menos restrictivas y no enlazan la distribución a la coproducción real, sino que la circunscriben al estatus del ciudadano. Para estas teorías, la justicia distributiva debe limitarse a las personas pertenecientes a una sociedad (las personas que no pertenecen a esa sociedad no tienen ningún derecho). La distribución desigual entre los Estados y la situación social de las personas fuera de la sociedad en cuestión no sería, según esto, un problema de la distribución social justa.

Sin embargo, la moral universal del respeto igual y el principio de la distribución igualitaria exige que cada persona sea considerada *prima facie* con el mismo derecho a los bienes, a no ser que puedan aducirse razones para una distribución desigual. En el proceso de

---

19. De este modo son dejados de lado los derechos de propiedad previamente adquiridos y las cuestiones del intercambio y el comercio justos.

justificación pueden darse razones para que personas que de una forma particular participaron en la producción de un bien, sean preferidas en la distribución. Pero, no hay ninguna razón *prima facie* para excluir desde un principio de los procesos de distribución o de fundamentación a los individuos de otros países. Esto puede considerarse intuitivamente de forma más clara en el caso de las reservas naturales, como las riquezas del subsuelo, que uno puede encontrar casualmente bajo su propiedad. ¿Por qué deben pertenecer a aquel que los encontró o al propietario de los territorios donde estos se hallan?

En el proceso de distribución justa se deben ubicar los bienes bajo distintas categorías. Esta categorización, es esencial porque las razones que puedan valer en un ámbito determinado para un tratamiento desigual, no pueden ser el fundamento de ningún tratamiento desigual en otra esfera. En la reconstrucción de las actuales democracias del Estado de bienestar liberal aparecen cuatro categorías esenciales de bienes: 1) las libertades civiles, 2) las posibilidades políticas de participación, 3) las posiciones sociales y las oportunidades, 4) el perfil económico (*wirtschaftlicher Profit*). Para estas cuatro categorías, la justicia distributiva es el punto de vista orientador.

Después de establecer estas categorías se puede preguntar, entonces, por las razones que pueden justificar un tratamiento desigual o una distribución desigual en cada una de ellas. El punto de partida de la reflexión filosófica es la pregunta por una distribución original, contrafáctica, de bienes comunes que aún no han sido distribuidos, es decir, que no pertenecen a

nadie, de tal manera que todos tienen por principio un derecho igual a ellos (en forma correspondiente esto vale para las cargas). A partir de aquí se deben tomar en serio las siguientes razones para un tratamiento desigual justificado: (a) los diferentes perjuicios naturales (por ejemplo, en el caso de los inválidos), (b) los derechos o beneficios existentes (por ejemplo, la propiedad privada), (c) las distintas ganancias, en sentido estrecho, por capacidades especiales (por ejemplo, el esfuerzo o sacrificio por la comunidad), (d) los incentivos por la contribución (por ejemplo, en el principio de la diferencia de Rawls) y, (e) las compensaciones por una discriminación indirecta o estructural (por ejemplo, las cuotas).

Aquí no se pueden interpretar completamente esas teorías de la justicia distributiva sobre la base del principio del tratamiento igual, probando por separado la justificación de esos tipos de pretensiones. Para los fines de la argumentación es suficiente bosquejar los rasgos básicos de este planteamiento, así como se ha hecho con los otros. El pensamiento nuclear de un argumento para la justicia social, que será mencionado brevemente por ahora, afirma que porciones desiguales de bienes son equitativas (*fair*) cuando han sido conseguidas trabajando y han sido merecidamente ganadas, es decir, cuando resultan de las decisiones y acciones intencionales de los afectados. La preferencia o el perjuicio relacionado con diferencias arbitrarias o no merecidas, es inequitativa (*unfair*) en las circunstancias sociales y en los talentos naturales. La intuición más importante de Rawls se basa en la diferencia entre decisión (*choise*) y circunstancias de la vida (*circumstances*).

Dworkin formula ese criterio de distribución así: una distribución justa no debe ser sensitiva a la dotación y a la vez sensitiva para la intención. La dotación natural y social no debe contar, pero si las intenciones personales y las decisiones voluntarias de los hombres. Los individuos deben, por esto, responsabilizarse por los costos de sus decisiones. Esta concepción debe considerar que no sólo puede distribuirse, sino que, complementariamente, la producción de los bienes debe ser fomentada y justamente reglamentada. No se trata sólo del derecho a la porción igual de bienes, sino también, del derecho, y, en el caso dado, del deber de hacer disponibles los bienes estimados como elementales.

### 2.3.2 PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

La problemática de los derechos humanos sociales se puede abordar, brevemente, preguntándonos si los principios de justicia social deben concebirse como derechos humanos y, de ser así, cómo. La argumentación se desarrolla en cuatro pasos: (a) de las pretensiones de justicia distributiva se siguen derechos morales; (b) esas pretensiones morales y derechos valen universalmente; (c) por esto, la pretensión moral universal a una porción justa debe dar forma al principio para la generación de los derechos humanos y; (d) los derechos sociales en pie de igualdad pertenecen a los derechos humanos generados así.

(a) ¿Qué derechos políticos y morales tenemos? Esto se debe descubrir por medio del principio de justificación y del principio *prima facie* de distribución igualitaria. El punto de partida para la determinación del con-

tenido de la moral política es la idea de la justicia (distributiva) en su total amplitud. De las exigencias de la justicia resultan las pretensiones a los derechos *morales* que los hombres se deben entre sí para crear relaciones justas y distribuir justamente los bienes y las cargas. He mostrado que las estrategias alternativas, como aquellas en las que sólo podrían ser protegidos como derechos humanos (*menschen-rechtlich*) la libertad o la satisfacción de las necesidades básicas, siempre deben hacer uso de la idea de la justicia distributiva y no pueden fundamentar bien la limitación del ámbito de la justicia que debe ser protegido jurídicamente.

(b) El campo de aplicación de la justicia distributiva está definido por el conjunto de relaciones sociales en las cuales varias personas —por las razones que sean— poseen una pretensión común a algunos bienes o deben responder en común por ciertas cargas. Como se trata de las relaciones sociales de todos los hombres en tanto que «miembros integrantes» de la comunidad humana, esos bienes y cargas deben ser distribuidos universalmente conforme a la justicia. Según esto, se trata de pretensiones de justicia que conciernen a todos los hombres en tanto hombres. En este sentido, los derechos y deberes morales que resultan de la justicia distributiva valen *prima facie* universalmente. Según el principio de justificación, todas las regulaciones, acciones, relaciones y situaciones que demanden responsabilidad, deben justificarse frente a todos los afectados. La idea de la justicia distributiva no está atada al marco institucional de una cooperación mutuamente provechosa. Por eso no supone la exigencia de un Estado mundial; más bien, las exigencias de justicia y los

derechos morales pueden realizarse en diferentes Estados. Los derechos y las pretensiones morales no se detienen en las fronteras, valen universalmente para todos los hombres.

(c) Esa pretensión moral universal a la parte justa de bienes y cargas — así quiero afirmarlo aquí — debe formar el principio para la generación de los derechos humanos subjetivos reconocidos moralmente. El principio de la *prima facie* distribución igual es, en tanto regla para la distribución justa de todos los bienes y cargas, un principio generador de derechos (*Rechte generierendes Prinzip*), y representa la idea directriz sustancial y la justificación central para los derechos humanos político morales en general. Los derechos humanos son las pretensiones morales, o las exigencias de la justicia, a algo de lo que no se debe privar a nadie en tanto hombre. A partir de ese principio generador de todos los derechos deben deducirse, en distintos pasos, derechos específicos y precisos según las categorías de bienes. Las pretensiones de derechos morales contienen, además, la exigencia moral de institucionalizar y proteger esas pretensiones. Los derechos humanos generados por el principio de justicia deben ser positivizados como derechos fundamentales en un paso posterior.

(d) La conclusión que de aquí se deriva es: los derechos humanos sociales, como un principio de los derechos humanos, se deducen del principio de la *prima facie* distribución igual de todos los bienes, de la misma forma que todos los demás derechos y, por tanto, están en el mismo nivel de igualdad con los demás derechos clásicos. Los derechos humanos sociales esti-

pulan la particular pretensión a una distribución justa de determinados bienes primarios sociales, que de ninguna manera deben ser sacrificados para el aseguramiento de otros derechos e intereses de inferior valor. El estatus de los derechos humanos sociales, obtenido a partir del principio de la distribución igual —aunque haya excepciones a la distribución igual por incentivos, etc.—, está situado seguramente en un nivel mucho más alto del que hasta ahora se le ha asegurado. Según esta concepción, el resultado final debe ser una universal distribución igual al más alto nivel legítimo, es decir, bajo la consideración de las desigualdades legítimas.

Es importante señalar aquí que esta concepción es criticada porque no puede responder por nuestras intuiciones o comprensiones de los derechos humanos, es decir, porque se aleja de aquella concepción que asume que los derechos humanos son sólo aquellos derechos fundamentales e importantes, y no la totalidad de la justicia. ¿Cuáles son las razones presentadas por una concepción restrictiva, representada por muchos, según la cual los derechos humanos contienen a lo sumo un concepto mínimo de justicia?

Esta concepción restrictiva de los derechos humanos fundamenta su crítica en una razón pragmático política pues, desde su perspectiva, toda ampliación de los derechos humanos mantiene una relación inversamente proporcional con la oportunidad que aún queda de poderlos realizar. Entre más se incluya en los derechos humanos, menor será el número de ellos que se pueda alcanzar. Posiblemente, es correcto afirmar, siguiendo el argumento pragmático, que no se debe

exigir todo de una sola vez, sino que se debe ir por pasos. Sin embargo, para esto se necesita la orientación hacia un ideal, y ella está determinada por el principio de la justicia distributiva.

Complementariamente, la concepción restrictiva señala que las exigencias de derechos humanos responden a experiencias históricas de prácticas ejemplares de injusticias, y esas experiencias le muestran al individuo el significado particular de ellos. Contra esta concepción histórico política, se debe afirmar que los derechos humanos no son relativos a comunidades políticas ni a situaciones históricas, aunque hayan surgido de conflictos y luchas sociales y protejan lo que estaba o está amenazado en ciertas situaciones particulares. La formación histórica de determinados derechos humanos parte, con seguridad, de pretensiones que han hecho individuos y grupos en conflictos sociales concretos y que han sido aceptadas en el curso de protestas y luchas. No obstante, los participantes de esos conflictos describen, retrospectivamente, sus demandas y luchas como una experiencia moral colectiva y un proceso de aprendizaje. En los conflictos sobre derechos humanos específicos, que siempre están situados cultural e históricamente, se efectúa una comprensión de la validez moral de esos derechos, independiente del tiempo y del lugar.

Finalmente, se argumenta que los derechos sociales a prestaciones tienen un estatuto jurídico diferente al de los derechos negativos pues, los primeros no pueden ser garantizados fácilmente. La exigencia implícita de que cada derecho humano debe ser realizado en la práctica se supera si asumimos que ningún derecho

humano vale incondicionalmente y sin excepciones. Además, muchos derechos humanos, incluso los derechos a la libertad, requieren de recursos que en determinadas situaciones pueden faltar o que deben ser dedicados a cubrir asuntos más importantes (por ejemplo, proteger otro derecho a la libertad).

Estas objeciones y otras similares no pueden minar, a mi modo de ver, la concepción de los derechos morales como derechos ligados a la idea de la justicia social. Sin embargo, por razones pragmáticas y de la teoría democrática tiene sentido establecer, en la Constitución, como fundamentales sólo a determinados derechos humanos. De un lado, aquellos derechos sin cuyo aseguramiento queda excluido el disfrute de otros derechos. De otro lado, aquellos derechos centrales para asegurar el núcleo esencial de la moral del respeto igual, es decir, que son fundamentales para el estatus de la persona con los mismos derechos. No sobra anotar que del principio de la moral del respeto igual, como pretensión de derecho a una determinada distribución de ciertos bienes, pueden deducirse los derechos a la libertades negativas, los derechos políticos de participación y los derechos sociales (*soziale Leistungsrechte*). Incluso se puede demostrar que esos bienes son centrales para la utilización de otros derechos.

Sin embargo, los derechos humanos deducidos del principio universal del derecho son abstractos según su esencia. La necesaria positivización y suficiente concreción como derechos fundamentales, en las Constituciones estatales, debe permanecer reservada a los procedimientos democráticos aseguradores de los derechos humanos en situaciones históricas y sociales

específicas. Los derechos humanos, considerados como derechos fundamentales en las Constituciones, crean intencionalmente un espacio significativo y amplio para la determinación de derechos específicos. Los afectados pueden determinar, como individuos morales autónomos, cómo pueden entenderse las pretensiones a derechos morales en las situaciones concretas. Se trata de enfatizar, desde la perspectiva moral universalista, que el derecho a un respeto igual tiene que ser protegido en proporción justa en todas las dimensiones relevantes. Entre ellas, la dimensión de la justicia social.

Mi intención era mostrar que la *concepción liberal* acentúa el valor de la libertad, pero exagera la importancia del significado de la libertad y de los derechos a la libertad; la *concepción de las necesidades* resalta la necesaria satisfacción de otras necesidades básicas distintas a la necesidad de libertad, pero no puede determinar con exactitud las necesidades cualitativas ni reconstruir completamente el sistema de los derechos humanos. Finalmente, no queda claro por qué estas dos concepciones se limitan al aseguramiento de las libertades y a la satisfacción de las necesidades básicas, y no toman por base una teoría distributiva universal de bienes y cargas (responsabilidades). La idea de la justicia social —según la tesis aquí presentada—, fundamenta y constituye la idea de los derechos sociales, pero rebasa lo exigido en la tradición respecto a ellos.



**EL PROYECTO POLÍTICO  
DEMOCRÁTICO Y LA CUESTIÓN  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS SOCIALES**

FRANCISCO CORTÉS RODAS

Una versión previa del presente trabajo ha sido presentada en la Cátedra Internacional Estado, ciudadanía y representación política, organizada por el Convenio Andrés Bello y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Igualmente, esta versión mejora algunas ideas desarrolladas en mi libro *De la política de la libertad a la política de la igualdad. Un ensayo sobre los límites del liberalismo*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de Antioquia, 1999.

Todos los países de América del Sur están sumidos en conflictos sociales, económicos y políticos que mantienen al grueso de su población en un grave estado de pobreza y tensión política. El objetivo de este texto no es analizar las causas que determinan la crisis económica y el conflicto social de estos países, que son diferentes en cada uno y producen consecuencias distintas, sino enjuiciar y criticar el modelo de sociedad y Estado que se ha buscado imponer a partir de las reformas neoliberales, por las nefastas consecuencias que producen desde un punto de vista social y político.

A grandes rasgos la orientación neoliberal de cara a la cuestión social puede resumirse así: dadas las condiciones de competencia internacional, determinadas por la globalización económica, las economías nacionales de los países atrasados, como es el caso de los

países de Sudamérica, no pueden mantener las formas tradicionales de organización de la economía y del Estado, comprendidas en el modelo de sustitución de importaciones, ni resistir la puesta en práctica de políticas redistributivas de la riqueza social que menguan los márgenes de ganancia del capital nacional e internacional. Según la visión neoliberal, en la actual coyuntura económica de nuestros países es imposible sostener políticas de impuestos con fines redistributivos, mantener las instituciones propias de un Estado social de bienestar en las áreas de la salud, la educación, la protección de los niños, los ancianos y los desempleados; promover regiones deprimidas y apoyar a las minorías culturales.

Sin discutir las dudosas bondades del modelo neoliberal en sus aspectos económicos y macroeconómicos, relacionadas con la modernización y adaptación de la infraestructura industrial y empresarial a las nuevas realidades impuestas por el mercado en la época de la globalización, se puede afirmar que este modelo ha fracasado desde un punto de vista social y político, y este fracaso constituye una amenaza para los desarrollos democráticos y los avances en los procesos de institucionalización de los derechos y las libertades civiles y políticas, conseguidos en los países de la región tras las décadas de las dictaduras y de los estatutos de seguridad Nacional.

La necesidad de plantear nuevamente la cuestión social, que en sentido estricto significa asegurar los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, implica pensar de forma diferente el modelo de sociedad y de Estado que se requiere para dar solución a la pobreza, el hambre, el desempleo, la violen-

cia y la debilidad política de las frágiles democracias latinoamericanas.

Las reflexiones que aquí se presentan tienen como fin mostrar que la posibilidad de superar los graves problemas de estas sociedades depende de la creación de modelos alternativos de organización política y económica que den cuenta: (1) de los imperativos de libertad, que demandan el aseguramiento de condiciones para que todos los individuos puedan disfrutar de sus derechos individuales fundamentales; (2) de los imperativos de igualdad, que exigen crear condiciones para asegurar un nivel de vida mínimo adecuado a cada individuo; y (3) de los imperativos de funcionamiento del sistema económico, condicionados por la eficiencia, la competitividad y la necesidad de generar recursos que aseguren los derechos y unas condiciones mínimas para una vida humana digna.

En este artículo sostengo la siguiente tesis: la idea de los derechos humanos sociales se fundamenta y constituye de forma más plausible a través de una concepción de justicia social distributiva. En este sentido, la idea de la justicia social se convierte en una idea central para postular una justificación moral del Estado, pues, un Estado es moralmente justo si asegura los derechos humanos en un sentido amplio, es decir, si garantiza no sólo los derechos individuales negativos y los derechos políticos de participación, sino también, los derechos sociales de sus ciudadanos. En esta medida, un fin esencial del Estado debe ser establecer los derechos humanos como núcleo moral de todos los derechos que mediante la positivización, tienen que ser asegurados igualmente a todos los individuos.

Con el fin de desarrollar el marco teórico que sirve para justificar esta idea, reconstruiré los planteamientos teóricos del liberalismo y del igualitarismo, y en cada uno de ellos diferenciaré dos modelos de justicia distributiva. En el liberalismo, al primero lo denomino *modelo libertariano*, y comprende autores como J. Locke, R. Nozick, F. Hayek y M. Friedman. Al segundo lo denomino *modelo social de la libertad*, y a él pueden adscribirse autores como E. Kant, J. Rawls, J. Buchanan y R. Dworkin. En el igualitarismo, el primero ha sido llamado *modelo de las necesidades*, y es representado por A. Sen y M. Nussbaum. El segundo es el *modelo de la política de la igualdad*, y a él pertenecen autores como E. Tugendhat, A. Honneth, R. Forst, y S. Gosepath.

Para el *modelo libertariano* se trata, en primer lugar, del respeto al derecho igual de cada uno a la libertad y, particularmente, a la propiedad privada. Para el *liberalismo social*, los derechos sociales son necesarios para que todos los miembros de la sociedad puedan ejercer sus derechos y libertades civiles y políticas. La *concepción de las necesidades* ve como objeto del respeto igual, el derecho igual que puede tener cada uno, como ser necesitado, para ver realizadas sus necesidades básicas. Según la *concepción igualitaria*, el principio del respeto igual debe concebirse como una exigencia de la justicia política. Esto supone que el respeto sólo puede formarse y desarrollarse si el Estado garantiza a todos los miembros de una sociedad las condiciones elementales para una vida humana digna.

El concepto y el contenido de los derechos sociales cambia, dependiendo de las razones y las formas como

estas concepciones justifican los derechos humanos. Así, para el aseguramiento de las libertades individuales definidas por el libertarismo y de las libertades civiles y políticas establecidas por el liberalismo social, son necesarios unos bienes distintos a los requeridos para el aseguramiento de las necesidades básicas y para establecer las condiciones para una vida humana digna en términos del respeto igual. Frente al planteamiento del liberalismo (*libertarismo y liberalismo social*), el igualitarismo amplía considerablemente la extensión de los derechos sociales.

La exposición que propongo de estas teorías de los derechos sociales, debe mostrar que no es plausible reducir la protección de los derechos humanos solamente a aquellos que se obtienen del concepto de propiedad privada, del ideal de la libertad o del ideal de la autonomía. Siguiendo una importante idea compartida por Tugendhat, Honneth y Gosepath, es posible afirmar que la justicia social distributiva tiene que concebirse como un principio universal del derecho para la fundamentación de una teoría universal de los derechos humanos y, particularmente, para la fundamentación de los derechos humanos sociales.

En lo que sigue me interesa aclarar cuál debe ser el principio fundamental para la introducción de los derechos humanos sociales: propiedad, libertad, autonomía o necesidades básicas y respeto igual. Para esto voy a esbozar cada una de las mencionadas concepciones, con el fin de mostrar que la concepción igualitaria posee mayor plausibilidad.

## 1. El planteamiento liberal

### 1.1 *El modelo libertario*

La argumentación del modelo de Estado libertario o neoliberal parte de un individuo orientado racionalmente hacia la consecución de sus intereses básicos, definidos en la forma de derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad. A través de la ficción del Estado de naturaleza original, dominado por un enfrentamiento radical entre sus miembros, el viejo liberalismo muestra que el individuo acepta limitar su libertad natural y someterse a la voluntad de un poder unificado en el Estado, solamente para poder disfrutar de su libertad civil como miembro del cuerpo político. El acatamiento y respeto a la voluntad del poder estatal resulta, en esta construcción, del cálculo de un individuo que, como actor racional, acepta las reglas de juego obtenidas con la instauración de un poder absoluto en cabeza del soberano, pues esto es más provechoso y útil para la realización de sus planes particulares de vida. Con el fin de asegurar un espacio de acción que le permita disfrutar de sus derechos a la libertad y a la propiedad, es decir, que le permita proteger su autonomía privada, el calculador racional acepta privarse de la posibilidad de hacer uso de sus capacidades y facultades para intervenir en la construcción de las instituciones políticas, es decir, se priva de la posibilidad de ejercer su autonomía pública. En este sentido, la construcción de la esfera política queda en manos del soberano en el Estado, que tiene como función garantizar, a través de la promulgación de leyes civiles, las condiciones para que los asociados puedan

ejercer los derechos y libertades, comprendidos en el concepto de autonomía privada.

La escisión entre la autonomía privada y la autonomía pública, y la división de las tareas y ámbitos de acción del individuo, es definitiva en la construcción de este modelo. Así, la tarea del Estado consiste, básicamente, en crear las condiciones para que los individuos puedan ejercer su libertad, es decir, su autonomía privada. El ámbito de la libertad individual comprende aquel espacio de juego que se extiende hasta los límites del espacio de acción necesario para el ejercicio de la libertad del otro, y la tarea del Estado liberal es trazar claramente esas fronteras y hacerlas valer contra las interferencias provenientes de las mismas autoridades del Estado o de cualquiera de los individuos. La autonomía pública, entendida como la capacidad de intervención del individuo en los procesos de formación de las normas y leyes que sirven para regular la vida política y social de un colectivo, se reduce, en este modelo, a la aceptación de las condiciones establecidas en el contrato por medio del cual se instaura el Estado absoluto.

El libertarianismo concibe el Estado separado de la sociedad. El primero conforma el ámbito de lo político y la segunda está constituida básicamente por la esfera del mercado. Al presuponer un sujeto orientado en función del cálculo racional de sus intereses particulares y un Estado que se limita a asegurar el espacio de acción para que los individuos puedan ejercer sus derechos y libertades individuales, el libertarianismo define el estatus del derecho, la política y el sentido de la participación ciudadana. El derecho sirve para es-

pecificar las condiciones en que pueden regularse las interacciones individuales de determinados actores. En la medida en que éstos son las personas de derecho privado y que su libertad la realizan en el ámbito del mercado, el derecho adquiere su forma por medio de la institucionalización de los mecanismos que sirven para garantizar, principalmente, los derechos de propiedad privada y la libertad contractual.

Complementariamente, la política se define en función de los intereses de la persona de derecho privado. La estructura y el funcionamiento de las instituciones democráticas está delimitada por el espacio en el que son coordinados y negociados los intereses de individuos y grupos que, organizados como partidos políticos, gremios, sindicatos y grupos de presión, realizan su mandato siguiendo los procedimientos formales constituidos para el ejercicio de la actividad política en las democracias modernas. Finalmente, la participación ciudadana se entiende como la intervención ocasional, a través del voto, en los procesos de representación política, y se define en función de la búsqueda de condiciones favorables para la consecución de los intereses individuales. Al ciudadano, como portador de los derechos subjetivos de acción, le interesa que el Estado garantice el ejercicio de las libertades individuales<sup>1</sup>.

En relación con la justicia social, la tesis central del libertarismo sostiene que una sociedad justa se cons-

---

1. Este es el sentido de la crítica comunitarista al liberalismo. Véase: M. Sandel. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press, 1982; A. MacIntyre. *Tras la virtud*. Barcelona, Crítica, 1988; Ch. Taylor. «Atomism». *Philosophical Papers I, II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

tituye solamente mediante el aseguramiento de las condiciones que permiten proteger los derechos y libertades civiles y, en particular, el derecho a la propiedad privada. Los filósofos clásicos del liberalismo suponen que cada persona tiene un derecho natural que puede hacer respetar; un derecho innato a su propio trabajo y a la adquisición de ciertos derechos sin los cuales no se puede ejercer la propia libertad, entre ellos el derecho individual a la propiedad. En la medida en que la libertad es definida mediante el sistema de los derechos de propiedad, la función del Estado consiste solamente en proteger los derechos de propiedad del individuo, pues la protección de estos derechos garantiza la libertad. Para los libertarios cualquier tipo de intromisión del Estado en el ámbito individual, justificada por motivos de eficiencia, de equidad o de justicia social, es inaceptable.

Al planteamiento del libertarianismo, que se fundamenta en la prioridad de la libertad, se le pueden hacer varias objeciones. La primera puede enunciarse así. Al atribuirle al sujeto prioridad frente a la sociedad y darle a aquel un carácter constitutivo, se establece una relación entre el hombre y las esferas de la sociedad en la que éstas no son más que el resultado de la configuración creativa<sup>2</sup> del sujeto. Los intereses individuales preceden, en este sentido, a la creación de cualquier tipo de relación social o política y, con esta idea, los intereses individuales se traducen en el

---

2. El concepto liberal del «yo» es uno de los elementos centrales del debate entre liberales y comunitaristas. Véase: M. Sandel. *Op. Cit.*; Ch. Taylor. *Op. Cit.*; M. Walzer. «The Communitarian Critique of Liberalism». *Political Theory* No. 18, 1990.

aseguramiento del derecho individual a la propiedad privada.

Distintos críticos del liberalismo han mostrado la falacia que se oculta tras la idea de la prioridad del sujeto frente a la sociedad<sup>3</sup>. Para ellos, la ficción del «estado de naturaleza», supuesto en las argumentaciones de los libertarios, ha servido para justificar y legitimar un determinado orden institucional y estatal<sup>4</sup>. A través del establecimiento de la propiedad privada y de los derechos civiles como derechos inalienables: (a) se legitima un determinado orden social, político y económico, (b) se muestran los pasos y procedimientos para superar racionalmente el estado de naturaleza primitivo (la guerra de todos contra todos), y (c) se representa la posible situación a la que puede llegar una sociedad que no está regida según los términos de ese orden institucional y estatal. En este tipo de argumento se olvida que los supuestos participantes en la conformación del contrato social original, concebidos como seres desvinculados de todo tipo de relación social e histórica, eran y son individuos concretos que, a través de la ficción del Estado de naturaleza, han legitimado la exclusión de una gran parte de la población del disfrute de la riqueza social y de la participación en la toma de decisiones políticas. En suma, el libertarismo supone que en el estado natural ya existían

- 
3. Por razones que se expondrán posteriormente, aquí se utiliza la concepción comunitarista sobre el «yo» liberal para criticar el modelo libertario y no los modelos kantianos. Véase: A. MacIntyre. *Op. Cit.*; Ch. Taylor. *Op. Cit.*
  4. Véase: J. Locke. *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 205; R. Nozick. *Anarquía, Estado y Utopía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

amplios derechos de propiedad y que la tarea del Estado consiste en proteger esos derechos. Este supuesto, históricamente dudoso, impone como tarea del Estado conservar y reforzar las desigualdades heredadas.

La segunda crítica concierne a la legitimación política del Estado. Para un libertariano, la función estatal de protección del ámbito íntimo de cada individuo va acompañada del principio de igualdad de oportunidades: en la medida en que el Estado solamente garantice la no-interferencia, la no-coacción de una voluntad sobre otra, no favorecerá ningún plan de vida. Al estar protegidas las libertades individuales, los sujetos particulares pueden desarrollar las concepciones de vida buena que quieran, siempre y cuando no interfieran en el ámbito privado de los otros individuos.

Si se ha partido del hecho de que algunos individuos, por su mayor habilidad racional, han adquirido más derechos sobre las pertenencias que otros, entonces, ¿se puede hablar de igualdad de oportunidades para los individuos? y ¿se puede presuponer que los individuos están dotados de iguales facultades y capacidades para desarrollar sus planes de vida?

Si se presupone una situación prepolítica en la que todos los sujetos como seres racionales tienen iguales capacidades y facultades, entonces la posición económica, social y los beneficios conseguidos, son el resultado de la utilización inteligente y racional de las facultades y capacidades iniciales. Pero esta idea es un mito, pues el «estado de naturaleza» no es más que un constructo teórico que no dice nada sobre el hecho real de que la conformación de los derechos sobre las pertenencias resulta de la combinación del trabajo creativo

individual, con las guerras, las apropiaciones indebidas, las invasiones y los procesos de explotación y esclavización de unos pueblos sobre otros o de unos individuos sobre otros. Por tanto, al conformar hipotéticamente mediante el pacto original al «estado civil», y establecer la inviolabilidad sobre los derechos adquiridos por unos individuos, se extiende un manto de olvido sobre el pasado y se legitima un orden político donde el ámbito de derechos de algunos es mayor en relación con el de otros. Si esto es así, y si además la función del Estado se limita a garantizar la no-interferencia, se niega, por consiguiente, el principio de igualdad de oportunidades. Los individuos cuyos derechos sobre las pertenencias son mayores por su experiencia acumulada, por sus mejores condiciones de vida, educación y salud, estarán en mejor situación para realizar sus respectivos planes de vida. Por el contrario, aquellos que por determinadas contingencias poseen apenas su fuerza de trabajo, tendrán que enfrentarse a dificultades casi insalvables para la realización de sus proyectos y fines. De ser esto así, un Estado semejante perderá, desde el punto de vista de la justicia social, su legitimidad a los ojos de los no-propietarios, es decir, de aquellos que sólo poseen su fuerza de trabajo.

La incoherencia de esta concepción se muestra indicando que algunos de los participantes del ficticio «contrato original» tenían ventajas de acción sobre otros y, por tanto, la adquisición y transferencia de propiedades y bienes se produjo y reprodujo en condiciones desiguales. La ideología del libertarianismo presupone que todos comienzan en condiciones iguales y es responsabilidad de cada uno el tener menos o más. Sin

embargo, la realidad del capitalismo muestra que «los medios de producción se encuentran desde el principio en manos de algunos, y las posibilidades de desarrollo de cada hombre depende de la familia en que ha nacido»<sup>5</sup>.

### 1.2 *El modelo social de la libertad*

El liberalismo social considera imprescindible introducir derechos sociales básicos para alcanzar el ideal normativo de la igualdad de derechos<sup>6</sup>. Al justificar la inclusión de políticas redistributivas de los bienes sociales, este modelo introduce un cambio central en la definición del Estado liberal. Desde un punto de vista normativo, los derechos sociales deben asegurar formas de compensación que permitan una distribución equitativa de la riqueza social y, en este contexto, el Estado liberal no puede limitarse a proteger las libertades negativas, pues el mecanismo del mercado genera por su propia dinámica mayores asimetrías y una creciente desigualdad en las posiciones de poder económico y social.

Los teóricos del modelo social de la libertad tienen frente a sus ojos la economía capitalista y saben que si el Estado no interviene en la orientación de la esfera del mercado, ésta termina por destruir los presupuestos fácticos que hacen posible utilizar, en igualdad de condiciones, los derechos y libertades que pertenecen

5. Véase: E. Tugendhat. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt, Suhramp, 1993, p. 389.

6. Véase: U. Preuss. «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normative Begründung des Wohlfahrtstaates». En: Ch. Sachsse (Hg.) *Sicherheit und Freiheit*. Frankfurt\M., 1990, p. 125 ss.; R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986.

a todos como personas. La inclusión de los derechos sociales propuesta en este modelo debe servir, entonces, para crear las condiciones materiales e institucionales que hacen posible que todos tengan una percepción objetiva de sus derechos civiles y políticos. El sentido del aseguramiento de este mínimo social y económico, es pues, que todos los miembros activos y cooperantes de la sociedad puedan ejercer sus derechos y libertades civiles y políticas.

La tesis central de este modelo afirma que una sociedad justa se fundamenta en la posibilidad de asegurar las condiciones elementales para que todos sus miembros puedan considerarse y reconocerse entre sí como personas iguales, libres y autónomas. Para exponer los elementos de este modelo me apoyo en los argumentos de John Rawls que, al intentar superar las limitaciones del utilitarismo y del viejo liberalismo, desarrolla un modelo amplio de justicia distributiva. Como veremos más adelante, las limitaciones de la propuesta de Rawls están determinadas por su negativa a incluir los derechos sociales como derechos fundamentales.

Si consideramos lo enunciado en los dos principios de la *Teoría de la Justicia* tendremos una idea de lo que significa una sociedad justa en términos rawlsianos. En el primer principio están incluidas las libertades propias de la tradición liberal, desde la libertad de conciencia y expresión, hasta la propiedad privada, así como los derechos ligados con la libertad de asociación y con el ejercicio de la democracia. En el segundo principio se define el procedimiento para minimizar las desigualdades, y el instrumento para compensar o reducir al mínimo las desigualdades en cuanto a talen-

tos, riqueza y poder. Desde la perspectiva del segundo principio de justicia, la estructura de las desigualdades sociales debe organizarse de tal manera que resulten más ventajosas para los menos favorecidos y brinden iguales oportunidades a todos los participantes en el contrato social, para que puedan desarrollar sus talentos y sus proyectos particulares de vida. Con este segundo principio se busca, pues, corregir desigualdades excesivas, mediante políticas sociales de control y de distribución de la riqueza que ofrezcan una protección especial a los menos favorecidos.

El principio rector de la concepción de justicia de Rawls implica, entonces, una distribución justa de los bienes, y ésta solo puede darse en función del favorecimiento de los peor situados en la escala social. Esto supone que el Estado debe intervenir para trasladar los bienes o las ganancias de unos individuos o grupos a aquellos que, como consecuencia de la natural escasez de medios y recursos o del predominio de ciertas concepciones del bien, han resultado desfavorecidos respecto al uso de los mismos.

Para el viejo liberalismo y el neoliberalismo, la función del Estado se reduce a la protección del ámbito mínimo de libertad individual y, por tanto, de la propiedad privada. Por el contrario, el liberalismo en la versión rawlsiana afirma que el Estado, además de proteger los derechos individuales de la libertad, debe asegurar a sus asociados un mínimo económico y social, pues los principios de equidad en la distribución y de igualdad de oportunidades presuponen que todos los miembros de un orden social tengan acceso al uso y disfrute de los bienes sociales básicos.

La definición del mínimo económico y social, establecido por Rawls con la introducción de la teoría de los bienes primarios, ha motivado grandes controversias. Los marxistas, por ejemplo, afirman que con el establecimiento de la prioridad de la libertad, Rawls limita su teoría a la determinación de las libertades negativas. Definidas de esta manera, las libertades del primer principio son, desde la perspectiva de los marxistas, puramente formales, porque los individuos, aunque puedan llegar a reconocerse mutuamente como personas iguales, no pueden en realidad ser iguales si existen desigualdades sociales y económicas extremas.

En su respuesta al marxismo<sup>7</sup>, Rawls introduce la diferencia entre las libertades básicas y su valor para cada persona. Con esta diferenciación señala el malentendido que surge, cuando se cuestiona su teoría por idealista y formal, en torno a los significados de la prioridad de las libertades básicas y del principio de la diferencia. El primer principio tiene prioridad respecto al segundo, sin embargo, existe una conexión normativa interna entre ambos, pues el segundo principio, el de igualdad de oportunidades y de justicia social, es necesario para la realización de los derechos liberales individuales del primer principio<sup>8</sup>. En este sentido, al

---

7. Véase: J. Rawls. *Sobre las libertades*. Barcelona, Paidós, 1992.

8. En su reciente crítica a Rawls, Habermas interpreta esta conexión sistemática entre los dos principios de justicia como «instrumentalización» de los principios de igualdad de oportunidades y de justicia social para asegurar los derechos y libertades básicas. La crítica de Habermas desconoce el sentido de complementación entre los dos principios. En este sentido, hablar de «instrumentalización» es muy excesivo. Véase: J. Habermas. «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism». *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, No. 3, March 1995, pp. 132-180.

articular el primer principio (libertad formal) y el segundo principio (condiciones reales para realizar la libertad formal) se puede obtener una concepción del Estado que defiende la prioridad de la libertad, pero que desarrolla un concepto redistributivo de justicia con el fin de concretar la idea de que sin condiciones reales —materiales— de vida es imposible la realización de la libertad.

Esta respuesta de Rawls es coherente con las premisas de la concepción general de justicia<sup>9</sup> y con la tesis donde se afirma que la estructura de las desigualdades económicas y sociales existentes son aceptables siempre y cuando beneficien a los menos favorecidos. Es coherente, también, con el principio de la diferencia, que intenta corregir las desigualdades excesivas mediante políticas sociales de control y distribución de la riqueza. Sin embargo, podría suceder, de acuerdo con la concepción general de justicia, que para mejorar la posición de los peor situados fuera necesario restringir algunas de las libertades del primer principio<sup>10</sup>, y esto es inaceptable para Rawls.

---

9. La concepción general de justicia dice: «Todos los valores sociales —libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, así como las bases sociales y el respeto a sí mismo— habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos». J. Rawls. *Op. Cit.*, p. 84.

10. Amartya Sen ha mostrado, que en casos especificados, por ejemplo, para evitar una hambruna y mortandad crecientes, sería necesario la violación de los derechos de propiedad de algunas personas. Este autor afirma que «no está del todo claro por qué violar los derechos de propiedad ha de ser rechazable en los casos especificados». Véase: A. Sen. *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona, Paidós, 1997, p. 103.

Para evitar esta situación límite, Rawls introduce la idea de las «condiciones razonablemente favorables»<sup>11</sup>, en las cuales debe primar la libertad. En este sentido se puede afirmar, primero, que Rawls considera sólo el estadio del desarrollo de las sociedades democráticas en el cual existen unas «condiciones razonablemente favorables» para que los asociados puedan dirimir sus conflictos a través de la libre y pacífica discusión; y segundo, que no considera suficientemente sociedades con fenómenos de escasez radical o de desigualdad extrema.

Los miembros de la sociedad constitucional-democrática, que sirve como modelo para la formulación de la teoría de Rawls, cuentan con las condiciones sociales, políticas y culturales «razonablemente favorables» para el establecimiento del principio de la prioridad de las libertades básicas, y allí sería inaceptable la limitación de la libertad en aras del bien público o por supuestas ventajas económicas. Incluso, Rawls aceptaría que en sociedades no democrático constitucionales, pero cercanas a la tradición liberal ilustrada, se limiten las libertades básicas con el fin de conseguir un mejoramiento de las condiciones económicas y sociales, siempre y cuando esto permita avanzar hacia un estadio político, económico y cultural en el cual el valor de la libertad adquiriera un mayor estatus frente a otros valores. Desafortunadamente, Rawls no se ocupa de sociedades no-bien ordenadas.

Martha Nussbaum ha indicado que el problema de la concepción de Rawls consiste en que presupone al

---

11. J. Rawls. *Op. Cit.*, p. 70.

Estado nacional como unidad básica y plantea las preguntas sobre la distribución justa sólo al interior de cada unidad nacional. En este sentido, cuando Rawls afirma que su teoría no es adecuada para resolver problemas de justicia distributiva a nivel internacional o para resolver problemas de justicia en sociedades que no provienen de la tradición liberal ilustrada, está expresando un pesimismo que, según Nussbaum, no tiene fundamento y es peligroso<sup>12</sup>, pues muchos de los más agudos problemas de distribución y justicia, como por ejemplo la escasez de recursos, el hambre, el sostenimiento equilibrado del planeta, son problemas internacionales que requieren para su solución una comunicación transnacional y el esfuerzo y cooperación universal. En este sentido, Nussbaum afirma que una concepción de justicia que limite el problema de la distribución al ámbito de la pertenencia definida por fronteras nacionales y que no intente desarrollar propuestas globales, es una concepción incompleta y anacrónica.

Amartya Sen, en su crítica a Rawls, afirma que una teoría de la justicia orientada por el ideal de una sociedad bien ordenada no debe identificar la igualdad con una distribución igualitaria de los bienes, sino que debe preguntarse por el para qué capacitan esos bienes a los hombres y, además, debe indagar por las desigualdades que se manifiestan, en ese espacio de capacidades, entre los individuos que moralmente no son tolerables. Rawls desarrolla una amplia lista de bienes y los considera como cosas buenas que debería tener cada per-

---

12. M. Nussbaum. «Aristotelian Social Democracy». En: R. B. Douglas, G. Mara und H. Richardson (Eds.) *Liberalism and the good*. New York, Routledge, 1990, p. 210.

sona para poder desarrollar sus dos potencialidades morales, pero no se plantea la pregunta por lo qué los bienes «hacen a los seres humanos», ni se plantea el problema de las distintas cantidades de bienes primarios que pueden requerir dos personas equipadas de forma diferente y situadas en lugares distintos para satisfacer las mismas necesidades. Sen afirma que «El juzgar los niveles de ventaja en función de los bienes primarios nos condena a una moralidad parcialmente ciega»<sup>13</sup>.

A partir de estas argumentaciones se pueden considerar, desde el punto de vista de la justicia social, las limitaciones de este modelo con respecto al asunto de la legitimidad política del Estado. La concepción de justicia de Rawls presenta una nueva versión de una vieja incoherencia de la tradición liberal: todos los individuos son libres e iguales, pero no todos son iguales en cuanto al acceso al raciocinio político y al derecho a disfrutar de las condiciones básicas de bienestar y de acceso a los recursos y oportunidades. Rawls ha respondido a esta crítica diciendo que su concepción de justicia se limita a definir las condiciones de lo que debe ser una concepción política de la justicia para el Estado nacional como unidad básica. Para este caso, es necesario ocuparse solamente de los ciudadanos concebidos como miembros normales, activos y cooperantes. Definido este caso, se debe dar cuenta de los otros, es decir, de los miembros no-normales, de la justicia ante las futuras generaciones y de la justicia internacional. Esta respuesta es insatisfactoria, puesto que,

---

13. A. Sen. «¿Igualdad de qué?». En: S. M. McMurrin (Editor). *Libertad, igualdad derecho*. Barcelona, Ariel, 1988, p. 180.

por ejemplo, un discapacitado funcional puede verse perjudicado como un sujeto de derechos en tanto sus necesidades se miden sólo en términos de unos ciertos bienes sociales. Es insatisfactoria, también, porque si no se satisfacen ciertas condiciones mínimas de bienestar y no se aseguran recursos y oportunidades, no se puede decir que los individuos son realmente libres. Los pobres, los que carecen de trabajo, atención médica, alimentación, vivienda, educación, no son libres, así la Constitución diga que lo son porque les atribuye unos ciertos derechos. Un Estado perdería, entonces, su legitimidad ante aquellos individuos a los que se niegan iguales oportunidades (los discapacitados, los niños abandonados por sus padres, los ancianos pobres), como consecuencia de su incapacidad para asegurar en forma suficiente las condiciones necesarias para el desarrollo de una existencia humanamente tolerable para todos. La legitimidad del Estado desde la perspectiva de la justicia social requiere, entonces, el reconocimiento de un conjunto de derechos sociales, que aseguren las condiciones necesarias para la realización de una vida humana digna.

### *1.3 Conclusión en torno al planteamiento liberal*

Al analizar los modelos *libertariano* y *liberal social* dimos cuenta de algunas de sus debilidades respecto al asunto de la legitimidad del Estado. En la versión *libertariana* éste aparece como ilegítimo frente a una parte de sus asociados — los no propietarios — porque, al establecer la prioridad de las libertades civiles y, en particular, del derecho de propiedad, privilegia las perspectivas de los propietarios. La legitimidad del Estado *liberal social* puede ser cuestionada por una parte

de sus posibles asociados porque, al establecer la prioridad de las libertades básicas, privilegia las perspectivas de los miembros adultos, activos y cooperantes. El problema que se plantea es: ¿puede el liberalismo salir de esta encrucijada introduciendo los derechos sociales como derechos humanos fundamentales?, o ¿esta inclusión supone abandonar los postulados liberales?

Para el libertarianismo, admitir los derechos sociales en la lista de derechos fundamentales, destruye las bases sobre las que se asienta el orden político liberal, porque una imposición redistributiva de los bienes estaría violando el derecho a la propiedad y limitando la autonomía individual. En el caso de Rawls el asunto es dramático. Este autor acepta una redistribución de los bienes con el fin de mejorar la situación de los peor situados, pero no acepta una concepción de Estado en la que las exigencias de una distribución justa de los recursos pueda llevar a una restricción de las libertades contempladas en el primer principio de justicia. Rawls ha tomado una distancia radical frente a aquellas argumentaciones que señalan<sup>14</sup> que el Estado liberal debe asegurar los derechos básicos y conseguir, también, una conexión adecuada con los derechos sociales<sup>15</sup>.

---

14. Por ejemplo, las concepciones de justicia de Tugendhat, Walzer, Kymlicka y Wellmer.

15. En el artículo «La idea de una razón pública» el principio de la diferencia no es objeto de la razón pública porque no pertenece a las esencias constitucionales. Véase: J. Rawls. «La idea de una razón pública». *Isegoría No. 9*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, abril de 1994, pp. 5-40. En «The Law of Peoples» afirma que el principio de la diferencia no puede ser usado para compensar las desigualdades económicas entre los Estados. Mantiene allí la muy problemática tesis liberal según la cual una concepción política de justicia es un asunto doméstico. Wellmer y

La negativa de los neoliberales y de los liberales —como Rawls— a admitir los derechos sociales como derechos fundamentales está relacionada con el peso que tiene la concepción negativa de la libertad en sus respectivos programas de legitimación del Estado. Según esta concepción, el Estado debe proteger y asegurar la esfera privada del individuo definida por medio de los derechos individuales de la libertad. En oposición a ésta, la concepción positiva de la libertad afirma que el Estado debe crear las condiciones materiales, culturales e institucionales que hagan posible a sus asociados valorar la libertad. Las diferencias entre estas dos concepciones no pueden ser tratadas aquí<sup>16</sup>, pero el punto crucial que interesa destacar es, como muy bien lo dice Albrecht Wellmer, que sin la garantía de un mínimo socioeconómico adecuado y suficiente para posibilitar a todos un cierto grado de autonomía y respeto de sí mismo, los derechos básicos liberales pierden su valor a los ojos de los miembros de una sociedad<sup>17</sup>. La forma como este mínimo, expresado en tér-

---

Tugendhat muestran, por el contrario, que una concepción de justicia se debe desarrollar en la perspectiva de una sociedad mundial de ciudadanos (Welt-Bürger-Gesellschaft). Véase: J. Rawls. «The Law of Peoples». En: St. Shute/S. Hurley. (Ed.) *On Human Rights*. New York, 1993, p.p. 41-82.

16. R. Forst presenta un interesante desarrollo de esta discusión al mostrar, mediante la relación entre los conceptos de autonomía y reconocimiento, cómo complementar estas dos concepciones. Véase: R. Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits vom Liberalismus und Kommunitarismus*. Frankfurt/M, Suhrkamp, 1994, p. 347.
17. Véase: A. Wellmer. «Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen Liberalen und Kommunitaristen». En: M. Brumlik und H. Brunkhorst (Hg.) *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main, Fischer, 1993, pp. 173-196. También: A. Wellmer.

minos de derechos sociales, pueda articularse con los derechos civiles, es el mayor desafío para el liberalismo en la actualidad.

## 2. Los planteamientos del igualitarismo

### 2.1 *El modelo de las necesidades básicas*

El planteamiento de las necesidades básicas, desarrollado entre otros por Martha Nussbaum y Amartya Sen, ha jugado un papel central en la discusión política sobre la fundamentación de una concepción de justicia distributiva que incluya los derechos sociales como parte de los derechos humanos fundamentales. El problema de este planteamiento es que, al establecer el catálogo de necesidades cualitativas y cuantitativas que deben ser protegidas por medio de los derechos humanos sociales, hace afirmaciones sustanciales sobre la naturaleza humana. Sin embargo, el planteamiento de las necesidades básicas da soluciones frente a problemas como la pobreza, el hambre y el desempleo.

A diferencia del utilitarismo, que considera la justicia social en términos de la mayor satisfacción de los deseos de los individuos; y de la concepción de Rawls, que entiende la justicia social en términos del aseguramiento de los bienes primarios, el enfoque de Sen afirma que la distribución justa se debe conseguir teniendo en cuenta las capacidades, es decir, se debe hacer que las personas sean iguales en sus capacidades o, por lo menos, en sus capacidades básicas<sup>18</sup>. Sen argumenta

---

«Freiheitsmodelle in der modernen Welt». En: *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*. Frankfurt/M., Suhrkamp, 1993, pp. 15-53.

18. A. Sen. *Bienestar, justicia y mercado*. Op. Cit., p. 77.

que la distribución que parte de las capacidades permite entender la libertad positiva o libertad real pues, al crear las condiciones para que las personas sean capaces de realizar sus metas y alcanzar su propio bienestar, se maximiza la libertad positiva del que menos la tiene y, de este modo, se eliminan todas las desigualdades de libertad positiva. Desde el punto de vista de Sen, la calidad de vida de una persona debe valorarse en términos de sus capacidades y no en términos de su utilidad ni de los bienes primarios.

Para Sen, la característica primaria del bienestar de una persona no se obtiene de la mayor satisfacción de los deseos, ni de la felicidad, sino que debe ser concebida en términos de lo que una persona «puede realizar». De este modo, la característica primaria del bienestar de una persona es el conjunto de realizaciones que consigue, es decir, el conjunto de capacidades que tiene para llevar a cabo libremente el tipo de vida que valora y esto depende del conjunto de capacidades que puede desarrollar.

El problema del planteamiento de Sen es que no da una definición adecuada de las capacidades y olvida que la justicia no puede conseguirse solamente con la ampliación del espacio de las libertades positivas. Sen se equivoca al entender los derechos sociales, en su totalidad, como derechos de libertad ampliados y pasa por alto que «para la conservación de la vida no deben darse únicamente condiciones externas (recursos), sino también capacidades internas. Quien es demasiado joven o demasiado viejo, o está enfermo o discapacitado, no puede ayudarse a sí mismo, aun cuando tenga los recursos. Por esta razón no parece posible asegurar una

existencia humanamente digna de todas las personas en relación con los derechos humanos únicamente mediante la ampliación del concepto de libertad»<sup>19</sup>.

Según Nussbaum, es necesario unir el planteamiento de las capacidades con una determinada teoría del bien. Siguiendo a Aristóteles, la autora norteamericana afirma que la tarea del Estado no se entiende ni se realiza de forma correcta, si no se basa en una teoría del bien humano y de la forma de vida humana preferible. En este sentido, la propuesta de Nussbaum se ocupa, en primer lugar, de la necesaria formulación de una teoría sustancial del bien a partir de la concepción aristotélica y, en segundo lugar, de la definición, a partir de ésta, del mejor orden estatal. De cara a las teorías liberales, centradas más en el problema de la distribución de los bienes —mediante el criterio de la igualdad de recursos de Dworkin o la teoría de los bienes primarios de Rawls—, el planteamiento de las necesidades dice que el bienestar, los recursos y la posesión de bienes no es en sí un bien, pues los bienes tienen un valor cuando son puestos al servicio de la vida y de la acción de los hombres. Así, la pregunta por la distribución justa sólo puede responderse cuando identificamos las actividades y capacidades que pueden ayudar a promover esos bienes en la vida de los hombres y los efectos que producen los distintos conceptos de distribución sobre aquellas.

Mediante la concepción del bien se delinea la totalidad de los fines humanos en todos los ámbitos de la vida y por medio de la lista de condiciones constituti-

---

19. E. Tugendhat. *Op. Cit.*, p. 360.

vas del hombre se establecen las capacidades de funcionamiento básicas para la vida humana. Entre estas capacidades cuentan: poder desarrollar la vida hasta su fin de forma plena, gozar de buena salud, alimentarse adecuadamente, tener una habitación adecuada, evitar el dolor no necesario y tener vivencias placenteras, poder representarse cosas, pensar y juzgar, sentir amor, tristeza, nostalgia y agradecimiento; representarse una visión del bien y reflexionar críticamente sobre la propia vida, poder desarrollar distintas formas de relaciones familiares y sociales, poder vivir en unión con la naturaleza y tratarla con cierto cuidado y poder sentir alegría con actividades placenteras.

Con esta lista de capacidades se establece una teoría mínima del bien como presupuesto para determinar las tareas del Estado. En este sentido, la tarea de la política debe responder a la pregunta ¿cómo es posible promover una adecuada realización de esas actividades y capacidades de los ciudadanos? La función del Estado consiste, por tanto, en asegurar que ningún ciudadano padezca por carencia de medios de vida. En otras palabras, los ciudadanos, en relación con cada una de sus capacidades y en concordancia con su razón práctica, deben recibir el apoyo institucional, pedagógico y material necesario para poder actuar en cada uno de esos ámbitos.

La idea central del planteamiento de las necesidades es que si no se satisfacen las necesidades básicas y si no se proporcionan los recursos y las posibilidades, no se puede pretender que el Estado y la sociedad conserven y protejan los derechos e intereses de todos. Las personas no son realmente libres ni autónomas, si no

satisfacen las necesidades básicas y no poseen las habilidades y recursos para elegir la forma de vida que quieran vivir. Como la relación entre los bienes primarios y las capacidades pueden variar mucho entre individuos, incluso en una misma sociedad, el enfoque de las necesidades identifica niveles mínimos aceptables de ciertas capacidades básicas por debajo de los cuales se considera que las personas padecen de privaciones escandalosas y moralmente intolerables<sup>20</sup>. Estos niveles mínimos corresponden a los derechos sociales, que son, en esta concepción, las pretensiones a un estándar mínimo de satisfacción de necesidades básicas.

Stefan Gosepath afirma, en su crítica al planteamiento de las necesidades, que éste no es suficiente para la determinación del campo de los derechos humanos sociales<sup>21</sup> pues, para poder dar un catálogo de necesidades cualitativas y cuantitativas que sean protegidas por medio de los derechos humanos sociales, el planteamiento de las necesidades tiene que hacer afirmaciones sustanciales sobre la universal naturaleza humana. Según Gosepath, esa determinación cualitativa de aquello que hace dignas de protección las necesidades básicas no puede tener éxito y no es convincente hoy como obligación general, pues las premisas sus-

---

20. El enfoque de las necesidades básicas da distintos tipos de respuesta a problemas reales como la pobreza, la hambruna, la mortalidad infantil, el desempleo. De igual modo, la preocupación por las necesidades básicas puede tratarse, a la luz de este enfoque, de manera diferente dependiendo de cada sociedad y grupo social. Así se evita, en términos de Sen, el «fetichismo de los bienes primarios» o el criterio de una renta mínima garantizada universalmente.

21. S. Gosepath. *Op. Cit.*, p. 167 y ss.

tanciales quedan aferradas necesariamente al contexto de determinadas interpretaciones históricas, culturales, ideológicas y religiosas de la naturaleza humana. La presunción de que puedan converger todas las comprensiones<sup>22</sup> de la existencia humana, a pesar de las diferencias históricas, culturales, ideológicas y religiosas, de tal manera que surja un consenso lo suficientemente grande y sustancial es, desde la perspectiva de Gosepath, infundada<sup>23</sup>.

## 2.2 *El modelo de la política de la igualdad*

A partir de la moral del respeto igualitario, el modelo de la *política de la igualdad* desarrolla un concepto más amplio de justicia distributiva. Según este modelo<sup>24</sup>, la justicia social distributiva tiene que concebirse en función de la fundamentación de una teoría universal de los derechos humanos que comprenda en su núcleo a los derechos humanos sociales. Para realizar este propósito, la *política de la igualdad* diferencia cuatro contextos normativos en los cuales los sujetos pueden obtener su autonomía y alcanzar su reconocimiento e incorpora, además, la tesis del planteamiento de las necesidades en la cual se afirma que el Estado no ase-

---

22. Racionales e ilustradas racionalmente.

23. El problema de la crítica de Gosepath es que sobrevalora el sentido de las afirmaciones sustanciales sobre el hombre. Aunque el bien humano definido a través de las capacidades básicas corresponde, en el caso de Nussbaum a un ideal del bien final tomado de Aristóteles, y en el caso de Sen a un ideal del bien final tomado de Marx, estas correspondencias no desempeñan ningún papel para justificar la distribución de las capacidades como un objetivo político.

24. Para presentar este modelo se retoman las propuestas teóricas de Ernst Tugendhat y Axel Honneth.

gura y protege los derechos e intereses de todos si no se satisfacen las necesidades básicas y se proporcionan los recursos y posibilidades para que cada uno pueda desarrollar la forma de vida que desea. Se trata, en últimas, de construir un concepto amplio de moralidad que sirva para proteger la integridad de los sujetos ante las distintas formas de negación de su reconocimiento<sup>25</sup>.

El reconocimiento de la persona ética supone que ella recibe en sus relaciones familiares y amistades íntimas, un trato afectivo, cuidadoso y amoroso; y en el ámbito de sus relaciones solidarias y comunitarias, una valoración de sus capacidades y particularidades de acuerdo con los valores dominantes en su respectiva forma de vida. El reconocimiento de la persona jurídica supone que obtiene de todos los demás, el respeto a los derechos y pretensiones universales que le corresponden como miembro de una comunidad de derecho. El reconocimiento político es el resultado de la aceptación del estatus que pueda conseguir cada persona como ciudadano, en los procesos de conformación de la voluntad colectiva de una comunidad política. Y el reconocimiento moral es el resultado del respeto a su condición de miembro de la comunidad moral, es decir, del respeto por la libertad de la voluntad de cada persona entendida como un fin en sí misma.

La negación del reconocimiento en cada uno de estos niveles afecta de forma diferente la conformación

---

25. Aquí sigo a: A. Honneth. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1992; A. Honneth. «Reconocimiento y obligaciones Morales». *Revista Internacional de Filosofía Política* No. 8, Madrid, 1996; R. Forst. *Op. Cit.*; R. Forst. «Politische Freiheit». *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* No. 44, 1996, pp. 211-227.

de la personalidad y, por tanto, la constitución de la autonomía y la identidad personal. En el nivel ético familiar, la negación del trato amoroso, cuidadoso y afectivo, imposibilita la conformación de esta relación práctica mediada por la confianza y seguridad de sí mismo. Paralelamente, la negación del reconocimiento de las particularidades y capacidades de una persona, impide el desarrollo del tipo de valoración social que a cada uno le permiten experimentar su valor para la sociedad o para una comunidad determinada. En el nivel del derecho, la negación del reconocimiento de los derechos individuales constituye un menosprecio de la integridad de la persona jurídica e impide la conformación de la dignidad propia. En el nivel político, la negación del reconocimiento de los plenos derechos políticos que le pertenecen a cada miembro de la comunidad como ciudadano, produce formas de exclusión y segregación, y, por tanto, de diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase. En el nivel moral, la negación del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales va acompañada del desprecio absoluto de la integridad del ser humano.

Con la diferenciación de estos cuatro contextos normativos se definen las condiciones en que un sujeto puede asegurar su autonomía como persona y conformar su identidad. El modelo de la *política de la igualdad* afirma, por esto, que la autonomía no puede reducirse a la autodeterminación conseguida mediante el aseguramiento de los derechos y libertades individuales, pues si no se garantizan las condiciones para que los individuos puedan realizar sus planes particulares de vida buena y alcanzar las pretensiones de reconoci-

miento de las identidades colectivas, éstos no conseguirán su autonomía como personas éticas. Si no se aseguran las condiciones que hacen posible la interacción social con base en el respeto a los intereses, necesidades y pretensiones del hombre considerado como persona con iguales derechos y libertades, el sujeto no obtiene su autonomía como persona moral. Si no se ofrece una garantía para que sea viable la cooperación social en términos del respeto mutuo entre personas libres e iguales, el individuo no obtiene su autonomía como persona jurídica. Si no se garantizan las condiciones para que los individuos participen en forma libre e igual en los procesos legislativos mediante los cuales una comunidad se da a sí misma sus leyes, el individuo no obtiene su autonomía como persona política. Y, finalmente, los individuos no alcanzarán su autonomía como personas si no hay una real garantía de que todos los miembros de la sociedad obtendrán las mínimas condiciones sociales y económicas para que puedan realizar la forma de vida que deseen, lo cual significa, que puedan desarrollar plenamente sus habilidades y capacidades como seres humanos.

Si se entiende la moral como un dispositivo para proteger la integridad del ser humano, y ésta depende de que las personas obtengan en cada uno de estos contextos formas diferentes de reconocimiento, entonces, puede establecerse un conjunto de condiciones para formular una concepción amplia y diferenciada de la moral, que supere las limitaciones de un liberalismo centrado en la mera protección de las libertades básicas individuales.

La moral del respeto igualitario afirma que el hombre tiene, en tanto hombre, el derecho a ser respetado de la misma forma que cualquier otro hombre, es decir, tiene derecho a ser un miembro autónomo de la comunidad universal de los hombres. La comunidad universal de los hombres es la idea moral de una comunidad de ciudadanos que reconocen recíprocamente su posición como personas y que establece, como principio, que cada uno trata al otro bajo la perspectiva de la dignidad y el respeto. El reconocimiento recíproco de esa dignidad hace posible el autorreconocimiento de nuestra propia humanidad. A la vez, el reconocimiento de nuestra propia dignidad y de la humanidad que habita en nosotros, permite alcanzar la conciencia de nuestra libertad y rechazar toda forma de relación en la que el hombre sea utilizado como medio.

Respeto significa, pues, reconocimiento como sujetos con una dignidad, es decir, reconocimiento como sujetos de derecho. Aquello a lo que nosotros tenemos derecho como hombres, como sujetos de derecho (personas), no puede ser utilizado por otros como medio, no puede ser instrumentalizado. Las acciones que violan el deber de respetar a los demás hombres dañan al hombre en su legítima pretensión. En este sentido, la moral universalista y el derecho que de ella deriva, tienen como función impedir que se dé tal transgresión.

La prioridad de la moral se debe a la naturaleza de su objeto, el cual consiste en la protección y aseguramiento de las condiciones básicas de la racionalidad humana establecidas en la forma de los derechos humanos fundamentales o derechos morales. El reconocimiento de estos derechos representa la garantía de

una noción mínima de justicia, sin la cual es imposible la construcción de un orden social justo. De este modo, un Estado moralmente bueno, desde la perspectiva de la justicia social, sería aquel en el cual el individuo logra la autorrealización en el marco de sus relaciones éticas constitutivas y valores éticos fundamentales; la autodeterminación en el nivel jurídico al obtener de los otros, en su comunidad de pertenencia, respeto a sus derechos y libertades individuales; el reconocimiento como ciudadano con plenos derechos y libertades políticas; y el respeto a su dignidad como miembro de la comunidad moral, al ser reconocido como persona con iguales derechos y libertades fundamentales. El modelo de la *política de la igualdad* supone, además, que un orden social no es justo mientras no estén garantizadas las condiciones sociales y económicas que hacen viable la realización de una vida humana digna.

Mientras que el modelo de una sociedad justa, según la *comprensión liberal de la política* (libertariana y liberal social), se construye en función del aseguramiento de las libertades individuales negativas; el modelo de una sociedad justa, según la comprensión igualitaria de la política, se diseña en función de garantizar la autonomía privada y pública de las personas y el conjunto de condiciones materiales e institucionales que hacen posible para todos los hombres vivir dignamente su vida.

Para la *comprensión igualitaria de la política*, el Estado es legítimo desde el punto de vista de la justicia social, si de él forman parte ciudadanos que tienen un respeto mutuo por la autonomía de sus semejantes; respeto que sólo puede formarse y desarrollarse si el

Estado les garantiza a todos los miembros de una sociedad las condiciones elementales para una vida humana digna. Estas condiciones, definidas a través de las ya mencionadas formas del reconocimiento, y expresadas en forma de derechos, comprenden los derechos civiles y políticos y los ya enumerados derechos sociales, es decir, el derecho a la educación, al trabajo, a un adecuado nivel de vida, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, incapacidad o vejez<sup>26</sup>. A través de esta concepción de justicia social distributiva es posible fundamentar, con cierta plausibilidad, la idea de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales.

Contra la concepción que introduce los derechos sociales como parte constitutiva de los derechos humanos hay fuertes réplicas. Por ejemplo, la concepción sistemática del moderno Estado de Derecho liberal señala que los derechos fundamentales, en sentido propio, son tan sólo los derechos individuales de la persona humana individual. Derechos fundamentales son, como escribe Carl Schmitt, «sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado»<sup>27</sup>. Los derechos fundamentales son esferas de la libertad, de las que resultan derechos de defensa. Los derechos fundamentales son, en este senti-

---

26. Véase: E. Tugendhat. *Op. Cit.*, p. 361.

27. C. Schmitt. *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza, 1982, p. 169.

do, sólo los derechos de libertad individual, pero no los derechos políticos, ni las exigencias sociales.

Robert Alexy agrupa las objeciones contra los derechos sociales en dos argumentos complejos, uno formal y otro material. El primero dice que los derechos sociales fundamentales no son justiciables<sup>28</sup>. Esta tesis se apoya en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos sociales es impreciso. Para poder ser justiciables, los derechos sociales deben ser unívocos y, en el caso del derecho fundamental más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea algunas dificultades. Sin embargo, este argumento no es concluyente porque, en realidad, «las dificultades en la determinación del contenido exacto de derechos [...], no es algo insólito en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho»<sup>29</sup>. Se puede afirmar que todos los derechos fundamentales, y no solo los derechos sociales, requieren de estipulaciones arbitrarias.

Complementariamente, se señala que si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, entonces se produce un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional. «A causa de los considerables costos financieros vinculados con el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, la existencia de derechos fundamentales sociales amplios judicialmente imponibles conduciría a que la política presupuestaria estaría determinada, en partes esenciales por el dere-

---

28. R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482 ss.

29. *Ibíd.*, p. 490.

cho constitucional»<sup>30</sup>. Para evitar este resultado constitucional insostenible, dice Alexy, queda como salida concebir las normas que confieren derechos fundamentales sociales, como normas no vinculantes, es decir, como normas no sometidas al control del Tribunal Constitucional.

Este argumento tiene dos puntos débiles. Primero, olvida que no sólo los derechos sociales sino también, los derechos a la libertad, requieren de recursos que en determinadas situaciones pueden faltar. Segundo, tiene limitaciones para aceptar que quien reconoce los derechos sociales debe aceptar, por razones pragmáticas y de teoría democrática, que los derechos sociales deben ser fijados en la Constitución como derechos humanos fundamentales. «Esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria»<sup>31</sup>. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que no pueden ser entregados sin más a la decisión democrática y de cada Estado.

Por último, Alexy presenta el argumento *material* en contra de los derechos fundamentales sociales. Este argumento aduce que estos derechos son inconciliables con normas constitucionales materiales que confieren derechos de libertad. «El argumento material es un argumento de libertad *en contra* de los derechos fundamentales sociales que se apoyan en un argumento

---

30. *Ibíd.*, p. 491.

31. *Ibíd.*, p. 495.

de libertad»<sup>32</sup>. Así, si la aplicación de los derechos humanos sociales tiene como consecuencia la limitación de los derechos de libertad, estamos ante un verdadero conflicto. Para los defensores del planteamiento *libertariano*, la exigencia de limitar los derechos de propiedad por razones de justicia social significa una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los medios de producción. Para los defensores del planteamiento *igualitario*, —cuando el derecho de propiedad conduce a una limitación de la libertad real de otros—, la necesidad de limitar los derechos de la libertad se justifica para hacer viable que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social. El modelo de la *política de la igualdad* sostiene que los derechos sociales pertenecen, junto con los derechos individuales de libertad y los derechos políticos de participación y comunicación, a los tipos de derechos que tienen que estar presentes en una democracia liberal moderna.

Sustentar claramente que la injusticia no sólo es consecuencia de la privación del reconocimiento de la autonomía (privada y pública) de las personas, como lo afirma la *política de la libertad* en sus variantes libertaria y social, sino que tiene que ver con las consecuencias que se siguen de las distintas formas de negación del reconocimiento anteriormente esbozadas, permite establecer los criterios normativos para redefinir las funciones y tareas del Estado. Con la introducción de estos criterios normativos buscamos ir más allá de la *comprensión liberal de la política* para defender un

---

32. *Ibíd.*, p. 492.

modelo de sociedad y de Estado que sirva como alternativa real a los conflictos que nos afectan hoy, y que haga que nos tomemos más en serio la posibilidad de realización de los ideales de justicia, libertad y respeto igualitario.



**DERECHOS ECONÓMICOS Y  
SOCIALES, DERECHOS  
DIFERENCIADOS Y CIUDADANÍA**

LILIANA MARÍA LÓPEZ LOPERA



En el texto *El problema de la guerra y las vías de la paz*<sup>1</sup>, Norberto Bobbio afirma que la reflexión sobre los derechos humanos no remite exclusivamente a la búsqueda de los fundamentos absolutos y de carácter universal de estos derechos, sino también, al análisis de los mecanismos de protección que a ellos subyacen. Se puede o no estar de acuerdo con la apreciación de Bobbio, sin embargo, es importante anotar que la construcción de espacios de interrelación entre estas dos dimensiones del problema sólo puede lograrse si se asume que el punto central de discusión no es la búsqueda de fundamentos absolutos sino la indagación por los fundamentos posibles, y esto sólo puede ha-

---

1. N. Bobbio. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 1992.

cerse a partir del estudio de las condiciones, los medios y las situaciones que hacen que la defensa de los derechos humanos no sea una empresa desesperada e inútil. En este contexto, la discusión sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos, que puede parecer meramente especulativa, se convierte en una reflexión teórica y política que debe incidir, de alguna manera, en la práctica y la garantía real de los derechos humanos.

Se puede afirmar que existe cierto conocimiento y reconocimiento de los contenidos que subyacen a la idea de los derechos humanos. Existe, igualmente, una notable ampliación en la concepción de ellos y un avance fundamental en la legislación nacional e internacional para su protección. Sin embargo, también existe un notable déficit en la «protección efectiva» de los derechos económicos y sociales, de los derechos diferenciados y del derecho a la vida. En términos generales, se puede señalar que la mayoría de los países del mundo occidental han avanzado en la construcción de los instrumentos jurídicos, políticos y de medición para la protección de los derechos individuales pero, muchos de ellos, tienen limitaciones a la hora de promover y defender los derechos sociales y económicos, y los derechos diferenciados.

Cuando pensamos en estas limitaciones, y en la necesidad de superarlas, nos vemos abocados a introducir en el debate la reflexión sobre la ciudadanía social y, fundamentalmente, la discusión sobre el carácter fundamental e inalienable de los derechos individuales, sociales y políticos (integralidad) y, la discusión sobre la necesaria existencia de derechos genera-

les y abstractos que garanticen el respeto a la dignidad e integridad de todos y cada uno de los seres humanos (universalidad), independientemente de su pertenencia cultural y nacional.

Desde la perspectiva ética y filosófica, estas discusiones giran en torno a la búsqueda de los principios que integran a los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, bajo un referente de universalidad que se sustenta en la defensa de la dignidad humana. Desde la perspectiva jurídica y política, estas discusiones giran en torno a la búsqueda de los instrumentos y mecanismos que se deben establecer para que el Estado pueda garantizar los derechos humanos en su integralidad y universalidad.

En la primera parte de este artículo, se presentan algunas ideas sobre el carácter integral de los derechos humanos. El objetivo es mostrar que los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales para el ejercicio de la libertad individual y la autonomía política. En la segunda parte, se presentan las tesis de Will Kymlicka sobre la ciudadanía multicultural y los derechos diferenciados para sociedades multiculturales y multinacionales. Finalmente, en un tercer apartado, se presentan algunas tesis orientadas a defender el carácter universal de los derechos humanos. Esta defensa se realiza a partir del principio de la igual dignidad de todos los seres humanos.

## **1. Sobre la integralidad de los derechos humanos**

La gran particularidad de los derechos sociales y económicos — como la salud, la educación, la seguridad social y el derecho al trabajo —, es que desafían los

marcos estrictamente constitucionales —aún los más progresistas—, pues su garantía y protección es un asunto más político que jurídico, en la medida en que exige que el Estado asuma obligaciones y deberes de hacer (acciones positivas), es decir, acciones políticas que tienen como trasfondo reformular el papel que debe cumplir el Estado para garantizar la existencia de la sociedad<sup>2</sup>.

Cuando se dice que la garantía de los derechos económicos y sociales exige replantear la acción clásica atribuida al Estado se hace referencia a la visión del liberalismo individualista y del liberalismo clásico, que postula la idea del Estado mínimo o el Estado encargado, únicamente, de garantizar los derechos básicos de la libertad individual y la propiedad. Para los autores que defienden y fundamentan el liberalismo individualista y el liberalismo clásico, las necesidades económicas y sociales de los ciudadanos no deben ser formuladas en términos de derechos, pues esto produce un crecimiento peligroso del poder del Estado y, como correlato, amenaza el espacio de las libertades individuales. Desde la perspectiva liberal clásica, la función del Estado se reduce, entonces, a la protección del ámbito privado y esto supone su no intervención en la lógica del mercado.

Si entendemos que los derechos económicos y sociales son aquella parte de los derechos humanos que nombra las condiciones mínimas que todo ser huma-

---

2. Sobre la importancia de los derechos sociales y su relación con los derechos políticos véase: E. Tugenhaf. »Liberalismo, libertad y la cuestión de los derechos humanos«. En: L. C. Leiva (Comp) *El liberalismo como problema*. Caracas, Monte Avila, 1992, p. 333.

no necesita para desarrollarse como un sujeto libre y para ejercer sus derechos políticos, entonces tendríamos que reconocer, contrariando al liberalismo clásico, que el ejercicio de los derechos políticos e individuales sólo es posible si se garantizan condiciones favorables para ello, es decir, si se postula un Estado con un margen importante de intervención, regulación y conducción política sobre la sociedad y el mercado.

Una visión integral de los derechos humanos se fundamenta, desde esta perspectiva, en la búsqueda de mecanismos de protección del ámbito privado —la libertad individual—, y en el reconocimiento de las limitaciones que existen para alcanzar esta protección en condiciones sociales marcadas por la pobreza y la desigualdad extrema. En este sentido, el discurso y la práctica de los derechos humanos debe estar orientado a garantizar la protección de las libertades individuales y de los derechos que permiten la realización de éstas, esto es, los derechos sociales y económicos. De allí que la real vigencia de los derechos humanos, como derechos individuales, económicos, sociales y culturales, sólo puede pensarse en un Estado democrático en el que confluyan dos ideales: a) el respeto a las libertades civiles y políticas de los individuos y, b) la defensa de una idea de ciudadanía sustentada en la pretensión de disminuir y atenuar las desigualdades económicas y sociales.

Estos dos ideales, que se apoyan en la diferencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales, permiten pensar las relaciones entre derecho y poder en una doble dirección: en primer lugar, se debe señalar que los derechos

civiles e individuales colocan límites al poder soberano, es decir, este tipo de derechos se estructuran bajo la forma de expectativas negativas e imponen al poder político deberes de no hacer, prohibiciones<sup>3</sup>. En segundo lugar, se debe tener presente que los derechos sociales y económicos convierten al Estado en una instancia positiva encargada de satisfacer las demandas de bienestar y dignidad humana, es decir, este tipo de derechos se estructuran bajo la forma de expectativas positivas e imponen deberes de hacer<sup>4</sup>, obligaciones, al poder político.

El reconocimiento a esta doble función del Estado replantea la discusión acerca de los actuales espacios de intervención de éste y permite afirmar, como conclusión, que el Estado democrático sólo puede constituirse a través de la garantía plena de los derechos civiles y políticos, y de su intervención regulativa en la esfera económica para proveer condiciones de vida digna que hagan posible y creíble el pleno ejercicio de la ciudadanía, es decir, condiciones de vida que den forma a una idea de ciudadanía en la cual se presente, como señala Ralf Dahrendorf, una real relación de

- 
3. La libertad negativa se identifica con la defensa de las libertades y los derechos individuales y con la lucha contra toda forma de intromisión del Estado y de los demás en el ámbito privado. La libertad negativa se entiende como la autonomía en la esfera individual —exclusiva jurisdicción del individuo—, en la cual no puede existir ninguna interferencia externa. Este es el carácter que adquieren los derechos humanos bajo la tradición liberal. Véase: I. Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid, Alianza, 1988, p. 191.
  4. Sobre el tema de los derechos sociales como derechos fundamentales véase: C. Yturbe «Sobre los derechos fundamentales». En: N. Rabotnikof et al. *La tenacidad de la política*. México, Universidad Autónoma de México, 1995, pp. 151-171.

complementariedad entre las provisiones y las titularidades<sup>5</sup>.

Dahrendorf, en su reflexión sobre la ciudadanía en sociedades marcadas por un fuerte estado de incertidumbre, muestra que en el contexto del conflicto social moderno, que se estructura en la relación riqueza-derechos o pobreza-derechos, la idea de la ciudadanía debe ser pensada mucho más allá de la simple garantía de derechos civiles, políticos y sociales. Este autor, en un permanente diálogo con las tesis de T.H. Marshall<sup>6</sup>, afirma que este autor tiene razón cuando afirma que uno de los acontecimientos más importantes de la modernidad fue la creación del Estado nación como vehículo central para que el contrato social moderno ocupara el lugar de los vínculos feudales. Para Dahrendorf, la alianza del nacionalismo y el liberalismo fue, efectivamente, una gran fuerza

- 
5. La finalidad de las titularidades es abrir puertas a productos que no siempre son de tipo económico, por ejemplo el derecho al voto. Las provisiones, como complemento de las titularidades, son opciones en el sentido del objeto a elegir, por ejemplo la existencia de una sola lista y un sólo partido. Sobre este tema véase: R. Dahrendorf. *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*. Madrid, Mondadori, 1990, p. 12.
  6. El eje central del argumento de T. H. Marshall gira en torno a la construcción de una concepción de la ciudadanía como posesión de derechos, es decir, de una ciudadanía que debe ser entendida como ese mecanismo que, al otorgar a los individuos un número de derechos, asegura que éstos sean tratados como miembros plenos de una sociedad de iguales. En este sentido, la idea de la ciudadanía como estatus —cuya sustancia está dada por la existencia de un formidable cuerpo de derechos— constituye, según T. H. Marshall, esa forma de pertenencia a una comunidad orientada hacia el logro de un principio de igualdad humana básica. Véase: T. H. Marshall. «Ciudadanía y clase social». En: T. H. Marshall y T. Bottomore. *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza, 1998, pp. 20-21.

emancipadora al generalizar la idea de los derechos de ciudadanía.

Igualmente, Dahrendorf afirma, siguiendo a Marshall, que la ciudadanía describe los derechos civiles, políticos y sociales que le garantizan al individuo ser miembro de una unidad social (el Estado nación). Está de acuerdo con Marshall cuando afirma que el núcleo básico de la ciudadanía es que los individuos estén sometidos al derecho y sean iguales ante la ley. Finalmente, acepta la tesis de Marshall sobre la importancia que tuvo el proceso de extensión de los derechos de ciudadanía, en el contexto del Estado de Bienestar, para superar las desigualdades cualitativas.

Sin embargo, y contra la tesis de Marshall que suponía que a través de la extensión de los derechos de ciudadanía los individuos podrían avanzar hacia mayores cotas de justicia social y de inclusión, Dahrendorf señala que el mundo de hoy está marcado por un conflicto en el cual el crecimiento económico y social coexiste con la pobreza<sup>7</sup>, las necesidades del mercado compiten con las demandas de justicia social y la consolidación de los derechos de ciudadanía va acompañada de una sensación de declive en las condiciones de vida de muchos hombres, y de un creciente temor de los individuos a quedar excluidos y marginados del desarrollo.

---

7. De los 5000 millones de seres humanos que pueblan el globo a finales de la década de 1980, cerca de mil millones forman parte del mundo que goza de derechos plenos de ciudadanía. Pero al otro extremo de la escala, otros 800 millones se encuentran marginados. La mayor parte de estos últimos pueden abrigar la esperanza, como mucho, de sobrevivir dentro de su ciclo tradicional de pobreza. Véase: R. Dahrendorf. *Op. cit.*, p. 12.

En su intento por describir el conflicto social moderno y repensar desde allí el problema de la ciudadanía y los derechos, Dahrendorf presenta lo que él denomina la «paradoja de Martínez»<sup>8</sup> que plantea, fundamentalmente, el problema del crecimiento sin redistribución o la distribución sin crecimiento. A través de esta paradoja, Dahrendorf muestra que la ciudadanía propuesta por Marshall tiene que ser reevaluada en términos de un conflicto social que gira en torno a la distinción entre el acceso de la gente a las cosas y las cosas que están realmente allí para que las puedan desear.

Plantear el conflicto social moderno en términos de la «paradoja de Martínez» obliga, entonces, a pensar la ciudadanía en términos de los conceptos de titularidad y provisión. Siguiendo la pista de Amartya Sen, Dahrendorf señala que el concepto de titularidad expresa «una relación entre las personas y los productos de consumo mediante la cual se «legitimiza» el acceso a y el control de ellos»<sup>9</sup>. Las titularidades conceden a las personas una pretensión legítima hacia las cosas, es decir, el derecho «para disponer de cosas a través de los medios legales». Son medios de acceso definidos

---

8. Esta paradoja narra la respuesta que dio el Ministro de Comercio Exterior de Nicaragua a Dahrendorf, en 1986, cuando este último llamó su atención sobre las pocas existencias que había en las estanterías de los supermercados. El ministro Martínez señaló: «parece usted muy crítico ante el hecho de que no haya mucho que comprar en las estanterías de nuestras tiendas. Puede que sea cierto, pero permítame decirle algo. Antes de la revolución nuestros supermercados estaban llenos. [...] Pero la mayoría no podía permitirse comprar nada de ello». Véase: R. Dahrendorf. *Op. Cit.*, 28.

9. *Ibíd.*, p. 30.

socialmente que incluyen «los derechos básicos», garantizados constitucionalmente y «asociados al hecho de ser miembro de una sociedad»<sup>10</sup>. Desde la perspectiva de Dahrendorf, los tres tipos de derechos de ciudadanía enunciados por Marshall son titularidades.

La finalidad de las titularidades es abrir puertas a productos que no siempre son de tipo económico. Estas puertas siempre nos deben colocar ante una opción de elección que describe tanto la acción de elegir como el objeto a elegir. Las provisiones, como complemento de las titularidades, son opciones en el sentido del objeto a elegir. En términos de Dahrendorf, son esas «cosas» que encontramos cuantitativamente como opción, para hacer uso de las titularidades<sup>11</sup>.

Cuando Marshall describe la historia de los derechos civiles, políticos y sociales está describiendo la historia de las titularidades y, fundamentalmente, está construyendo la idea de la ciudadanía como titularidad (idea que Dahrendorf comparte plenamente). Sin embargo, en la tesis de Marshall sobre la incidencia de la ciudadanía en la desigualdad social (en términos del avance de la sociedad hacia una mayor ecuanimidad y justicia), se aprecia, según Dahrendorf, un desconocimiento total a las fronteras que trazan las provisiones sobre las titularidades, es decir, un desconocimiento total de la doble cara del conflicto social moderno, el de las provisiones sin titularidades y el de las titularidades sin provisiones.

---

10. *Ibid.*, p. 32.

11. Para aclarar los conceptos de titularidades y provisiones es importante citar un ejemplo: Desde el enfoque de Dahrendorf el derecho a votar es una titularidad; la existencia de un solo partido y una sola lista es una provisión. *Ibid.*, p. 33.

Lo que intenta destacar Dahrendorf es que la tesis sobre el papel de los derechos de ciudadanía en la desaparición de las desigualdades cualitativas y en la reducción de las desigualdades cuantitativas, resulta muy poco clara a la luz de las transformaciones de las pautas de desigualdad y de los conflictos resultantes de ellas. Las transformaciones del mundo moderno han hecho que algunas de las desigualdades cualitativas, de las que hablaba Marshall, se conviertan en diferencias cuantitativas y que algunas de las diferencias cuantitativas se conviertan en diferencias cualitativas. Esto abre otro campo de demandas por nuevas titularidades y vuelve más agudo el problema de la relación entre derechos y provisiones.

Intentando responder a la «paradoja de Martínez», Dahrendorf afirma que la única posibilidad de enfrentar el conflicto social moderno, en términos del ejercicio pleno de la libertad y la ciudadanía, es encontrar un punto en el cual la abundancia de bienes y la capacidad de acceso a ellos esté garantizada para todos los individuos. Caminar hacia el bienestar humano sólo se puede hacer creando una sociedad en la que se garantice un equilibrio entre las titularidades y las provisiones. Se trata fundamentalmente, de crear un mundo global de oportunidades vitales en el cual la gente tenga acceso a los mercados, a la política y a la cultura en un universo de amplias provisiones y oportunidades variadas. La sociedad que ofrezca ambas cosas reconstruirá plenamente la idea del bienestar y la ciudadanía.

Según Dahrendorf, estas nuevas oportunidades vitales, que son producto no sólo de las titularidades sino

también de las provisiones, introducen dos elementos nuevos al debate sobre la ciudadanía; las opciones y las ligaduras. Las opciones nombran «las posibilidades de elección que las personas se han abierto a sí mismas; las ligaduras son las coordenadas que dan significado a estas posibilidades de elección u opciones»<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, la cuestión general acerca del conflicto social y la ciudadanía hoy, es que las *oportunidades vitales* puedan incrementarse, y esto sólo se puede lograr con la construcción de una sociedad civil mundial que, a partir de la defensa de la idea de la integralidad de los derechos humanos, funcione como palanca para impulsar el desarrollo equilibrado de las titularidades y las provisiones. En este sentido, las demandas de unión de justicia y libertad —o de provisiones y titularidades— sólo se pueden lograr a través de la construcción de una comunidad de ciudadanos que: a) haga que los derechos se compadezcan con las diferencias de raza, religión y cultura, b) fomente el civismo, la actividad y la competencia de manera universal; y c) convierta los derechos de ciudadanía en principios integrales y categóricos de la agenda mundial. En palabras de Dahrendorf, «la búsqueda de una sociedad civil, y, en último término, de una sociedad civil mundial, es la búsqueda de derechos universales e iguales en un marco constitucional que domestique el poder, de manera que todos puedan disfrutar de la

---

12. Las opciones son las posibilidades de elección, en términos de titularidades y provisiones, existentes en las estructuras sociales. Las ligaduras se refieren a la integración de las personas en grupos de pertenencia; también podría denominárseles vinculaciones. *Ibid.*, p. 38.

ciudadanía como fundamento de sus oportunidades vitales»<sup>13</sup>.

## 2. Los derechos multiculturales y la ciudadanía diferenciada

El segundo aspecto que se debe destacar en la reflexión actual sobre los derechos humanos es la tensión existente entre aquellos enfoques que defienden una concepción universal de los derechos y aquellos que postulan la tesis de lo multicultural. Esta tensión puede ser abordada, teóricamente, analizando la forma diferencial como se concibe al sujeto de derechos y el papel del Estado en el debate entre liberales y comunitaristas. Y políticamente se puede abordar a partir de la descripción y el análisis de las luchas por el reconocimiento que realizan diferentes grupos minoritarios en sociedades multiculturales y pluriétnicas. La fundamentación teórica y política de los derechos humanos está inmersa, de una u otra manera, en esta discusión pues, las reivindicaciones por derechos multiculturales<sup>14</sup>, realizadas por la tradición teórica comunitarista y los grupos minoritarios, están planteando la necesidad de repensar el carácter universal atribuido a los derechos humanos<sup>15</sup>.

---

13. *Ibid.*, p. 59.

14. Boaventura de Sousa Santos es un defensor de la necesidad de reconceptualizar los derechos humanos en términos multiculturales. Véase: B. de Sousa Santos. «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos». *Análisis Político No. 26*, Santafé de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, septiembre-diciembre de 1995, pp. 3-16.

15. Como bien se sabe la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra unos parámetros de alcance universal que, por lo menos

Las sociedades actuales, plurales y multiculturales, se alejan cada vez más del ideal modélico de un orden culturalmente homogéneo. Ellas presentan, como uno de sus rasgos fundamentales, la existencia de minorías étnicas, raciales y sexuales que demandan a la cultura mayoritaria políticas de reconocimiento orientadas a la protección de sus derechos diferenciados.

El auge de estas formas de vida diferenciadas cuestiona la primacía que otorga la política liberal a los derechos y libertades negativas y, al mismo tiempo, pone en entredicho la neutralidad que el Estado liberal reclama respecto a los grupos y minorías etnoculturales. Este doble cuestionamiento al núcleo central de las democracias liberales afecta la idea de ciudadanía entendida universalmente como la garantía de igualdad de todos los individuos ante la ley.

Will Kymlicka con su tesis sobre la ciudadanía multicultural muestra, sin embargo, que el reclamo por los derechos diferenciados de las minorías nacionales y las minorías culturales puede ser compatible con los principios liberales de la ciudadanía pues, para este autor, una teoría democrática liberal de la ciudadanía no sólo se refiere a la relación de los individuos con el Estado sino, también, al necesario reconocimiento del estatuto legal y político de los grupos etnoculturales<sup>16</sup>.

Una de las razones que lleva a los liberales a oponerse a los derechos de grupo, entendidos equivocadamente como derechos colectivos, se encuentra en los

---

tendencialmente, deberían ser válidos para todos los Estados del mundo y tener como beneficiarios a todos los seres humanos.

16. Véase: W. Kymlicka. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, Paidós, 1996.

riesgos que para la garantía de los derechos individuales tienen el uso y el abuso de los derechos de las minorías (caso de los fundamentalismos, la segregación racial y el *apartheid*). Con su argumento Kymlicka intenta demostrar que es posible desarrollar una teoría liberal de los derechos de las minorías en la cual los derechos de los grupos étnicos y nacionales coexistan con los derechos humanos y, complementariamente, se vean limitados por los principios de la autonomía individual, de la democracia y de la justicia social.

### 2.1 *La idea del multiculturalismo*

Kymlicka considera que la variabilidad de contextos y significados con los que se ha nombrado el multiculturalismo ha hecho que este fenómeno pierda su capacidad para designar un cuerpo analítico e ideológico concreto. Por ello, en el mundo actual es necesario establecer distinciones entre las diferencias étnicas y el pluralismo cultural.

Las sociedades, según su tesis, pueden ser multiculturales, multinacionales o las dos cosas al mismo tiempo. En el primer caso, la diversidad cultural surge de la inmigración voluntaria e involuntaria de grupos étnicos, culturales y raciales que desean integrarse y ser ciudadanos de la sociedad a la que llegan. El reclamo de estos grupos a la sociedad y al Estado es por el respeto a sus particularidades culturales.

En el caso de los Estados multinacionales la diversidad surge de la presencia dentro del Estado nacional de culturas minoritarias que disfrutaban de formas de autogobierno y que, por lo general, se encontraban territorialmente concentradas. Su reclamo se orienta, entonces, hacia el reconocimiento como sociedades

distintas a través del establecimiento de mecanismos que posibiliten la autonomía y el autogobierno en territorios geográfica y culturalmente demarcados.

Los reclamos y exigencias de las minorías multiculturales y multinacionales están orientados a postular tres formas de derechos diferenciados: los derechos de autogobierno, los derechos poliétnicos y los derechos especiales de representación. Estos tres tipos de derechos, que definen a su vez tres tipos de ciudadanía diferenciada, intentan articular las diferencias nacionales y étnicas, en una sociedad estable y moralmente defendible, con los principios de organización política que dan forma a la ciudadanía liberal.

Los derechos de autogobierno, que constituyen el primer tipo de derechos diferenciados, intentan responder a las demandas que hacen culturas minoritarias, presentes en los Estados multinacionales, por algún tipo de autonomía jurídica y política, por el respeto territorial y, en unos casos extremos, por alguna forma de autogobierno ligado al separatismo y la secesión<sup>17</sup>. El mecanismo por excelencia para reconocer las reivindicaciones de autogobierno, dentro del estado liberal, es el federalismo, pues, «allá donde las minorías nacionales están concentradas territorialmente, se pueden trazar los límites de las subunidades federales de manera que la minoría nacional forme una mayoría en cada una de estas subunidades. Bajo estas circunstancias el federalismo puede ofrecer un amplio autogo-

---

17. Estos casos extremos se presentan cuando estos grupos consideran que su autodeterminación es imposible dentro del Estado en el cual se encuentran territorialmente inscritos.

bierno a una minoría nacional garantizando su capacidad de tomar decisiones en determinadas esferas sin sufrir el rechazo de la sociedad global»<sup>18</sup>.

El federalismo sólo puede servir de mecanismo de autogobierno si la minoría nacional constituye una mayoría al interior de cada subunidad federal<sup>19</sup>. De esta forma, los derechos de autogobierno replantean la función integradora de la ciudadanía, pues las minorías que se convierten en mayorías nacionales no procuran una integración a la comunidad política principal sino que, por el contrario, cuestionan la autoridad y permanencia de ella. En este sentido, los derechos de autogobierno dan forma al caso más claro de ciudadanía diferenciada al producir un conflicto entre la ciudadanía como pertenencia a la comunidad política global y la ciudadanía como pertenencia a una subcomunidad federal<sup>20</sup>.

Más allá del reclamo por separación y autonomía propio de las minorías nacionales encontramos, en segundo lugar, los reclamos de los grupos étnicos y culturales en sociedades multiculturales como Canadá, Estados Unidos y Suecia. Desde la perspectiva del multiculturalismo estos grupos reclaman a la sociedad

---

18. W. Kymlicka. *Op. Cit.*, p. 48.

19. Este es el caso de Quebec en Canadá.

20. Pensar que en aras de la ciudadanía común se pueden rechazar reivindicaciones de autogobierno implica, según Kymlicka, aumentar el deseo de secesión y separatismo de las minorías nacionales. Al parecer, los Estados democráticos multinacionales que no reconocen a sus minorías nacionales derechos de autogobierno son inestables y carecen de una noción de ciudadanía común porque la comunidad política principal se encuentra cuestionada y condicionada por las minorías nacionales.

mayoritaria, de la cual pretenden diferenciarse y no separarse, derechos de inclusión que deben ser entendidos como derechos poliétnicos y derechos especiales de representación.

Los derechos poliétnicos, que constituyen el segundo tipo de derechos diferenciados, intentan garantizar la convivencia de la particularidad y la diferencia, en sociedades multiculturales, sin que ello atente contra la estabilidad de la sociedad política mayoritaria. Los grupos étnicos, fundamentalmente inmigrantes, no constituyen, como en el caso de las minorías nacionales, una amenaza a la unidad y estabilidad del Estado pues, a través de los derechos poliétnicos, estos grupos manifiestan un deseo de inclusión y compromiso con las instituciones que fomentan la unidad social.

Complementariamente, los derechos especiales de representación, que constituyen el tercer tipo de derechos diferenciados, expresan el reclamo de grupos minoritarios por el reconocimiento de la igualdad en la diferencia. Por medio de estos derechos, las minorías etnoculturales exigen a la cultura mayoritaria la garantía para ser ciudadanos de ella. Según Kymlicka, estos derechos son una práctica arraigada y ampliamente aceptada por las democracias liberales pues, en ellas «hay una creciente preocupación porque el proceso político no es representativo, en el sentido de que no consigue reflejar la diversidad de la población. En la mayoría de estos países, los legislativos están dominados por hombres blancos, de clase media y que no poseen ninguna discapacidad. Se considera que un proceso más representativo debería incluir a los miembros de minorías étnicas y raciales, mujeres, pobres,

discapacitados, etcétera, a través del reconocimiento de derechos especiales de representación»<sup>21</sup>.

Estas tres clases de derechos —de autogobierno, poliétnicos y de representación— dan cuerpo, entonces, a la idea de ciudadanía diferenciada de Kymlicka.

## 2.2. *La ciudadanía diferenciada y los derechos colectivos*

El objetivo básico de las democracias liberales es garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos, independientemente de su pertenencia a un grupo. Kymlicka se pregunta cómo pueden garantizarse derechos diferenciados para las minorías étnicas y nacionales sin que con ello se piense en una visión del mundo opuesta al liberalismo. En su respuesta a esta pregunta establece, como premisa, que es un error pensar que los derechos diferenciados impliquen una visión colectivista o comunitarista de la ciudadanía y considera, igualmente, que es un error afirmar que los derechos liberales reflejen una visión atomista e instrumental del derecho y la ciudadanía.<sup>22</sup>

Kymlicka reconoce el temor que tienen los liberales a que los derechos colectivos, reivindicados por minorías étnicas y nacionales, supriman la autonomía individual y las libertades negativas de los sujetos. También entiende la crítica de los comunitaristas a los libe-

---

21. W. Kymlicka. *Op. Cit.*, p. 53.

22. Una lectura de este tipo aparece, por ejemplo, en la obra de Charles Taylor. Este autor afirma que la idea del sujeto moral del liberalismo y su forma reducida de racionalidad (racionalidad instrumental) destruye los marcos sustantivos de valor sobre los cuales se construye y articula la identidad del sujeto moderno. En este sentido, la racionalidad instrumental, como razón desvinculada, afecta sustancialmente la construcción de la identidad individual y colectiva.

rales y el miedo de los primeros a que la igualdad liberal de los sujetos anule su particularidad y sus diferencias. Sin embargo, es enfático al señalar que el planteamiento de la ciudadanía diferenciada debe ir más allá del debate liberalismo-comunitarismo e individualismo-holismo, es decir, debe ir más allá del debate que enfrenta a los derechos colectivos con los derechos individuales.

La tesis central del trabajo de Kymlicka está orientada a demostrar que la ciudadanía diferenciada abarca dos tipos de reivindicaciones de las minorías nacionales y étnicas, y estas reivindicaciones no atentan contra las libertades postuladas por el liberalismo. La primera es la reivindicación del grupo frente a la sociedad mayoritaria —la reivindicación por protecciones externas— y, la segunda, es la reivindicación del grupo frente a sus miembros —la reivindicación por restricciones internas—.

Las restricciones internas tienen por objetivo la protección del grupo contra el efecto desestabilizador que puede producir el disenso interno y, en este sentido, implican relaciones intragrupalas pues, «el grupo étnico nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo»<sup>23</sup>. Por su parte, las protecciones externas, que obedecen a un esfuerzo por parte de los grupos étnicos y nacionales para proteger su existencia e identidad frente a la sociedad global, su-

---

23. Desde la perspectiva liberal este es, precisamente, el peligro que los derechos colectivos tiene para los derechos individuales y la autonomía de los sujetos. Para esta tradición, cualquier reclamo que implique restricciones a la autonomía de los sujetos es ilegítimo.

ponen relaciones intergrupales. Kymlicka, en su defensa de las protecciones externas señala que estas no implican un modo de opresión del individuo dentro del grupo sino una forma de justicia entre los grupos<sup>24</sup>.

Los críticos de la ciudadanía diferenciada desconocen, según Kymlicka, la diferencia existente entre estos dos tipos de reivindicaciones y esto los lleva a negar los derechos diferenciados por considerar que ellos colocan al grupo por encima del individuo. Contra este supuesto, Kymlicka afirma que es necesario distinguir la demanda por una ciudadanía diferenciada de la demanda por derechos colectivos, ya que estos últimos pueden entrar en conflicto con los derechos individuales.

Muchas democracias liberales reconocen, de alguna forma, derechos poliétnicos, de representación y de autogobierno, aunque no compartan ni se comprometan explícitamente con una idea de ciudadanía diferenciada. Esto demuestra que es posible hablar de ciudadanía liberal en el contexto de una sociedad en la cual se distribuyen derechos en función de la pertenencia de los individuos a grupos étnicos o culturales, precisamente, porque la ciudadanía implica tratar a los individuos como iguales ante la ley.

En su defensa de la ciudadanía diferenciada, a Kymlicka le asalta una preocupación similar a la de John Rawls cuando se pregunta por el cómo es posible que coexistan la unidad social y el pluralismo cultural

---

24. Para la tradición liberal las protecciones externas pueden implicar que en aras de la protección de un grupo otros grupos sean marginados o segregados. El liberalismo señala que es factible promover, a través de protecciones externas, la justicia de los grupos étnicos y nacionales. Sin embargo, cualquiera que sea el caso, las restricciones internas son rechazadas por el liberalismo.

en las sociedades complejas. Rawls afirma que esta coexistencia se puede dar en el marco de un consenso traslapado que permita que los individuos que poseen diversas doctrinas comprensivas del mundo (étnicas, raciales, religiosas y morales) se comprometan con los mismos principios de justicia.

Kymlicka afirma que la idea rawlsiana del consenso traslapado y del acuerdo sobre unos principios básicos de justicia no resuelve el problema de la coexistencia de la unidad social y el pluralismo, pues en los Estados multinacionales los grupos pueden compartir cuestiones de justicia política o valores, y esto no implica, necesariamente, que dejen de reivindicar derechos diferenciados.

La solución a este problema, que supone afirmar las diferencias, sólo es posible a partir de la reafirmación de una identidad compartida pues, desde la perspectiva de la ciudadanía diferenciada, es claro que «las personas deciden con quién quieren compartir un país preguntándose con quiénes se identifican y hacia quiénes profesan un sentimiento de solidaridad. Lo que mantiene la unidad de los estadounidenses, pese a la ausencia de valores comunes, es que comparten una identidad como estadounidenses. Por el contrario, lo que mantiene la separación entre suecos y noruegos, pese a la presencia de valores compartidos, es la falta de una identidad compartida»<sup>25</sup>. En este sentido, el sentimiento de lealtad de los individuos y los grupos subnacionales hacia el Estado multinacional está dado por la capacidad que tiene éste para proteger y fomen-

---

25. W. Kymlicka. *Op. Cit.*, p. 257.

tar la identidad. Según Kymlicka, la unidad social en el marco de sociedades cada vez más plurales y diversas, sólo es posible si se apoya la idea de Taylor de la «diversidad profunda». De acuerdo con esta noción es preciso reconocer que en las sociedades multinacionales y pluriétnicas existe una gran diversidad de grupos culturales y, al mismo tiempo, formas diversas de ver y entender al Estado y la sociedad. Lo que se intenta destacar es que «la gente no sólo pertenece a comunidades políticas separadas, sino que pertenece a ellas de diferentes maneras. Esto significa que los miembros de un Estado poliétnico y multinacional no sólo deben respetar la diversidad, sino que también deben respetar diversos enfoques sobre la diversidad<sup>26</sup>».

Podemos recapitular lo planteado por Kymlicka, acerca los derechos diferenciados, a partir de las siguientes ideas:

- Este autor aclara el concepto de multiculturalismo diferenciando dos tipos de diversidad cultural. Aquella que hace referencia a las minorías nacionales que reclaman autonomía respecto al Estado multinacional del cual pretenden diferenciarse —el multinacionalismo— y, aquella que hace referencia a grupos que no son naciones, que no ocupan territorios propios y que le reclaman al Estado derechos de inclusión —el multiculturalismo—.

- Complementariamente, este autor muestra que estos grupos reclaman derechos diferenciados de autogobierno, de representación y poliétnicos. En todos los casos el reclamo de estos derechos supone un

---

26. *Ibid.*, p. 260.

reclamo por protecciones externas y, en algunos casos, un reclamo por restricciones internas.

### 3. Sobre la universalidad de los derechos

Como ya se señaló, el ejercicio pleno de los derechos humanos exige, en primer lugar, el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos (esto le da su carácter universal) y, en segundo lugar, condiciones favorables para el ejercicio de los derechos individuales y de los derechos políticos. El reconocimiento de este doble carácter de los derechos implica indagar, igualmente, por viabilidad moral y política de los derechos diferenciados en el contexto de sociedades cada vez más plurales. Sociedades en las cuales individuos y grupos demandan un trato diferencial apelando a los postulados de la universalidad y la igualdad.

Para los defensores de la visión multicultural de los derechos humanos, el universalismo que postula la tesis de la igual dignidad de todos los seres, es ciego a las diferencias culturales, étnicas y raciales. María Luisa Bartolomei<sup>27</sup>, entre otros, considera que es necesario dar un nuevo contenido a la universalidad de los derechos y esto supone, contra las declaraciones abstractas, construir una universalidad que reconozca y respete la diversidad cultural, étnica y sexual.

Si se revisan algunas de las declaraciones liberales de derechos humanos, se aprecia que ellas tienen como punto de partida el concepto de igual dignidad y autonomía de la persona. Dignidad y autonomía inviola-

---

27. M. L. Bartolomei. «Universalismo y diversidad cultural en América Latina». *El otro derecho* No. 20. Bogotá, 1995, pp. 33-71.

bles que se convierten en el fundamento de los derechos subsiguientes. En este sentido, la idea de persona que subyace al discurso universalista de los derechos humanos hace referencia a la humanidad y no a la persona contextualizada, pues reconocer la igual dignidad de todos los seres humanos implica no tener en cuenta las diferencias cualitativas (raza, sexo y étnicas) en la distribución de derechos y titularidades. En esencia, el postulado en favor de la igual dignidad de todos los seres humanos reconoce el valor del individuo por encima de sus particularidades y rasgos característicos<sup>28</sup>.

En esta sentido, replantear la visión abstracta y universal de los derechos humanos para integrarlos a un ethos concreto y a un contexto social y jurídico específico, significa olvidar que los derechos diferenciados (derechos colectivos o de grupo) sólo pueden garantizarse si existen principios de carácter universal, como la dignidad y la autonomía individual, que le permi-

---

28. Para los autores comunitaristas, entre ellos Charles Taylor, el principio de la igual dignidad propio del liberalismo, al presentar un molde homogéneo de los individuos y de las culturas, desconoce la existencia de mundos particulares. A partir de una crítica a la política de la dignidad igualitaria, este autor propone rescatar una política de la diferencia que, con una base universalista, reconceptualice el moderno concepto de identidad sobre el principio de la defensa a las demandas de reconocimiento de las particularidades culturales y las diversas concepciones de vida buena. Véase: Ch. Taylor. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 67. Una crítica similar a la planteada por Taylor es la formulada por Boaventura de Sousa Santos cuando señala que todas las culturas tienen concepciones distintas de la dignidad humana. Véase: B. de Sousa Santos. *De la mano de alicia. Los social y lo político en la postmodernidad*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1998, capítulo 10.

tan a los miembros de estos grupos minoritarios protegerse frente a su comunidad.

Las reflexiones sobre la universalidad de los derechos o su multiculturalidad, tienen como trasfondo la necesidad de hacer compatibles, en el Estado Democrático de Derecho, las luchas por los derechos individuales y las demandas por la integridad y autonomía de las diferentes formas de vida culturales, étnicas, raciales y sexuales. Sin embargo, el reconocimiento de esta diversidad cultural no puede sustentarse en la idea de un Estado orientado a representar las metas y los fines de comunidades específicas, pues el Estado no puede favorecer a una comunidad asumiendo el riesgo de atentar contra los derechos individuales de las personas que no pertenecen a ella.

Angelo Papacchini, quien considera que es necesario replantear el universalismo de los derechos humanos a partir del reconocimiento de los derechos multiculturales y diferenciados, afirma que es preciso reconocer, siempre, unos presupuestos de carácter universal pues, «presentar los derechos humanos como una conquista de la experiencia, y de la historia, e insistir en sus nexos inescindibles con concepciones compartidas del mundo, valores, formas de vida y condiciones materiales de existencia, no excluye la posibilidad de reconocerlos como exigencias de valor universal y como reivindicaciones inalienables»<sup>29</sup>.

---

29. A. Papacchini. «Comunitarismo, liberalismo y derechos humanos». En: F. Cortés Rodas y A. Monsalve Solórzano (Ed). *Liberalismo y Comunitarismo. Derechos humanos y democracia*. Valencia, Ediciones Alfons El Magnánim, 1996, pp. 260-262.

Desde esta perspectiva, la solución al carácter abstracto y universalista de los derechos humanos se encuentra en la combinación de una política de la diferencia y del reconocimiento<sup>30</sup> que garantice los derechos de las minorías culturales, con una política de la dignidad igualitaria que garantice el respeto de los derechos individuales al interior de estos grupos. Esto quiere decir que existiría un reconocimiento del igual valor y un tratamiento diferencial a los grupos minoritarios, pero este tratamiento diferencial no podría ir acompañado de una violación de la dignidad y la autonomía individual de los individuos que hacen parte de estos grupos. No es posible proponer una noción de derechos multiculturales y diferenciados sustentada en la posibilidad de limitar los derechos individuales.

La teoría de los derechos humanos en sentido universal no es ciega a las diferencias culturales, étnicas, sexuales o raciales. Es claro que debe existir una articulación entre los derechos individuales subyacentes al principio universal de la igual dignidad de todos los seres humanos, y los derechos orientados a garantizar un tratamiento igual de los diversos grupos y colectividades que existen en toda sociedad multicultural y pluriétnica. Sin embargo, esta articulación tiene que estar fundamentada en el carácter universal, integral e inalienable de los derechos humanos y requiere la neutralidad ética de la política y el derecho.

La articulación de los derechos civiles y políticos con las políticas de reconocimiento, define el carácter

---

30. Sobre la política del reconocimiento contrastada y articulada con la política de la dignidad igualitaria. Véase: Ch. Taylor. *Op. cit.*

inalienable de los derechos individuales, sin atentar contra la autonomía ética y cultural de los grupos minoritarios. Una teoría de los derechos individuales y políticos debe garantizar que cosas iguales sean tratadas igualmente y cosas diferentes sean tratadas diferencialmente.

Si una teoría de los derechos individuales puede asegurar la integridad de los sujetos de derecho, garantizando a la vez un trato igual de los contextos de vida que forman la identidad de éstos, entonces, no es necesario introducir un modelo normativo que postule derechos colectivos. Al respecto Jürgen Habermas señala que «no se requiere que la coexistencia en igualdad de derechos de distintos grupos étnicos y de sus formas de vida culturales sea asegurada por medio de derechos colectivos, los cuales sobrecargarían una teoría de los derechos hecha a la medida de personas legales individuales. Incluso cuando estos derechos colectivos pudieran ser admitidos en un Estado democrático de derecho, serían estos no sólo innecesarios, sino también cuestionables desde un punto de vista normativo»<sup>31</sup>.

Sin embargo, la neutralidad del derecho y del Estado democrático planteada por Habermas, no implica que las cuestiones de tipo ético deban ser excluidas de la agenda de discusión política, pues estas cuestiones representan razones públicas<sup>32</sup> y son una parte esen-

---

31. J. Habermas. «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho». *Daimón. Revista de Filosofía No.15*. Murcia, Universidad de Murcia, pp. 25-51. Traducción de Francisco Cortés Rodas.

32. Sobre las razones no públicas véase: J. Rawls. *Liberalismo Político*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 204-234.

cial de la política<sup>33</sup>. En un Estado democrático, una teoría de los derechos no puede prohibir a los ciudadanos hacer valer su respectiva concepción de vida buena. Sin embargo, el *ethos* jurídico del Estado no puede entrar en contraposición con los derechos fundamentales individuales pues, el proceso de realización de estos derechos debe empotrarse en los contextos de autocomprensión ética y política en que se expresa la identidad colectiva de los ciudadanos.

El orden del derecho no es sólo el reflejo de un contenido universal de los derechos humanos, sino también, la expresión de formas particulares de vida. Sin embargo, es claro que los fines colectivos o las formas particulares de vida buena no pueden destruir la forma del derecho como tal.

El Estado de derecho debe reconocer y permitir el desarrollo de aquellas formas de vida permisibles, esto es, aquellas que no atenten contra la igualdad de derechos y el respeto recíproco de otras formas de vida que coexisten en una sociedad multicultural. En este sentido, la neutralidad del derecho, planteada por Habermas y por algunos autores liberales, hace referencia a la existencia en las sociedades complejas de vínculos creados a través de consensos comunicativos sobre los procesos legítimos y legislativos del uso del poder, y no a un consenso sobre valores sustanciales y concepciones de vida buena.

En sus tesis, Habermas diferencia entre la integración política y la integración ética. La primera se refie-

---

33. El Estado está inevitablemente impregnado de cuestiones éticas porque los ciudadanos están adscritos a una red de culturas, tradiciones y contextos intersubjetivamente construidos.

re a la consideración de todos los ciudadanos simétricamente concebidos y, fundamentalmente, a la formación racional de la opinión pública y de la autonomía política. La segunda, afirma que la identidad colectiva de grupos y subculturas debe separarse de la igualdad abstracta de la integración política. La articulación de estas dos formas de integración se presenta cuando el universalismo que caracteriza a los derechos fundamentales refleja un consenso procedimental que está inmerso en el contexto de vida de una cultura política.

En síntesis, se puede decir que no es necesario yuxtaponer una teoría normativa de los derechos para garantizar el reconocimiento de las diferentes culturas, como lo hacen los autores comunitaristas, pues este problema se soluciona postulando un liberalismo que articule los derechos individuales con los derechos colectivos y las demandas por el reconocimiento de los grupos étnicos y culturales.

#### **4. A manera de conclusión**

En la primera parte de este artículo, se mostró la relación indisoluble y necesaria que debe existir entre las libertades políticas y las exigencias de igualdad económica y social. En la defensa de la integralidad de los derechos humanos se reafirmó el carácter irrenunciable que tienen los derechos sociales, económicos y culturales y se señaló que la garantía efectiva de estos derechos supone replantear la acción del Estado y postular que, además de su acción negativa (no intervención en el ámbito de las libertades individuales), éste tiene que regular los efectos del desarrollo posibilitando condiciones mínimas de vida para los ciudadanos.

En el segundo apartado, con las tesis de Kymlicka, se mostró que el reconocimiento de la diversidad cultural y de los derechos diferenciados para individuos y grupos diversos implica una noción de ciudadanía diferenciada, es decir, una forma de ciudadanía que reconoce que los individuos tienen derecho a ser diferentes en el contexto de las democracias liberales y que replantea el carácter abstracto de los derechos humanos. La ciudadanía multicultural o diferenciada sólo puede lograrse, sin embargo, a través de la consolidación de las protecciones externas y de las restricciones internas<sup>34</sup>.

En la tercera parte, se mostró que la argumentación en favor de una concepción universal de los derechos humanos no significa desconocer la existencia de formas de vida culturales, étnicas y sexualmente diferenciadas. La tesis central en torno al universalismo de los derechos humanos apunta a señalar que el reclamo de derechos diferenciados para grupos minoritarios no puede sustentarse y edificarse si se desconocen principios universales como la dignidad y la autonomía individual de los ciudadanos que pertenecen y no pertenecen a estos grupos. Y es precisamente este doble carácter de universalidad e integralidad lo que debe rescatarse como característica fundamental de los derechos humanos.

---

34. Como ya se señaló, Kymlicka reconoce que las restricciones internas no son aceptadas por la teoría liberal de la ciudadanía. Sin embargo, las defiende, a pesar de sus peligros, porque ellas son un instrumento central para la permanencia de los grupos minoritarios.



**PROTECCIÓN NACIONAL  
E INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS SOCIALES**

RODOLFO ARANGO

Una versión anterior de esta conferencia, con el título «Regionaler und internationaler Schutz sozialer Menschenrechte – Von der Philosophie zur Kodifizierung» (Mecanismos regionales e internacionales para la protección de los derechos humanos sociales. De la filosofía a su codificación), fue presentada en las *Amnesty International Human Rights Lectures 1999*, Humboldt Universität, Berlin, noviembre de 1999.

Contra los derechos humanos sociales<sup>1</sup> se aduce que éstos no son verdaderos derechos humanos. Esta objeción no es nueva. Los derechos humanos sociales han sido subestimados tanto por intelectuales de izquierda<sup>2</sup> como de derecha<sup>3</sup>. El escepticismo frente a ellos se

- 
1. Nos referimos aquí a los derechos humanos sociales, para diferenciarlos de los derechos humanos económicos y culturales. Creemos que las diferencias de estructura, función y relaciones entre unos y otros derechos deben ser tenidas en cuenta en su desarrollo doctrinario, para evitar falsos problemas surgidos exclusivamente del uso indebido del lenguaje. Los derechos humanos sociales abarcan el derecho a la comida, al techo, a la asistencia médica básica, al trabajo, a la educación y a la seguridad social.
  2. August Bebel, por ejemplo, sostenía que el derecho al trabajo era un «sin sentido». K. Kautsky señalaba que era «una utopía conservadora que le roba el carácter revolucionario al movimiento proletario».
  3. Para Carl Schmitt, los derechos sociales fundamentales son entendibles sólo como derechos socialistas, propios de un Estado autorita-

extiende hasta hoy. Maurice Cranston, por ejemplo, sostiene que es lógicamente imposible considerar a los derechos económicos y sociales como derechos humanos. A su juicio, «es absurdo exigir algo como derecho, siendo que en la práctica lo exigido no se deja realizar»<sup>4</sup>; a este argumento lo podemos denominar el *argumento de la imposibilidad*. Pero Cranston va más allá. Afirma que los derechos económicos y sociales carecen de validez moral. Este es el *argumento de la no universalidad*, del que me he ocupado *in extenso* en otra oportunidad<sup>5</sup>. A estos dos argumentos podemos sumar un tercero. Se trata del *argumento de la indeterminación*: dado que ni los obligados ni el objeto de los derechos humanos sociales están determinados, no es posible afirmar su carácter de derechos subjetivos. En esta dirección, algunos autores sostienen que los derechos humanos positivos —a diferencia de los negativos— difícilmente se prestan para ser exigibles por vía judicial. Para ellos, los derechos humanos positivos requieren la fijación de prioridades en la repartición de los

---

rio y de una economía centralizada; la antítesis del Estado liberal burgués. Véase: C. Schmitt. *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza, 1982, p. 170. Otros conservadores rechazan igualmente la idea del derecho fundamental al trabajo, su garantía para cualquiera, por ejemplo mediante el aseguramiento de un puesto de trabajo, es impensable, sin eliminar la libertad protegida en la Constitución. Véase: H. Huber. "Soziale verfassungsrechte?". En: E. Forsthoff (Editor). *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968, pp. 8-10; S. Miller. "Soziale Grundrechte in der Tradition der deutschen Sozialdemokratie". En: E.-W. Böckenförde/J. Jewitz/Th. Ramm (Editores). *Soziale Grundrechte*. Heidelberg/Karlsruhe, 1981.

4. M. Cranston. "Human Rights, Real and Supposed". En: D.D. Raphael (Editor). *Political Philosophy and the Rights of Man*. London, 1967, p. 43.
5. R. Arango. *Der begriff des sozialen Grundrechte*. Baden-Baden, Nomos. (tesis de grado, en imprenta).

recaudos tributarios, tarea esta que corresponde al parlamento. Este último aspecto se engloba en los *argumentos democráticos y de separación de poderes*. Por ello, los derechos humanos sociales sólo pueden entenderse como pautas o directivas dirigidas al legislador.

Los anteriores argumentos constituyen serias objeciones en contra de los derechos humanos sociales y de la posibilidad de su protección nacional e internacional. A continuación intentaré refutar parcialmente<sup>6</sup> algunos de los mencionados argumentos. Defenderé la tesis según la cual los derechos humanos sociales —al igual que los civiles y los políticos— están incluidos en un concepto evolucionado de derechos subjetivos (parte 1). Más adelante sostendré la tesis de que la protección óptima de los derechos humanos sociales exige su transformación en derechos sociales fundamentales (parte 2). El reconocimiento de estos últimos, en el contexto del Estado constitucional y democrático de derecho, tiene lugar principalmente mediante la interpretación coherente del texto constitucional. Finalmente, describiré a grandes rasgos los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos sociales y evaluaré su eficacia en sociedades bien ordenadas y no bien ordenadas (parte 3). A partir de este análisis, se hará evidente que el sistema de protección constitucional de los derechos sociales fundamentales es crucial para la realización de los derechos hu-

---

6. Se habla aquí de una refutación parcial, porque en otros escritos he intentado responder a parte de las reservas en contra de los derechos sociales fundamentales. Véase: R. Arango. "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos". *Pensamiento Jurídico* N° 8. Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional, 1997, pp. 63-72.

manos sociales, tal y como puede apreciarse en la experiencia colombiana a partir de 1991.

## **1. Derechos humanos sociales como derechos subjetivos (Refutación del argumento de la indeterminación)**

El mayor enemigo de los derechos es la falta de claridad conceptual. Esto se aplica en especial a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Su carácter de derechos subjetivos les es negado frecuentemente. Esto hace necesario clarificar qué se entiende cuando se habla de derechos humanos sociales como derechos subjetivos. Para ello debemos partir de la definición de ambas categorías de derechos.

### *1.1 Clarificación conceptual*

#### 1.1.1 DERECHOS HUMANOS

Robert Alexy anota con acierto, que los derechos humanos son derechos subjetivos que se diferencian de otras categorías de derechos por cinco características: universalidad, validez moral, fundamentalidad, prioridad y abstracción<sup>7</sup>. En esta ocasión sólo cabe mencionar brevemente dichas características. Los derechos humanos son, según su estructura, derechos universales, esto es, de todos contra todos. Son derechos cuya titularidad radica en todo ser humano y cuyos obligados son todas las personas y organizaciones. En cuanto a su validez moral, los derechos humanos son derechos morales. Un derecho humano es uni-

---

7. R. Alexy. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*. Kiel, (manuscrito), 1998, p. 4.

versalmente válido, cuando la norma moral, por él implicada, vale moralmente. Una norma tiene validez moral, «cuando ella puede ser justificada ante cualquier persona que esté dispuesta a tomar parte en el discurso de fundamentación racional»<sup>8</sup>. El carácter fundamental de los derechos humanos tiene que ver con la satisfacción de intereses y necesidades básicas, así como con su debida protección<sup>9</sup>. La prioridad se relaciona con la observancia de los derechos humanos como condición necesaria de la legitimidad del derecho positivo (prioridad en sentido débil), o como condición necesaria de la validez jurídica del derecho (prioridad en sentido fuerte)<sup>10</sup>. Por último, la abstracción de los derechos humanos se refiere a la indeterminación de su estructura, esto es, de sus titulares, su objeto y sus límites. Las declaraciones o pactos de derechos humanos intentan reducir dicha indeterminación, sin que con ello sea posible eliminar la interpretación de los respectivos textos de derechos humanos.

Miremos con más detenimiento el argumento de la indeterminación. Se cuestiona por algunos<sup>11</sup> que los

8. *Ibid.*, p. 6.

9. *Ibid.*, p. 8.

10. *Ibid.*, p. 9.

11. Véase: R. Nozick. *Anarquía, Estado y Utopía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1990, prefacio. «The new [social and economical, R.A.] rights could not be enforced by law without at the same time destroying that liberal order at which the old civil rights aim» (F. A. Hayek. *Law, Legislation and Liberty* (Vol. 2) — *The Mirage of Social Justice* —. London/Henley, 1976, p. 103). A favor de los derechos sociales se pronuncian autores como: R. Alexy. *Op. cit.*, p. 482; C. S. Nino. "On Social Rights". En: A. Aarnio/ S. L. Paulson/ O. Weinberger/ G. H. V. Wright/ D. Wyduckel (Editores). *Rechtsnorm and Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*. Berlin, 1993, pp. 295-299; E. Garzón Valdés. "Allgemeine positive Pflichten und

derechos humanos sociales sean moralmente aceptables, dada la indeterminación de su objeto y del círculo de los obligados: ¿Hasta dónde y por quiénes debería cumplirse la realización de los derechos a la salud, a la educación? Mi tesis es que la indeterminación de los derechos humanos sociales puede resolverse mediante un concepto evolucionado de derecho subjetivo<sup>12</sup>. Aquí sólo es posible mencionarlo en forma breve.

### 1.1.2 DERECHOS SUBJETIVOS

El debate en torno al concepto de derecho subjetivo es largo y complejo. En otro lugar he tomado posición al respecto y defendido lo que llamo un «concepto evolucionado de derechos subjetivos»<sup>13</sup>. La literatura sobre derechos subjetivos es extensa<sup>14</sup>. En el siglo XIX se enfrentaban, a este respecto, las teorías de la voluntad y del interés. Es característico de estas teorías no analíticas, la no diferenciación entre enunciados sobre derechos, enunciados sobre razones para un derecho y

---

ihre Begründung". En: E. Bulygin/ E. Garzón Valdés (Editores). *Argentinsche Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute*. Berlin, 1987, p. 168; H. Shue. "Mediating Duties". *Ethics* No. 98, 1988, pp. 688-689; y M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz des Grundrechte*. Baden-Baden, 1998, p. 289.

12. Bajo un concepto evolucionado de derecho subjetivo entiendo aquel que abarca completamente el lenguaje de los derechos y que explicita los criterios para determinar su violación.
13. R. Arango. "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos". *Op. Cit.*
14. H.L.A. Hart. "Bentham on Legal Rights". En: A.W.B. Simpson (Editor). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford, 1973, p. 172; S. I. Benn. "Rights". En: P. Edwards (Editor). *The Encyclopedia of Philosophy*. New York/London, 1967, p. 195; H. Kelsen. *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición normativa)*. México, Porrúa, 1987, p. 493 ss.

enunciados sobre la protección de un derecho<sup>15</sup>. La falta de diferenciación de estos tres niveles es, en buena parte, la responsable de la oscuridad en el discurso de los derechos. En él se confunde, comúnmente, el derecho subjetivo con sus fundamentos<sup>16</sup> o su con su protección<sup>17</sup>.

Basta por ahora observar que un concepto evolucionado de derechos subjetivos se basa en la referida triple distinción del concepto analítico, pero va más allá, ya que también incluye los criterios que permiten establecer su posible violación. El concepto de derecho subjetivo dice: *Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto,*<sup>18</sup> *para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a dicho sujeto.*

En este concepto es posible distinguir claramente cinco elementos de los derechos subjetivos: la posición normativa, las razones válidas, las razones suficientes, el no reconocimiento injustificado de la posición normativa, la inminencia del daño individual. Para ajustarnos al propósito de este escrito, deberemos limitarnos a mostrar cómo los dos últimos elementos sirven a la resolución del problema de la indeterminación de

---

18. R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 178.

19. «[E]l concepto de derecho subjetivo desempeña (...) un papel central. Se corresponde con el concepto de libertad subjetiva de acción”. J. Habermas. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998, p. 147.

20. Kelsen considera que la característica de la exigibilidad hace parte constitutiva del concepto de derecho subjetivo. H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, 1993, p. 138 ss.

21. El puesto del sujeto puede ser ocupado por un sujeto individual o colectivo.

los derechos positivos<sup>19</sup> —entre los que se cuentan los derechos humanos sociales—.

#### 1.1.2.1 LA INMINENCIA DEL DAÑO INDIVIDUAL

El criterio de la inminencia del daño individual es central para resolver el problema de la indeterminación del objeto del derecho. Cuando un niño amenaza ahogarse, es claro qué es lo que se espera de las personas al borde de la piscina. A aquello necesario para la satisfacción del derecho positivo, corresponde lo que debería ser hecho para evitar la violación del derecho. En una situación de urgencia es claro lo que tiene y debe hacerse. Sólo en casos trágicos, cuando la actuación necesaria para conjurar el daño individual implica un riesgo no exigible al obligado (deberes supererogatorios) puede afirmarse que la omisión de actuar no es una condición normativa suficiente de la consecuencia dañina.

Un concepto evolucionado de los derechos subjetivos está en conexión necesaria con las teorías del ries-

---

19. Los derechos positivos tienen obligaciones positivas, obligaciones de hacer. Esta característica plantea un problema de conocimiento. Este consiste en determinar cómo (y hasta dónde) debe ser satisfecha la obligación positiva y quién (o quiénes) están obligados a ello. La indeterminación de los obligados y del objeto de la obligación dificulta el establecimiento de la violación del derecho positivo. Frente a estas dificultades, algunos autores llegan a la conclusión que los derechos positivos —incluidos los humanos sociales y los sociales fundamentales— no son verdaderos derechos antes de su determinación por el legislador. Véase: J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. N.J., Princeton, 1980, p. 140; O. O'Neill, *Towards Justice and Virtue*. Cambridge, 1996, p. 131. De hecho, la violación de un deber de abstención —como sucede tratándose de derechos negativos— es más fácilmente detectable que la violación de un deber de hacer, más aún cuando su alcance y sus titulares pueden ser múltiples. Además, la no satisfacción del deber de hacer puede tener diversas causas.

go y de la responsabilidad<sup>20</sup>. Esas teorías muestran que no sólo actos, sino también omisiones, pueden ser condiciones normativas suficientes de un daño<sup>21</sup>. Cuando la madre no atiende al niño hambriento, o los parientes no socorren a sus familiares en estado de necesidad, el niño, o el desvalido, puede morir. La satisfacción de las necesidades básicas depende de muchos factores, por ejemplo de la propia previsión y responsabilidad, la disponibilidad oportuna de medios financieros o las preferencias personales. La dificultad sobre las posibilidades de satisfacción de necesidades básicas no es, sin embargo, insuperable, ni toda respuesta a ella arbitraria. La urgencia de la situación es la clave para la resolución del problema de indeterminación<sup>22</sup>. Para conocer, cuando una omisión es una condición suficiente de un daño individual inminente, es necesario imaginarse qué podría pasar en la situación concreta,<sup>23</sup> de no satisfacerse la necesidad básica del

- 
20. Véase: W. Lübbe. *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*. Freiburg/München, 1998.
  21. Véase: H.L.A. Hart/T. Honoré. *Causation in The Law*. 2. Oxford, Aufl, 1985, p. 33; C. S. Nino. *The Ethics of Human Rights*. Oxford, 1991, p. 206.
  22. «The relation [of urgency, R.A.] allows us to compare the importance for a person in a certain circumstances of not undergoing a certain sacrifice with the importance of some competing benefit for a person under different circumstances”. T. M. Scanlon. “Preference and Urgency”. *The Journal of Philosophy* No. 19, 1975, p. 660.
  23. Thomas M. Scanlon realza el rol que juegan los argumentos empíricos y contra-fácticos en el establecimiento de un derecho moral. El sugiere un modelo consecuencialista de los derechos morales, que encierra argumentos contra-fácticos: «[T]he view that there is a moral right of a certain sort is generally backed by something like the following: (i) An empirical claim about how individuals would behave or how institutions would work in the absence of this parti-

sujeto determinado. El criterio de la urgencia resuelve el problema de la indeterminación del objeto del derecho. Pero, ¿puede resolver también el problema de la indeterminación de los titulares de la obligación?

### 1.1.2.2 No reconocimiento injustificado de una posición normativa

Henry Shue ha demostrado, en forma convincente, que a un derecho, sea positivo o negativo, corresponden varias obligaciones correlativas, de acción u omisión, en cabeza de una o varias personas. Esto implica que diversas personas, en diferente forma, deben responder por la realización de cualquier derecho<sup>24</sup>. La indeterminación de los obligados a satisfacer un derecho positivo<sup>25</sup>, dificulta, pero no impide, el establecimiento de su violación por omisión.

El no reconocimiento de una posición jurídica, para la cual hay razones válidas y suficientes, puede o no ser injustificado. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando no es el Estado, sino determinado particular, quien está obligado a satisfacer un derecho mediante la actuación positiva. El no reconocimiento es, por su parte, injustifi-

---

cular assignment of rights (claim-rights, liberties, etc). (ii) A claim that the result would be unacceptable. This claim will be based on valuation of consequences [...], taking into account also considerations of fairness and equality. (iii) A further empirical claim about how the envisaged assignment of rights will produce a different outcome». T. M. Scanlon. "Rights, Goals, and Fairness". En: J. Waldron (Editor). *Theories of Rights*. 6. Oxford, Aufl, 1995, p. 146.

24. Véase: H. Shue. *Basic Rights*. N.J., Princeton, 1980, p. 60 y; "The Interdependence of Duties". En: P. Alston/K. Tomaševski (Editores). *The Right to Food*. Nijhoff, 1984, p. 83.
25. Por ejemplo, la indeterminación de quién debe saltar primero al agua cuando el niño se ahoga.

cado, si el obligado principal no cumple con su obligación –impidiéndose así la realización del derecho– y el subsidiariamente obligado se niega a cumplir con la obligación, pese a poder hacerlo, generando una amenaza de daño inminente al titular del derecho.

La urgencia activa el principio de subsidiariedad. Cuando un obligado principal no se encuentra en condiciones materiales o se niega a satisfacer sus obligaciones positivas, el reconocimiento de una posición normativa individual no puede ser simplemente denegado, sin atender a los riesgos generados por la omisión. Es así como la comunidad internacional no está obligada a intervenir para proteger a una persona, cuando el Estado al que ella pertenece puede protegerlo. Por su parte, el Estado puede negarse a actuar en el caso del niño en peligro, cuando no él sino los padres del niño son los legalmente obligados a procurar protección al menor. Sin embargo, cuando el obligado principal incumple con su obligación de actuar, la omisión del subsidiariamente obligado puede llevar a la violación de un derecho positivo. Esto sucede cuando la inminencia del daño individual no es desviada, pese a poder hacerlo fáctica y jurídicamente.

La conjunción de las condiciones descritas resuelve el problema de la indeterminación de los derechos humanos sociales. Cabe afirmar que éstos pueden ser concebidos como verdaderos derechos subjetivos.

### *1.2 Derechos humanos sociales en su calidad de derechos subjetivos*

En cuanto los derechos positivos caen bajo la órbita de un concepto evolucionado de derechos subjetivos, se derrumban las objeciones principales en contra del

entendimiento de los derechos humanos sociales como derechos subjetivos. Las características de la universalidad y validez moral, así como las de la fundamentación, prioridad y abstracción son predicables igualmente en los derechos humanos sociales. Algunos ejemplos de derechos humanos sociales son:

### 1.2.1 EL MÍNIMO VITAL O EXISTENCIAL

Se trata aquí de un derecho humano básico, condición de posibilidad para el ejercicio de los demás derechos, ya que de su realización depende la satisfacción de las necesidades elementales de todo ser humano,<sup>26</sup> por ejemplo la comida, el vestido o el techo. El derecho al mínimo existencial ha sido reconocido jurisprudencial<sup>27</sup> y doctrinariamente<sup>28</sup> en varios países occidentales. Su

- 
26. «It is usual, it is certainly correct, to insist from the distinctness of every human being that each person is different; that needs differ, that talents differ, that aspirations differ, and that each person's conception of her own good differs from those of others [...]. But when we inquire into well-being and destitution, it seems to me illuminating to notice the commonality of the human experience: that for example we all have similar needs – for food and care and shelter [...] and for freedom to develop our talents and to pursue our ends». P. Dasgupta. *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford, 1993, p. 8.
27. En Alemania: por el Tribunal Supremo Administrativo en sentencia del año 1953: BVerwG 1, 159 s.; por el Tribunal Constitucional en las sentencias BVerfGE 40, 121 (133, 134), BVerfGE 82, 60 I (85). En Suiza: por el Tribunal Suizo con sede en Lausanne, Sección II, en sentencia del 29 de septiembre de 1995. En Colombia: por la Corte Constitucional, inicialmente en sentencia ST- 531 de 1992.
28. Véase: L. M. Díez-Picazo/M.-C. Ponthoreau (Editores). *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*. Florence, European University Institute, 1991; H. L. A. Hart. *Op. Cit.*, pp. 194-195; F. I. Michelman. *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*. Washington, University Law Quarterly 3, 1979, p. 680; R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. *Op. Cit.*, p. 482.

incorporación como legislación social ha sido posterior a dicho reconocimiento, como lo muestra el caso de Alemania<sup>29</sup>. El no reconocimiento del derecho al mínimo existencial amenaza seriamente la vida y la salud de las personas, así como la vigencia de los demás derechos fundamentales. Reconocidos economistas<sup>30</sup> y filósofos políticos<sup>31</sup> coinciden en que el aseguramiento de la existencia material individual es condición de posibilidad del ejercicio pleno de la ciudadanía, así como condición de la estabilidad del Estado constitucional y democrático de derecho<sup>32</sup>. En Colombia, país con elevados índices de miseria, el derecho al mínimo existencial ha tenido un incipiente desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### 1.2.2 LA SALUD

El derecho humano a asistencia médica en caso de urgencia es igualmente un derecho subjetivo. La definición de enfermedad es discutible, así como lo es la amenaza a la salud. El concepto de salud es, en cierto grado, un concepto cultural. Sin embargo, existe suficiente evidencia empírica para fundamentar científicamente una afectación de la salud. Este es el caso del derecho a la salud en situación de emergencia o de grave dolor humano. La negación de estándares mínimos

29. Legislación social del Bund, del 30.06.1961.

30. P. Dasgupta. *Op. Cit.*, p. 22; A. Sen. "Welfare Economics and Two Approaches to Rights". En: J. Casas/F. Schneider (Editores). *Current Issues in Public Choice*. Cheltenham/Brookfield, 1996, p. 50.

31. H. Shue. *Basic Rights*. *Op. Cit.*, p. 18; J. Habermas. *Op. Cit.*, pp. 484-485; E. Tugendhat. *Lecciones sobre ética*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 338.

32. J. Rawls. *Liberalismo Político*. Barcelona, Crítica, 1996, p. 265.

de tratamiento y de suministro de medicamentos amenaza la vida digna de la persona<sup>33</sup>. La exclusión de la persona que requiere de ayuda médica frente al sufrimiento físico o psíquico tiene consecuencias incompatibles con un orden jurídico basado en la dignidad humana, la solidaridad y el respeto de los derechos fundamentales, en particular, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

### 1.2.3 LA EDUCACIÓN

El caso del derecho a la educación es más complejo que el referido a los derechos al mínimo existencial y a la salud. El alcance de las pretensiones que caen bajo su ámbito de protección es amplio. Puede tratarse del derecho a un puesto preescolar, a un cupo en la educación primaria o secundaria, el acceso a la educación superior, así como el derecho a una educación continuada o a una capacitación profesional para desempleados. Adicionalmente, la educación no sólo tiene el carácter de derecho subjetivo, sino que, en ciertos ordenes jurídicos, se la concibe como un deber ciudadano. Ella puede verse como un medio para la consecución y el aseguramiento de metas sociales específicas, como adecuada socialización, solidaridad social, competitiv-

---

33. «The claims of needs suggest a sense of urgency. [...] We can postpone listening to a piece of music or going to a party, but we can't postpone the consumption of water when thirsty, or food when hungry, or medical attention when ill. Such needs have lexicographic priority over other needs in our own evaluation of goods and services». P. Dasgupta. *Op. Cit.*, pp. 39-40. «[A] person who is chronically malnourished, and thereby prone to morbidity [...] may lack the motivation and physical capacity necessary to be employable in a freely functioning labour market». *Ibid.*, p. 41.

dad y productividad económicas. Pese a todo lo anterior, lo cierto es que el no reconocimiento pleno de un derecho humano a la educación puede, según sean las circunstancias del sujeto, afectar gravemente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y violar el principio de igualdad. Este último exige, incluso, que las personas en condiciones de marginalidad social y exclusión económica reciban una partida mensual —cualquiera sea su modalidad, gratuita o de préstamo—, que asegure su sostenimiento digno, con miras a garantizar la realización efectiva del derecho a la educación.

#### 1.2.4 OTROS DERECHOS HUMANOS SOCIALES

Los derechos humanos a una vivienda digna, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la seguridad social también constituyen posiciones normativas cuya realización mínima puede ser, en casos de urgencia, exigible política y jurídicamente. El derecho humano social a la vivienda, en cuanto se trata de una vivienda digna, no puede ser denegado por razones de conveniencia. Sin un techo, sea propio o arrendado, sin un cobijo para el cuerpo, los derechos humanos a la vida y a la integridad física son efímeros. Lo mismo vale para el derecho humano a la seguridad social en casos de incapacidad o vejez. Por último, es claro que el derecho humano al trabajo, concebido como derecho subjetivo, no puede ser interpretado como un derecho a determinado trabajo, lo que resulta incompatible con un régimen democrático de derecho, sino como un derecho a tener oportunidades de empleo. El Estado sólo puede disponer de un puesto de trabajo para cada persona en un sistema económico totalitario y de di-

rección centralizada. Otra cosa es el derecho a tener chances de empleo. A quien ni siquiera se le dan oportunidades de trabajo, pese a su voluntad y capacidad de trabajo, se le afecta injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Más aún, una violación del derecho humano al trabajo puede conllevar a la violación de otros derechos humanos como la vida o la integridad personal, cuando la ausencia de ingresos amenaza el mínimo existencial del sujeto. Por esto se justifica que del derecho humano al trabajo se derive un derecho humano al subsidio de desempleo en caso de imposibilidad de encontrar un sitio de trabajo para proveerse la propia subsistencia.

## **2. Protección óptima de los derechos humanos sociales. (Refutación del argumento de la imposibilidad)**

Pasemos a analizar la objeción contra los derechos humanos sociales, entendidos como derechos subjetivos, en el sentido de que ellos no serían realizables en la práctica. De hecho es cierto que sería imposible cumplir con la pretensión positiva de una persona, cuando aquella se dirige a la humanidad en general. Contra el argumento de la imposibilidad puede aducirse que el problema de la exigibilidad de los derechos humanos sociales es organizativo y no de imposibilidad lógica. Miremos con detalle esta afirmación.

### *2.1 La necesidad de transformación de los derechos humanos sociales en derechos sociales fundamentales*

La protección y la realización de los derechos humanos sociales a nivel global plantea inmensos pro-

blemas organizacionales. No es claro quiénes, en qué orden de precedencia, hasta dónde y en qué circunstancias deberían concurrir a la realización de las obligaciones positivas correlativas de los derechos humanos sociales. Su óptima protección exige, por consiguiente, su transformación en derechos sociales fundamentales, mediante su consagración constitucional o su reconocimiento jurisprudencial. Ello, sin desmedro de otros derechos humanos colectivos, como por ejemplo el derecho al desarrollo en cabeza de países pobres frente a los países industrializados<sup>34</sup>.

La transformación de los derechos humanos sociales en derechos sociales fundamentales es una necesidad práctica frente a los enormes problemas de organización que supondría un sistema de protección mundial. Si existieran, a nivel internacional, las instituciones para asegurar la vigencia de los derechos humanos, dejarían de ser necesarios los Estados nacionales. Se podría prescindir también de la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales. Por ahora, los Estados nacionales constituyen un mecanismo indispensable para la realización de los derechos humanos sociales. Cabe preguntarse, entonces, cómo es posible el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales por vía interpretativa de una Constitución democrática moderna.

---

34. Véase: J. Drèze/A. Sen. *Hunger and Public Action*. Oxford, Clarendon Press, 1989; O. O'Neill. "Transnational Justice". En: D. Held (Editor). *Political Theory Today*. Oxford, Blackwell, 1991; T. W. Pogge. "An Egalitarian Law of the Peoples". *Philosophy & Public Affairs* No. 23, Somme, 1994.

## 2.2 *Derechos sociales fundamentales y Constitución democrática moderna*

Una Constitución democrática moderna presupone la libertad y la igualdad. Cuando esa Constitución adopta, además, como forma de Estado la de un Estado social de derecho, entonces reconoce factores objetivos que pueden amenazar los presupuestos de la libertad y la igualdad. Una función esencial del actual Estado social y democrático de derecho es la protección de las personas frente a los riesgos naturales y sociales<sup>35</sup>. Si bien, en principio, el individuo soporta él mismo las exigencias y los retos de la vida – lo cual es expresión clara del respeto a su autonomía –, el Estado debe intervenir para neutralizar los factores negativos que afectan drásticamente la libertad real de las personas. Aquí sale a relucir el principio de subsidiariedad<sup>36</sup>, así como los presupuestos materiales para el reconocimiento de derechos sociales fundamentales. Según el principio de subsidiariedad, el Estado está obligado a una actuación positiva, cuando las condiciones formales y materiales para el reconocimiento de los derechos

---

35. Véase: E. Tugendhat. *Op. Cit.*, p. 340; R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales. Op. Cit.*, p. 495.

36. «What other values are protected by subsidiarity? First of all the primacy of the human being over social structure, the primacy of civil society over the state. So the state has to act only when a community's ability to act turns out to be inadequate [...] The state has two roles: protective prohibition, it should not hinder the self organizations of the society in their activity, and positive incentive, that the government and its organs must help these groups in realizing their objectives». T. Czéh. "The Principle of Subsidiarity and the Transition of the Welfare States in Central and Eastern Europe". En: P. Kolowski/ A. Follesdal (Editores). *Restructuring the Welfare State*. Berlin/Heidelberg, 1997, p. 68.

sociales fundamentales se encuentran dadas. Las desigualdades fácticas, como las incapacidades físicas y mentales, la pobreza o las deficiencias del mercado para la satisfacción de necesidades básicas, son condiciones materiales relevantes, más no suficientes, para el reconocimiento de derechos sociales fundamentales. La razón de ello es que de una desigualdad fáctica (ser) no se puede deducir un deber de igualdad material (deber ser). Se requiere, además, de argumentos normativos adicionales que posibiliten la individualización de una posición normativa y exijan su reconocimiento so pena de vulnerar el ordenamiento jurídico.

Una concepción consecuencialista de los derechos<sup>37</sup> suministra los elementos metodológicos para construir el supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales. La idea rectora de esta concepción consiste, en que sólo la urgencia de la situación concreta suministra los criterios para determinar cuándo una obligación positiva es exigible constitucionalmente al Estado. *A contrario sensu*, la omisión estatal en circunstancias de urgencia amenaza a otros derechos fundamentales conexos, en particular la vida, la integridad personal o el libre desarrollo de la personalidad y, con ello, a los derechos sociales fundamentales mismos.

La anterior conceptualización pretende resolver el problema de la imposibilidad lógica de reconocer derechos humanos sociales en abstracto. Esto se logra al clarificar: primero, que la imposibilidad de garantizar los derechos humanos sociales no es lógica, sino prác-

37. Véase: H.L.A. Hart. "Between Utility and Rights". En: A.W.B. Simpson (Editor). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983, p. 222; T. M. Scanlon. *Rights, Goals, and Fairness*. *Op. Cit.*, pp. 137 ss; A. Sen. *Op. Cit.*, p. 23.

tica; segundo, que el reconocimiento efectivo de derechos sociales fundamentales depende de circunstancias individuales de urgencia, cuya comprobación depende de una debida y persuasiva argumentación; tercero, que un Estado constitucional, social y democrático de derecho responde subsidiariamente por la garantía de los derechos humanos sociales, en su modalidad de derechos sociales fundamentales ganados interpretativamente del texto constitucional; cuarto, que una concepción consecuencialista de derechos subjetivos juega un papel crucial en la determinación de las violaciones a derechos humanos sociales, aspecto que no logran captar teorías no consecuencialistas de derechos.

### **3. Protección nacional, regional e internacional de los derechos humanos sociales. (Refutación de los argumentos democrático y de separación de poderes)**

Falta finalmente refutar los argumentos democrático y de separación de poderes. En este punto es importante mencionar, así sea en forma escueta, los sistemas de protección de los derechos humanos sociales. Los sistemas internacionales (a nivel regional o global) dejan, en principio, indemnes los principios democrático y del Estado de derecho. No sucede lo mismo con el sistema de protección nacional –la justicia constitucional–, que restringe dichos principios. Mi tesis al respecto es que entre mejor ordenada sea una sociedad, menor es la restricción de los principios democrático y de separación de poderes. Esto se desprende del principio de inmunidad de los derechos humanos, los cuales no son susceptibles de transacción, y cuya realiza-

ción mínima no es disponible sin sacrificar la idea misma de la dignidad humana.

### *3.1 Sistemas de protección de derechos humanos sociales*

Se plantea la pregunta sobre las instituciones políticas y jurídicas que ofrecerían condiciones óptimas para la realización de los derechos humanos sociales. Una primera posibilidad radica en su consagración en pactos regionales e internacionales, la que, a su vez, requiere de los Estados parte, la consagración y el aseguramiento en la forma de derechos sociales fundamentales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos—adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948— tiene solamente carácter de recomendación moral. Sistemas de protección universal—como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966)— o sistemas de protección regional—como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), la Carta Social Europea (1961) o la Convención Africana de Derechos Humanos (1981)— son importantes instrumentos políticos para la promoción de los derechos humanos sociales. Estos instrumentos, sin embargo, no ofrecen al individuo o a los grupos de individuos mecanismos directos para hacer exigibles los derechos humanos sociales. Dichos instrumentos son indispensables como mecanismos de presión política y moral, pero no han podido, hasta ahora, sustituir a los mecanismos constitucionales. Pese a que la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas constituye una instancia internacional importante para la observancia de

los pactos internacionales sobre la materia<sup>38</sup>, ella no representa una gran ayuda para individuos o grupos sociales que viven en condiciones de marginamiento o exclusión social. Un primer antecedente importante para el fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos sociales lo constituye la reforma a la Carta Social Europea en el sentido de consagrar acciones individuales oponibles por parte de sindicatos, asociaciones de trabajadores y organizaciones no gubernamentales. Además, la mencionada reforma incorpora nuevos derechos sociales a la Carta Social Europea, como por ejemplo el derecho a la seguridad social para personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad de oportunidades para trabajadores casados, el derecho de protección contra la pobreza y la exclusión social o el derecho a la vivienda<sup>39</sup>. No obstante estos avances, puede decirse, junto con Norberto Bobbio, que al actual sistema internacional de protección de derechos humanos le faltan algunas de las condiciones necesarias para garantizar el paso de los derechos en sentido débil a los derechos en sentido fuerte<sup>40</sup>. Por lo pronto, la garantía constitucional de derechos sociales fundamentales, a nivel nacional, aparece como el sistema más óptimo para la protección de los derechos humanos sociales.

---

38. S. Leckie. "Another Step Towards Indivisibility, Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights". *Human Rights Quarterly* No. 20, 1998, p. 84.

39. *Ibid.*, pp. 84-85.

40. N. Bobbio. "Menschenrechte und Gesellschaft (1988/89)". En: N. Bobbio. *Das Zeitalter der Menschenrechte. Ist Toleranz durchsetzbar?* Berlin, s.f., p. 83.

### 3.2 *Sociedades bien ordenadas y sociedades no bien ordenadas*

Para el logro de una protección adecuada de los derechos sociales, humanos o fundamentales, es importante la distinción entre sociedades bien ordenadas y sociedades no bien ordenadas. En sociedades bien ordenadas<sup>41</sup>, la satisfacción de las necesidades básicas de la población está legalmente asegurada. En estas circunstancias, puede nacer un sentimiento de justicia en cada persona<sup>42</sup>. En este tipo de sociedades, la conciencia de la importancia de los derechos humanos sociales es reducida, en gran parte porque se tienen como algo sobreentendido<sup>43</sup>. Sólo ahora, con los peligros del desmonte del Estado de bienestar, cobran significado los derechos sociales fundamentales por vía

- 
41. J. Rawls. *Op. Cit.*, pp. 94-95; J. Rawls. *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 410 ss.
  42. «The special conception [of justice, R.A.] is to govern societies which have developed to the point when, as Rawls says, 'the basic wants of individuals can be fulfilled' and social conditions allow 'the effective establishment of fundamental rights'. If these favorable conditions do not obtain, equal liberty may be denied, if this is required to 'raise the level of civilization so that in due course these freedoms can be enjoyed'». H.L.A. Hart. *Between Utility and Rights*. *Op. cit.*, p. 226.
  43. Al respecto anota Frank I. Michelman: «[T]he better-ordered the society is supposed to be, the less interested we become in the question of judicially enforceable constitutional rights, especially welfare rights. And so, insofar as the theory of justice as fairness is simply an expression of Rawls' understanding of what a well-ordered society would be like, we should not expect him to be greatly troubled by the theory's questionable ability to generate justifiable welfare rights. «Judicial protected substantive constitutional rights seem intuitively as plausible in nonideal theory as they are dubious in ideal theory [...].» F. I. Michelman. "In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls's Theory of Justice". *University of Pennsylvania Law Review* No. 121, 1973, pp. 996-997.

de la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades. De cualquier forma, un derecho al mínimo existencial, el cual incluye los derechos sociales fundamentales mínimos, parece un límite constitucional infranqueable en el desmonte de los servicios públicos estatales<sup>44</sup>.

Tratándose de sociedades no bien ordenadas,<sup>45</sup> las cosas son a otro precio. Porque las instituciones adecuadas para el aseguramiento de las necesidades básicas de los miembros de la comunidad no están consolidadas, los derechos humanos sociales adquieren elevada importancia, tanta o más que la atribuida a los derechos de libertad clásica<sup>46</sup>.

---

44. Véase: D. Murswiek. "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte". En: J. Isensee/P. Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1992, p. 284.

45. «A society which cannot produce enough to satisfy everyone's basic wants is, by definition, not a society in which 'equal liberties can be fully enjoyed'». F. I. Michelman. "In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls's Theory of Justice". *Op. cit.*, p. 1000. En este orden de ideas, una sociedad no bien ordenada podría caracterizarse, grosso modo, por lo siguiente: disfuncionalidad extendida de los órganos del Estado (corrupción, ineficiencia, conflictos interinstitucionales, etc.) en el desempeño de sus funciones; baja participación política; pobreza extrema de amplios sectores de la población y alta concentración de la riqueza en pocas familias o grupos sociales; elevado desempleo y ausencia de apoyos estatales a los excluidos del aparato productivo; dependencia económica, esto es, tecnológica, financiera, científica e investigativa, de los países industrializados.

46. «The priority rule over political and civil liberties in A Theory of Justice is conditional on society enjoying rich resource and capital base. The social contract may well look different if matters were otherwise. We may view the state of economic development as a parameter of the social contract. It is possible that political and civil rights would not be awarded priority over socioeconomic rights in a hypothetical social contract written of a poor society». P. Dasgupta. *Op. cit.*, p. 47.

En algunas sociedades no bien ordenadas, la justicia constitucional manobra en contra de las omisiones estatales en el cumplimiento de sus fines, de forma que el déficit de participación democrática es compensado con la constitucionalización de amplios ámbitos del derecho y de la vida social en general. En esto se muestra que los temores de una transición hacia un Estado judicial<sup>47</sup> no son sólo teóricos, sino reales. Estas son, sin embargo, las consecuencias indeseables de la disfuncionalidad estatal, más no del principio de inmutabilidad de los derechos fundamentales. Una Corte Constitucional no puede ser, en un Estado Social de Derecho una convidada de piedra frente a la inacción legislativa.

Cuándo una omisión absoluta del Estado conlleva a la violación de un derecho social fundamental, es algo más fácilmente determinable en una sociedad no bien ordenada. Se trata, por lo general, de una inactividad protuberante del Estado en terrenos cuya acción es objetivamente necesaria para la realización de un derecho fundamental. Piénsese en los servicios básicos de salud y de educación: su deficiente prestación conduce a la violación de los derechos fundamentales de amplios sectores pobres que por su cuenta no pueden contratar privadamente estos servicios.

### *3.3 Jurisdicción constitucional para la protección de derechos sociales humanos y fundamentales*

El ejemplo del derecho social fundamental a la educación ilumina lo que son las condiciones reales de su

---

47. E-W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt A/M, 1992, p. 150.

eficacia en países subdesarrollados. Pese a que ese derecho es garantizado a nivel constitucional como un derecho individual a recibir educación gratuita en las instituciones del Estado hasta determinado grado, en la práctica dicho derecho se queda escrito. Cabe preguntarse si ante condiciones extremas de pobreza se presenta una violación del derecho a la educación que pueda ser objetivamente establecida.

La exigencia de una mesada dineraria de sostenimiento a la niñez amenazada por la pobreza en su disfrute del derecho fundamental a la educación, podría verse como una vulneración del principio democrático y de separación de poderes: sólo el legislador podría reconocer un tal derecho legal, mediante la destinación presupuestal correspondiente. La omisión de trato favorable al grupo infantil en situación de necesidad económica que le impide el acceso efectivo a la educación, no parece ser una razón suficiente para fundamentar la violación del derecho fundamental individual, porque aquí la omisión estatal es absoluta y afecta genéricamente a amplios sectores de la población. Por este motivo, se requiere de un criterio adicional que permita establecer la posible violación de un derecho social fundamental por omisión, sin pasar por alto los principios democrático y de separación de poderes.

La llave de la solución es nuevamente la tesis de la urgencia. La urgencia de la situación concreta para el individuo, esto es, la alta probabilidad de la afectación indirecta de otros derechos fundamentales (teoría de la conexidad) justifica la aplicación de un control de resultado aplicable a la actuación omisiva del Estado

por vía de una demanda de protección de los derechos fundamentales.

En contra del reconocimiento de un derecho al apoyo dinerario para la realización efectiva del derecho fundamental a la educación podría decirse, además de lo anterior, que tal medida no es financiable. En contra de esta argumentación cabe sostener lo siguiente. Primero, que aquí no está en juego el reconocimiento *erga omnes* de un tal derecho por parte del juez constitucional, lo que constituiría una usurpación indebida de competencias legislativas. Segundo, no todos los menores requieren ayuda financiera para acceder a la educación pública y no todos estarían dispuestos a aceptar una ayuda social. Tercero, los argumentos de la no financiability y de la separación de poderes han sido válidamente refutados por Henry Shue<sup>48</sup> al demostrar que la protección de todo derecho – incluso los derechos de libertad– cuesta dinero, lo que conlleva *de facto* una restricción de las competencias legislativas. Entonces el problema se desplaza a un problema de equidad en el reparto de bienes y servicios, de derechos y deberes, de ventajas y cargas, lo que nos remite nuevamente al modelo de Estado acogido constitucionalmente.

Debido a que las circunstancias concretas del sujeto son jurídicamente relevantes para determinar la posible violación de sus derechos fundamentales, es la acción judicial para protección de derechos fundamentales –en Colombia la acción de tutela–, un mecanismo idóneo para tramitar estos asuntos. Quien pretenda aducir la violación de un derecho social fundamental

---

48. Véase: H. Shue. *Basic Rights. Op. cit.*, pp. 35 ss.

como consecuencia de una omisión estatal absoluta, debe demostrar, empíricamente, las consecuencias inconstitucionales de dicha omisión que justifican su solicitud de protección.

La utilización de argumentos consecuencialistas en la determinación de posiciones jurídicas individuales –con la consiguiente restricción de las competencias de otros órganos estatales– exige un concepto de derechos subjetivos crecientemente sensible frente al desconocimiento de los derechos humanos y los derechos fundamentales<sup>49</sup>. Por tal motivo, la protección óptima de los derechos humanos sociales –mientras subsista tan grave disfuncionalidad de la representación política–, consiste en erigir una jurisdicción constitucional, a nivel nacional o regional, que evite la violación de los mismos y contribuya a su realización con el refuerzo de sistemas morales y políticos de protección.

Con esto se consideran refutados las objeciones en contra de los derechos humanos sociales, que los consideran antidemocráticos y enemigos del Estado de derecho. Todo derecho humano es en algún sentido antidemocrático, ya que defiende al sujeto en su dignidad y frente a las mayorías. Además, el Estado democrático moderno no es un Estado democrático de derecho, sino un Estado constitucional y democrático de derecho<sup>50</sup>, que asume una función de control constitucional para la protección de todos los derechos funda-

---

49. R. Rorty. "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad". En: S. Shute/S. Hurley (Editores). *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998, pp. 134-135.

50. Véase: R. Alexy. *La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*. *Op. cit.*, pp. 17 ss.

mentales. Por ello, el control de cumplimiento de un mínimo de justicia material, mediante la realización de los derechos humanos sociales, no es, en principio y por ahora, asunto de un sistema de protección regional o internacional, sino la tarea del juez constitucional como ejecutor del Estado constitucional y democrático de derecho.



**LOS DERECHOS HUMANOS  
EN LA POSMODERNIDAD**

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Originalmente este artículo fue publicado por la Oficina do Centro de Estudos Sociais de Coimbra en junio de 1989. La traducción del portugués fue realizada por el profesor Ramiro Ceballos de la Universidad de Pamplona. La traducción y publicación han sido autorizadas por el autor.

Los derechos humanos son una de las promesas principales del proyecto de la modernidad y, en apariencia, una de las promesas que obtuvo un mayor grado de realización. Prueba de ello es el consenso, tanto práctico como ideológico, que existe en los países centrales en torno a los derechos humanos. Como dice Manuel Atienza<sup>1</sup>, la ideología de los derechos humanos «marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión Ética y Política» y desempeñan un papel semejante al del cristianismo en la Europa medieval. Ya antes, Elías Díaz anotaba que «a pesar de la fundamental diversidad entre las diferentes ideologías y concepciones del mundo, hoy es extraordinariamen-

---

1. M. Atienza. *Introducción al derecho*. Barcelona, Barcanova, 1985, p. 165.

te difícil encontrar a alguien (individuo o Estado) que se reconozca, abierta o explícitamente, contrario a los derechos humanos, así genéricamente considerados»<sup>2</sup>.

Esta convergencia y unanimidad convirtió los debates fundadores sobre los derechos humanos en estériles o académicos, (como por ejemplo, el debate sobre su fundamento histórico o absoluto, político o ético) y permitió concluir que, sobre tal materia, si no todo está hecho, en cualquier caso, todo estaría dicho.

Este consenso es un fenómeno sociológico importante en sí mismo y merece por eso alguna reflexión. En primer lugar, cabe indagar en qué medida el consenso está relacionado con la ambigüedad conceptual de los derechos humanos. Esto supondría que una mayor precisión en el concepto hará surgir, en lugar del consenso, el disenso y la divergencia. El consenso no es una conquista ideológica incondicional y ello tiene un costo, que algunos considerarán elevado, y es precisamente el de la ambigüedad conceptual. En segundo lugar, puede preguntarse si el consenso sólo se refiere a los derechos humanos de primera generación o si, por el contrario, abarca también a los derechos de segunda y tercera generación. De la respuesta a esta pregunta depende el saber si el consenso es el resultado de una práctica de inclusión o de exclusión de los derechos humanos. En tercer lugar, siendo verdad que el consenso sobre los derechos humanos ejerce una función legitimadora del poder político y que los mismos son consignados en conceptos y normas abstractas, se

---

2. E. Díaz. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid, Civitas, 1977, p. 126.

debe investigar en qué medida esta función puede ser ejercida independientemente de un juicio social sobre su efectiva aplicación, sobre todo en aquellos países cuya cultura jurídica y política dominante favorece las proclamaciones legales en detrimento de la evaluación de las prácticas sociales.

Estas propuestas de reflexión muestran que sobre los derechos humanos no todo está realmente dicho, que lo que falta decir apunta hacia una mayor precisión conceptual y que es necesario abordar los derechos humanos emergentes y las luchas sociales por la traducción social de sus promesas.

## 1. Los derechos y la modernidad

Los derechos humanos son parte integral del proyecto ambicioso y revolucionario de la modernidad. Dicho proyecto se sostiene sobre dos pilares: el pilar de la regulación social y el de la emancipación social, cada uno de los cuales está constituido por tres principios o lógicas<sup>3</sup>. El pilar de la regulación está constituido por el principio del Estado, por el principio del mercado y por el principio de la comunidad. El pilar de la emancipación está constituido por tres lógicas o tipos de racionalidad: la racionalidad estético-expresiva del arte y de la literatura, la racionalidad práctico-moral de la ética y el derecho, y la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y de la técnica.

Se trata de un proyecto de gran complejidad, rico

---

3. Véase: B. de Sousa Santos. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1998, capítulo 4.

en ideas e ilimitado en sus promesas, que tiene por objetivo vincular el pilar de la regulación al pilar de la emancipación y articular estos dos pilares con la concretización de los objetivos prácticos de racionalización global de la vida individual y colectiva. Esta doble vinculación tiende a asegurar el desenvolvimiento armonioso de valores tendencialmente contradictorios como la justicia y la autonomía, la solidaridad y la identidad, la emancipación y la subjetividad, la libertad y la igualdad. Esto es posible porque la constitución abstracta de los valores no da primacía a ninguno de ellos y porque sus tensiones mutuas serán reguladas por principios complementarios. En estas condiciones, todas las tensiones posibles son positivas y las incompatibilidades provisionales entre los valores, se transforman en una competencia *ad infinitum* según las reglas de un juego de suma positiva.

En estos términos, las posibilidades de realización del proyecto de la modernidad son infinitas y, por eso mismo, comportan tanto un exceso de las promesas como un déficit de su cumplimiento. Los derechos humanos son, tal vez, una de las promesas más ampliamente cumplidas. Sin embargo, en este campo es fácil detectar los déficit de cumplimiento, que se han agravado en los tiempos recientes como consecuencia de la crisis global del proyecto de la modernidad.

Desde mediados del siglo XVIII, la trayectoria de la modernidad está vinculada al desarrollo del capitalismo en los países centrales y esto puede ilustrarse también en el campo de los derechos humanos. Este desarrollo puede dividirse en tres periodos: el periodo del capitalismo liberal, que cubre todo el siglo XIX; el pe-

riodo del capitalismo organizado, que se inicia a finales del siglo XIX y se prolonga hasta el fin de la década de los sesentas; y el periodo del capitalismo desorganizado que se inicia entonces y se prolonga hasta hoy. Esquemáticamente puede decirse que el primer periodo es un periodo de expansión y consolidación de los derechos civiles y políticos, pues como se sabe, el componente democrático del Estado liberal comenzó siendo muy tenue y sólo se fue ampliando como producto de las luchas sociales comandadas por los trabajadores. El segundo periodo está dominado por la conquista de los derechos sociales y económicos, la segunda generación de los derechos humanos, y por el desarrollo de la forma política del Estado-providencia o Estado Social de Derecho. El tercer periodo es complejo. En él se ha puesto en cuestión a los derechos sociales y económicos pero, por otro lado, se viene luchando por lo que podría considerarse la tercera generación de los derechos humanos, es decir, derechos culturales y postmaterialistas, que anuncian modos alternativos de vida (ecológicos, pacifistas, antirracistas, antinucleares).

Si analizamos con más detalle el contenido de los derechos humanos en estos tres periodos verificamos que las conquistas efectivamente consolidadas, a pesar de su aspiración universalista, estuvieron subordinadas a las exigencias del desarrollo del capitalismo en los países centrales, pues tuvieron que confrontar sus consecuencias y no sus causas.

Las relaciones sociales capitalistas generan tres formas específicas de desigualdad: una desigualdad política que se traduce en el concepto de dominación; una

desigualdad socioeconómica que se traduce en el concepto de explotación; y una desigualdad simbólico-cultural que se traduce en el concepto de alienación. Las luchas por los derechos humanos en el periodo del capitalismo liberal buscaban confrontar y democratizar, en la medida de lo posible, la forma política de las relaciones sociales capitalistas y esto hizo que su objetivo central fueran las luchas contra la dominación. Las luchas del periodo del capitalismo organizado tuvieron como objetivo privilegiado la forma social y económica de estas relaciones y, por tanto, su objetivo se centro en la explotación. Por último, las luchas del periodo del capitalismo desorganizado han venido a incidir, fundamentalmente, en la dimensión simbólico-cultural de las desigualdades, es decir, en el terreno de la alienación. El valor democrático dominante tras las luchas sociales por los derechos humanos fue, en el primer periodo, la libertad; en el segundo, la igualdad, y en el tercero la autonomía y la subjetividad.

En todos los periodos lo que se ha consolidado es la libertad posible, la igualdad posible y la autonomía y subjetividad posibles en el marco de las relaciones sociales capitalistas. Se trata, con todo, de posibilidades, activas y creadoras en la medida en que las luchas sociales por los derechos transformarán significativamente las relaciones sociales capitalistas. Hasta dónde pueda llegar tal transformación es un asunto de debate. Las posiciones más optimistas vaticinan que esa transformación continuará, se ampliará y se profundizará hasta que ya no sea siquiera adecuado hablar de relaciones sociales capitalistas. Pero los signos más recientes no parecen apuntar en esa dirección y aconse-

jan moderar nuestro optimismo. En primer lugar, porque el capitalismo no parece atravesar ninguna crisis significativa y mucho menos una crisis de identidad. Por el contrario, son los derechos humanos los que parecen estar en crisis. La crisis del Estado-providencia y las filosofías políticas neocontractualistas, tan en boga últimamente, ponen en entredicho los derechos humanos de segunda generación, que hace algunos años parecían una conquista irreversible.

Si asumimos, según lo expresa Elías Díaz, que «los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa»<sup>4</sup>, entonces, la crisis de los derechos humanos de segunda generación parece arrastrar consigo la crisis de los derechos de primera generación, y esto conduce hacia un creciente autoritarismo y una nueva reformatización de la democracia. Por otro lado, si los derechos humanos de tercera generación, (derechos culturales vinculados a la autonomía y subjetividad) no se sustentan en los derechos humanos de las primeras generaciones, se perfilaría una crisis de civilización más profunda que las crisis de un determinado modo de producción.

En este sentido, lo que está verdaderamente en juego es la crisis del proyecto de la modernidad como un todo. Una crisis que se revela, en los países capitalistas centrales, con la sensación de bloqueo global, brillantemente analizada por Claus Offe<sup>5</sup>. En estas socieda-

---

4. E. Díaz. *Op. Cit.*, p. 138.

5. C. Offe. «The utopia of the zero-option. Modernity and Modernization as Normative Political Criteria». *Praxis Internacional*. 1987, p. 1.

des la desregulación y la flexibilidad, observables en varios sectores de la vida colectiva, coexiste con una espesa atmósfera de rigidez y de inmovilidad en el nivel global de la sociedad. El aumento de las alternativas de elección, propiciado por la sociedad de consumo, tiene como contrapartida una creciente disminución de la capacidad de escoger. Por otro lado, en el final de los monopolios de la interpretación de la *lebenswelt* —la vida buena— (la familia, la iglesia, el partido, el Estado) no aparece la autonomía de la interpretación y el florecimiento de comunidades interpretativas, sino más bien la renuncia a la interpretación.

En el dominio de la racionalidad práctico-moral, más directamente relacionado con los derechos humanos, los dilemas son fundamentalmente cuatro: en primer lugar, los valores de la modernidad, tales como la autonomía y la subjetividad, aparecen cada vez más divorciados de las prácticas políticas y del ámbito cotidiano, a pesar de las infinitas alternativas que pueden estar a nuestro alcance. En segundo lugar, la regulación jurídica de la vida social se alimenta de sí misma (una regulación que origina siempre otra), al mismo tiempo que el ciudadano, abrumado por un conocimiento jurídico especializado y por la sobrejuridización de su vida, aparece despojado de su buen sentido o sentido común, la forma de conocimiento de la cual se valió la burguesía en el siglo XVIII para demostrarle a la aristocracia que también sabía pensar. En tercer lugar, y como bien lo señala Karl-Otto Apel, la modernidad nos confinó en una ética individualista, una microética que nos impide reclamar, y hasta inclu-

so pensar, responsabilidades frente a acontecimientos globales como la catástrofe nuclear o ecológica, de la cual todos pueden ser responsabilizados, aunque ninguno de forma individual<sup>6</sup>. Finalmente, la lógica contradictoria y exclusivista de la modernización hace posible la negación de los valores fundamentales de la modernidad, a través de procesos de racionalización legitimados en función de la afirmación e instrumentalización de esos mismos valores.

La lucha por los derechos humanos, tan compleja como ha devenido, participa de todos estos dilemas. Complementariamente, al estar anclados en el orden jurídico estatal, los derechos humanos, generales y abstractos, participan de la crisis del derecho y de la crisis del Estado. Frente a todo esto es preciso intentar pensar de nuevo la cuestión de los derechos y, como esta reflexión ha de ser construida sobre la base de la crisis final de la modernidad, tiene sentido entonces hablar de una concepción posmoderna de los derechos humanos.

## 2. Los derechos humanos y la posmodernidad

Una concepción como esta se debe fundar en dos cuestiones: la primera, tiene que ver con la naturaleza y el ámbito de los derechos humanos por los que se debe luchar. La segunda, se refiere a los tipos y a los objetivos de las luchas a emprender.

En lo referido a la naturaleza de los derechos, se observa que el paradigma de la modernidad concibió los derechos humanos como emanación del derecho y

---

6. K. O. Apel. « The situation of humanity as an Ethical Problem». *Praxis International*. 1984, p. 4250.

a éste como emanación del Estado. En consecuencia, a partir del ideario de los derechos sólo se confrontó el poder del Estado y sólo el derecho del Estado sufrió el impacto democratizador promovido desde los derechos humanos. Se olvidó que en la sociedad hay varios modos de producción del poder y del derecho, y que el Estado es apenas uno de ellos, aunque sea el más importante. Se omitió, por tanto, la cuestión del pluralismo jurídico, sobre todo, en el sentido que le dieron la sociología y la antropología. Por ejemplo, se olvidó que el espacio de la producción es un campo jurídico donde el derecho estatal (el derecho laboral, civil o económico) se articula con el derecho no estatal, originario de las relaciones sociales en el interior de la fábrica. Lo mismo se puede decir del espacio de la familia, donde el derecho estatal (derecho de familia y de menores) se combina y se confronta con un orden jurídico doméstico, originario de las relaciones sociales patriarcales dominantes en el seno de la familia.

El hecho de que los derechos humanos se confinaron al derecho estatal limitó su impacto democratizador, pues los dejó convivir con otros derechos no estatales, como el derecho de la producción en la fábrica o el derecho patriarcal en la familia, sin afectar sus naturalezas despóticas y antidemocráticas. En otras palabras, el individuo titular de los derechos humanos fue siempre el ciudadano en el espacio público, antes que en el espacio familiar o en el espacio de la producción, a pesar de que la mayor parte de su vida la pasará en estos últimos ámbitos. Sin embargo, hoy se torna claro que la expansión de la ciudadanía y la profundización de la democracia tienen que involucrar esos espacios y

para ello es necesario concebirllos como espacios diferentes de interacción política.

Adicionalmente, la concepción del derecho que sustenta los derechos humanos es universal, general y abstracta, y al igual que la arquitectura modernista, niega el contexto en que se inserta. Esta negación se traduce en una atención casi exclusiva al cuadro de la promulgación de los derechos y en la negación consiguiente del cuadro de aplicación. La negación del contexto, que fue transformada en conquista científica por la ciencia jurídica, posibilitó la creación de un conocimiento técnico hiperespecializado sobre el derecho y dejó al ciudadano vulgar desarmado en su sentido común jurídico. Este desarme, que posibilitó la fácil legitimación del poder político, aumentó la distancia entre los ciudadanos y el derecho y, concomitantemente, entre representados y representantes.

En contraposición a este proceso, hoy comienza a predominar un pensamiento de emancipación concreta; un pensamiento contextual que no recusa el carácter utópico de los derechos humanos, pero exige que su utopía, por más radical que sea, se traduzca en una cotidianidad diferente de un modo de más auténtico. Paralelamente, se vuelve cada vez más evidente que la lucha contra la dominación es una exploración sólo eficaz en cuanto lucha contra la alienación. Esta emergencia del contexto significa, ante todo, la revalorización de la sociología de los derechos humanos. No se desconoce que las declaraciones de los derechos tienen eficacia simbólica en sí mismas, pero se exige que dicha eficacia no se obtenga de la discrepancia entre tales declaraciones y la vida práctica de los ciudada-

nos. Se exige, en suma, que los derechos humanos sean aplicados efectivamente. El proyecto de la modernidad sacralizó el derecho y trivializó los derechos. Tenemos ahora que hacer la tarea opuesta: trivializar el derecho y sacralizar los derechos.

### 3. Los nuevos movimientos sociales

La reivindicación de un pensamiento y de una práctica contextual nos conduce a la pregunta por el ámbito y el tipo de luchas sociales por los derechos humanos que se deben emprender. Esta cuestión, como también la anterior, tiene especial interés en sociedades de desarrollo intermedio, con una posición mundial intermedia y de intermediación entre los países centrales y los países periféricos<sup>7</sup>; sociedades que han pasado en este siglo por un largo periodo de gobierno autoritario, seguido de transiciones democráticas más o menos convulsivas, que permitieron abrir la construcción de regímenes democráticos.

En estas sociedades la lucha por los derechos civiles y políticos fue más tardía y accidentada que en los países centrales, y podemos decir que sólo en los últimos quince años se ampliaron significativamente los derechos sociales y económicos. Esto significa que los derechos humanos de tercera generación son derechos emergentes. Esta falta de sincronía en relación con los países centrales suscita dos problemas: el primero es el de la discrepancia entre derechos promulgados y derechos efectivamente aplicados. Si este problema es, como ya dije, un problema general, para el caso de

---

7. Caso de España y Portugal.

nuestras sociedades se torna especialmente grave. Por razones que no podría detallar aquí, la distancia entre cuadros legales y prácticas sociales tiende a ser en nuestras sociedades mayor que en las sociedades centrales, lo que exige de nuestra parte una mayor vigilancia sociológica. El segundo problema es que en estos países, al contrario de lo que sucedió en los países centrales, no es posible pensar de modo secuencial la lucha por los derechos humanos. De hecho, en nuestros países no tiene sentido hablar de varias generaciones de derechos humanos. Más que en cualquier otra sociedad, no podemos nosotros esperar la plena consolidación de los derechos civiles y políticos para después luchar por los derechos sociales y económicos. En estas sociedades estamos forzados a un cortocircuito histórico, a una lucha simultánea contra la dominación, la explotación y la alienación, lo cual confiere a la estrategia de los derechos humanos una especial complejidad.

El carácter intermedio de nuestras sociedades y las complejidades específicas que esto genera, nos colocan en una posición privilegiada para intervenir en otro aspecto del nuevo cuestionamiento en torno al ámbito de las luchas por los derechos humanos. Estas han sido luchas predominantemente nacionales orientadas a obtener del Estado nacional una protección, cada vez más amplia, de dichos derechos. Pero, si el ámbito nacional garantizó en el pasado la eficacia de la lucha por esos derechos, hoy corre el riesgo de convertirse en un obstáculo. La internacionalización creciente de la vida económica y social, y la consecuente desterritorialización de las dimensiones políticas, éticas, sociales y culturales de la condición humana, nos muestra que la

consolidación de los derechos humanos en los países centrales será precaria si en los países periféricos la abrumadora mayoría de la población mundial continúa privada de muchos de esos derechos y, sobre todo, privada de las propias condiciones de sobrevivencia inmediata. Los avances recientes en el diálogo este-oeste no han sido secundados por avances paralelos en el diálogo norte-sur. Desde esta perspectiva, la lucha por los derechos humanos reclama, no el bello internacionalismo de clases, sino un nuevo internacionalismo de ciudadanía, es decir, un ámbito de lucha por los derechos radicalmente ampliado que permita enriquecer, al mismo tiempo, nuestra experiencia histórica sobre los tipos de luchas.

En los países centrales las luchas por los derechos de primera y segunda generación fueron agenciadas por movimientos sociales que se cristalizaron en dos formas organizativas principales: el partido y el sindicato. Se trataba de organizaciones basadas en la profesionalización de sus cuadros, en la centralización y en la jerarquización de poderes y funciones, es decir, organizaciones con una estructura organizativa que limitaba la participación y que reproducía, por momentos, los vicios de la burocracia y el poder estatal contra los cuales pretendía luchar.

La lucha por los derechos de tercera generación se traduce en lo que llamamos nuevos movimientos sociales (el movimiento urbano, el ecológico, el feminista, el antinuclear, el pacifista, el antirracista y el movimiento estudiantil). Estos movimientos tienen una forma organizativa basada en los principios de la democracia de base, de autogestión, derecho a la diversidad

y a la individualidad, autonomía local y regional, desprofesionalización y descentralización.

La experiencia social de los nuevos movimientos sociales de los países centrales se puede enriquecer mucho con la experiencia de los movimientos populares de América Latina<sup>8</sup> que han movilizado a muchos miles de personas y han creado nuevas formas de lucha, más eficaces y participativas, en pro de los derechos. Es cierto que son muchas las diferencias entre estos movimientos y los nuevos movimientos sociales en los países centrales más desarrollados<sup>9</sup>, pero podemos señalar, que tanto en el centro como en la periferia, lo que está en juego es la creación de nuevos espacios políticos, la ampliación del espacio público, la creación de nuevas identidades y de sujetos colectivos con capacidad de profundizar la democracia en el propio proceso de lucha por su consolidación.

En su heterogeneidad estos movimientos sociales testimonian la vitalidad de una concepción emergente

- 
8. Por ejemplo: los movimientos por los derechos humanos, las Madres de la Plaza de Mayo, las Comunidades Eclesiales de Base, los movimientos en los barrios marginales. Véase: E. Viola y M. Scott. «Novos Movimentos Sociais: cultura política e democracia: Brasil e Argentina». En: I. Scherer-Warren e P. Krischke (Orgs.) *Uma Revolução no Quotidiano? Os Novos Movimentos Sociais na América do Sul*. Sao Paulo, Brasiliense, 1987, p. 102.
  9. Mientras los movimientos en los países desarrollados luchan contra la democracia representativa liberal, los movimientos de América Latina procuran implantarla en contra de los regímenes autoritarios, combinándola con la democracia de base; mientras los primeros luchan contra el consumismo y por la sobrevivencia universal, los segundos luchan por el consumo mínimo y la sobrevivencia inmediata; mientras los primeros son movimientos de las clases medias, los segundos son predominantemente movimientos populares.

de los derechos humanos a nivel mundial, una concepción menos resignada con la mera promulgación de los derechos y más atenta a las prácticas cotidianas en que se satisfacen efectivamente las necesidades materiales, afectivas y expresivas que nos confieren un sentido y un lugar en el mundo, en el mundo de los ciudadanos.

**MIRANDO AL SUDOESTE.  
LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS  
SOCIALES RESPECTO  
AL HECHO DE LA GUERRA**

JORGE GIRALDO RAMÍREZ

El presente artículo se nutre básicamente del estudio «El rastro de Caín. Una aproximación filosófica a los conceptos de guerra, paz y guerra civil», reorganizando las ideas sobre los derechos humanos e introduciendo algunos nuevos elementos.

La discusión contemporánea sobre ciudadanía y derechos sociales, y por extensión prácticamente toda la discusión en teoría y filosofía política, tiene como referentes conceptuales al Estado y a la sociedad civil. Más precisamente, rompiendo el modelo hegeliano-marxista que construyó dicha antinomia, se ha introducido una distinción triádica que presenta diversos subsistemas sociales como la economía, la administración pública y la sociedad civil<sup>1</sup> o mercado, Estado y sociedad, en otras versiones. Las formas de regulación social tradicionales del poder administrativo (gobierno y derecho) y la solidaridad (sociedad civil), se ven acompañadas, de hecho invadidas, por el dinero como mecanismo parcialmente articulador de las relaciones so-

---

1. J. Habermas. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998.

ciales, gracias a las nuevas formas del capitalismo y a la autonomía creciente del mercado.

Esta producción teórica, a la que con frecuencia atribuimos alcances universales —al menos en el dominio de la cultura y las sociedades occidentales—, ha sido explícitamente formulada, en los casos más representativos, como una reflexión situada en las condiciones de los países industrializados de Europa Occidental y Norteamérica. En este sentido es que John Rawls acuñó su fórmula de «sociedad bien ordenada»<sup>2</sup>, Richard Rorty habla de un «nosotros liberal»<sup>3</sup> o Jürgen Habermas de países con una «socialización política de tipo ilustrado»<sup>4</sup>. Estos presupuestos empíricos no se cumplen cabalmente en Latinoamérica. Ya es corriente hablar de la precariedad de los mercados, las limitaciones de los Estados y la debilidad de las sociedades civiles en la región, cuando no —y en interpretaciones radicales— de la inexistencia de ellos. Debido a esto cualquier discusión sobre el tema entre nosotros debe atender las trayectorias peculiares que estos tres sistemas han seguido en nuestro continente.

Mi preocupación, sin embargo, en este artículo va dirigida a discutir algunas implicaciones de la aparición de un cuarto sistema de regulación social: la guerra, y específicamente la guerra civil. ¿Por qué es relevante la guerra en relación con la ciudadanía y los derechos humanos sociales? Básicamente por su extensión y permanencia. La segunda mitad del siglo XX

---

2. J. Rawls. *Liberalismo político*. Barcelona, Crítica, 1996, §6.

3. R. Rorty. *Objetividad, relativismo y verdad*. Barcelona, Paidós, 1996, p. 239.

4. J. Habermas. *Op. Cit.*, p. 379.

fue un período prolífico en guerras civiles<sup>5</sup>, la inmensa mayoría de las cuales se presentaron en ese Sur económico y cultural que se extiende —aproximadamente— desde los 35 grados de latitud norte hacia el Polo Sur. Latinoamérica conoció en este período guerras civiles en nueve países y conatos de ellas en otros seis<sup>6</sup>. Algunas de esas guerras se desarrollaron intensamente en lapsos de tiempo apenas superiores a una década (Perú y El Salvador), mientras otras se han prolongado por más de 30 años (Guatemala y Colombia).

Colombia sobresale «en primer lugar, porque pone de manifiesto una continuidad histórica sin parangón en otros países de la región; segundo, porque el número de víctimas causadas por actos violentos excede marcadamente las cifras de otras naciones; tercero, porque también el círculo de actores colectivos violentos es más amplio que en otros casos próximos»<sup>7</sup>.

El hecho de la guerra y su permanencia hacen que los sistemas de la economía, la administración pública y la sociedad civil se adapten (perviertan) de acuerdo

- 
5. Según Klaus-Jürgen Gantzel, el 75% de las guerras que hubo en el mundo en los 45 años de la segunda posguerra mundial fueron civiles. Véase: P. Waldmann/F. Reinares. *Sociedades en guerra civil. Conflictos violentos de Europa y América Latina*. Barcelona, Paidós, 1999, p. 12.
  6. El concepto de guerra civil es de difícil formulación. Una definición inicial, e imprecisa, aludiría a aquel conflicto armado prolongado entre dos o más bandos organizados al interior de una unidad política. En lo que atañe al objetivo de este artículo no puedo ampliar esta discusión que desarrollo en otro lugar. También debo eludir la discusión, absurda pero aún vigente en el país, sobre si el conflicto colombiano es o no una guerra. Véase: J. Giraldo Ramírez. *El rastro de Caín. Guerra, paz y guerra civil*. Bogotá, Foro-Escuela Nacional Sindical, 2001.
  7. Véase: P. Waldmann/F. Reinares. *Op. Cit.*, p. 21.

a la ubicación de los teatros de contienda y a las estrategias, intereses y acciones de los diferentes actores. La soberanía del Estado queda en disputa y con ella la validez y la eficacia del orden jurídico, incluyendo la protección de los derechos humanos fundamentales. La sociedad civil se fractura, se debilitan las asociaciones de intereses colectivos, se opaca la autonomía de los liderazgos cívicos y se socavan las bases del ejercicio de la ciudadanía. La economía se deforma con el aumento desmesurado de los costos de transacción, el circuito del mercado se fracciona de acuerdo a las territorialidades bélicas y puede emerger una poderosa economía subterránea que alimenta y se sirve de la guerra. Los ejércitos privados pueden «constituirse en principio de orden, dirigir la vida en común, dirimir las disputas entre vecinos, sancionar las conductas consideradas por ellos como delictivas y ofrecer dominio y protección»<sup>8</sup>. El ejército oficial actúa, las más de las veces, como poder autónomo respecto al poder civil en la administración y como un «ejército de ocupación» respecto a la población.

En estas condiciones, las instituciones y relaciones que constituyen la sociedad política adquieren una fisonomía excepcional y el debate sobre la ciudadanía y los derechos —que es el que interesa aquí— cobra otras dimensiones bien distintas a las de los referentes modélicos del Norte Occidental. Por esta razón, las preguntas que han dado lugar a este artículo son pre-

---

8. M. T. Uribe de Hincapié. «Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz». *Estudios políticos No. 13*, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1998, p. 21.

guntas situadas en este sudoeste del mundo y, particularmente, en Colombia, país donde las guerras civiles han tenido una «inusitada continuidad»<sup>9</sup>. Dado el estado de la discusión respecto al caso colombiano, en este artículo me detendré especialmente en el desarrollo de cuatro aspectos que atañen a la relación de la ciudadanía y los derechos humanos sociales con el hecho de la guerra. Ellos se agrupan en dos apartados. El primero argumentará acerca de la prioridad de la vida como valor y como derecho y, en atención a las más frecuentes justificaciones de la guerra, presentará la defensa de la vida como único caso admisible de guerra justa. Se trata de relativizar el discurso de los derechos poniendo de presente la vida como fundamento existencial o material, si se quiere, de los derechos humanos. El segundo, revisará la evolución de los derechos en la teoría de la guerra civil y más precisamente en los tres paradigmas más importantes del derecho internacional público (iusnaturalismo, derecho europeo y nuevo derecho), y analizará la compleja situación de las libertades políticas y los derechos humanos sociales, especialmente, en los tres grandes momentos de la guerra (desencadenamiento, desarrollo, finalización). En esta parte se busca señalar que en el marco de la prioridad de la vida, y en relación con el hecho de la guerra, los derechos políticos tienen jerarquía sobre los derechos humanos sociales. Las conclusiones del artículo representan mi lectura de las ideas centrales y de las fuentes del nuevo derecho internacional.

---

9. P. Waldmann/ F. Reinares. *Op. Cit.*, p. 314.

## 1. La vida como valor supremo

### 1.1 La prioridad de la vida como fundamento de los derechos

La vida de los seres humanos es el único fundamento material y espiritual de los valores y de los derechos. La vida de los seres humanos es cooriginaria con la calidad de persona y con la dignidad que le corresponde, y es anterior a cualquier concepción de justicia y cuerpo jurídico de leyes. Este fundamento existencial u ontológico de los derechos es uno de los comunes denominadores implícitos en todas las declaraciones de derechos. Ninguna de ellas, hasta 1948, incluía la vida como un derecho, pues se partía del axioma de que la vida humana es el sustrato elemental de los derechos. La *Declaración Universal* de 1948 recoge, en el artículo 3, el derecho a la vida junto a la libertad y la seguridad. De esta manera la vida adquirió el carácter de derecho y, por tanto, de bien jurídico. Sin embargo, el propio derecho a la vida como tal, sigue siendo subsidiario respecto a la vida como fundamento existencial de todo derecho, de todo valor y de todo sentido. Las discusiones que implican la integralidad de los derechos humanos (el debate sobre la posible separación de los derechos civiles y políticos de los económicos y sociales o acerca de la prioridad de la libertad o la igualdad, en términos más generales) presumen siempre el hecho de la vida de los seres que son titulares de esos derechos.

Estamos hablando de la vida de cada ser humano, de cada persona individual. Las mistificaciones del tipo que sostienen que «el individuo es mortal pero el hombre permanece»<sup>10</sup>, son inadmisibles en tanto el hombre

---

10. D. Botero Uribe. *Vida, ética y democracia*. Santafé de Bogotá, ILCG, 1995, p. 19.

en general, abstracto, no tiene existencia material, no es un ente real. Aquí cabe, como argumento filosófico, la advertencia de Marx: «Hay que evitar ante todo el hacer de nuevo de la ‘sociedad’, una abstracción frente al individuo»<sup>11</sup>. Ni la sociedad, ni la humanidad existen fuera de las personas. La especie no tiene algo así como la vida, más allá de la vida de los individuos que la componen. La vida es un atributo esencial del individuo; tienen vida los seres humanos: aquella mujer, este niño, aquel anciano, este trabajador. Esta es la razón por la cual resulta absurdo cualquier sacrificio de los seres humanos concretos en aras del hombre abstracto y genérico.

Esto no quiere decir que, en palabras de Walter Benjamin, lo humano sea «idéntico a la mera vida del hombre»<sup>12</sup>. Significa simplemente, que tenemos que considerar la muerte como la clausura de todas las posibilidades del ser humano y, por esta misma razón, admitir que «el no-ser del hombre es más terrible que el necesariamente prosaico no-ser-aún del hombre justo»<sup>13</sup>. Esta es una verdad de a puño, básica e incondicional. El tema remite al concepto planteado en el helenismo de *vita vitalis*<sup>14</sup>, esto es, la vida digna de ser vivida, que es un concepto puramente normativo, que

---

11. K. Marx. *Manuscritos: Economía y filosofía*. Madrid, Alianza, 1974, p. 146.

12. W. Benjamin. «Para una crítica de la violencia». En: W. Benjamin. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Madrid, Taurus, 1991, p. 43.

13. *Ibid.*, p. 43.

14. Al respecto Gorgias introduce la discusión en «La defensa de Palamedes». Véase: Protágoras y Gorgias. *Fragments y testimonios*. Buenos Aires, Orbis, 1984, pp. 167-177.

alude a lo que debiera ser la vida de cada ser humano de tal modo que correspondiera a la dignidad que la humanidad comporta o, de una manera exigente, a peculiares aspiraciones de felicidad. Pero no puede oponerse al hecho existencial de vivir como única e insustituible realidad sobre la cual puede pensarse cualquier idea de la vida buena. Como lo recuerda William Munny, el personaje de Clint Eastwood en la película *Los imperdonables*, lo aterrador de matar a un hombre es que «se le priva de lo que tiene y de lo que puede tener».

Esta palmaria verdad se esfuma en tiempos de paz, como la importancia de los bienes esenciales —agua, aire, sosiego, libertad— cuando hay abundancia de ellos. La guerra debe desvelar la vigencia de este fundamento oculta por una cotidianidad que parece ser natural. La guerra es por definición una de las maneras de negar la vida y, si nos atenemos a los hechos, la manera más espectacular y multitudinaria de matar. Las concepciones del bien que subestiman el carácter dañino de la guerra, lo hacen relativizando el valor de la vida, supeditándolo a otros bienes supuestamente más altos y nobles como la justicia, la libertad, la verdad, el Dios único y verdadero, la única ideología correcta o el poder político de una clase social presuntamente mayoritaria. En ellas, la vida no tiene sentido sin la vigencia del particular bien prioritario que se enarbola. Todas estas concepciones corresponden lógicamente a una fase anterior al tiempo de los derechos, que es un tiempo reciente considerando que la *Declaración Universal* (1948) sólo tiene medio siglo —y aún es cuestionada por una porción significativa de los países del mundo—, o

que en Colombia, por ejemplo, sólo tienen fuerza jurídica y legitimidad desde 1991. No es casual que el tiempo de los derechos sea a la vez el tiempo de la paz, lo que se expresa en la condena de la guerra y la penalización de los crímenes contra la paz desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial. La coincidencia de ambos tiempos pone de presente la conexión conceptual entre el axioma fundamental de la vida y el ejercicio de los derechos. El hecho de la guerra, asumido como medio normal y legítimo de resolución de conflictos, pertenece a la fase en que no existe una conciencia de los derechos humanos. Ciertamente la humanidad ha asumido, en la segunda mitad del siglo XX, una nueva jurisprudencia<sup>15</sup> mundial que incorpora la idea de los derechos humanos y condena la guerra. Este giro iusfilosófico representa la más decantada herencia de la Ilustración y concuerda con los mejores ideales emancipatorios y humanistas. Las conclusiones más radicales de este cambio son: (1) que el discurso de los derechos presupone conceptualmente un discurso de paz, y (2) que el discurso de la guerra por los derechos es un discurso teóricamente contradictorio y prácticamente violatorio de ellos.

Específicamente en Latinoamérica, las guerras civiles de las últimas cinco décadas han sido presentadas por los bandos insubordinados, que en términos de Clausewitz, plantean el «objetivo positivo», como guerras por la justicia o, lo que es lo mismo, como guerras por los derechos, básicamente económicos y so-

---

15. Utilizo el término jurisprudencia en el sentido de validez hegemónica en el campo filosófico, con sus respectivas manifestaciones en el derecho.

ciales. Esta situación constituye una paradoja puesto que se hace la guerra para exigir el cumplimiento de los derechos, se asesina en nombre de derechos humanos cuyo cumplimiento presupone la vida. En otras palabras, se destruyen vidas humanas para reclamar derechos que tendrán un incierto, anónimo, y cada vez más improbable número de titulares. El caso colombiano ilustra dramáticamente el contrasentido fáctico que se deriva de aquí, pues se trata de una guerra civil a la que se atribuye un origen en el problema campesino (que en nuestra región sigue siendo de manera importante el problema de la tierra), pero cuyas principales —y durante largo tiempo exclusivas— víctimas son los habitantes del campo, en especial de las regiones más atrasadas y pobres. No se trata sólo de los 30 mil campesinos muertos entre 1990 y 1999, o del millón y medio de desplazados forzados entre 1995 y 1999, sino también de que durante la guerra la estructura de la tenencia de la tierra ha cambiado vertiginosamente en contra de los intereses del campesinado pobre y medio, y la pálida democracia representativa en los pequeños municipios del país se ha tornado en la dictadura de los diferentes señores de la guerra.

### *1.2 La defensa de la vida como única causa legítima de guerra justa*

Llegar a un tiempo de paz, en el plano normativo, ha implicado un camino largo y tortuoso para la humanidad. La simple idea de que la apelación a las armas requería una justificación le tomó a la humanidad varios milenios y sólo fue hasta el siglo I A.C., con Cicerón, que empezó a generalizarse la convicción de

que «toda guerra llevada a cabo sin justificación es injusta»<sup>16</sup>. Entre los siglos XIII y XVII, se construyeron varios criterios sistemáticos de justificación de la guerra, especialmente por parte de tomistas españoles, que al plantear el problema de las causas de la guerra afirmaban que la única justificación posible del hecho bélico «es la injuria recibida»<sup>17</sup>, entendida esta como la violación del derecho; y, en este caso, los derechos básicos son la defensa de la vida y de la integridad, y la protección de los bienes, la paz y la seguridad, derechos todos ellos atribuidos a la República. Los siglos XVII y XVIII fueron testigos de la elaboración del *Ius Publicum Europaeum* como cuerpo iusfilosófico que colocó toda la legitimidad de la guerra en el Estado y con ello evadió la discusión sobre las causas justas o, lo que es lo mismo, estableció que toda causa era justa siempre que su portador fuera una entidad estatal.

Hasta el siglo XIX, la idea dominante en Occidente sobre la guerra era que constituía un fenómeno normal, expresivo de algunas de las mayores virtudes de los seres humanos. Normativamente se admitía como característica de la vida en la sociedad interestatal y como excepción o fenómeno inadmisibles al interior de cada sociedad política. Esta especie de jurisprudencia favorable a la guerra, aunada a la industrialización, la incorporación de las masas a los ejércitos y el surgimiento de la ideología nacionalista, explican la aparición del fenómeno de la guerra total y con ella de los

16. Cicerón. *De la república*. 3.35. Citado en: P. Varvaroussis. *La idea de la paz*. Santafé de Bogotá, Temis, 1996, p. 47.

17. F. de Vitoria. *Sobre el derecho de guerra*. Madrid, Tecnos, 1998, p. 175.

desastres humanitarios de las guerras napoleónicas y de las hecatombes mundiales del siglo XX.

Sin duda, estas dramáticas experiencias catalizaron la formación del actual derecho de guerra (1868, 1899, 1907, 1949) y, especialmente, la Primera Guerra Mundial, motivó a los Estados a forjar una nueva doctrina que propugna por la eliminación de la guerra. La primera tarea es reducir la admisibilidad de la guerra a la legítima defensa. En 1919, uno de los borradores del Tratado de Versalles afirmaba que «la guerra inspirada en todo otro motivo es arbitraria, inútil y se consume en violación de la moral y de la justicia internacional»<sup>18</sup>. El artículo 227 del Tratado considera toda guerra motivada distintamente como un crimen. Sin embargo, fue con el *Tratado para la Renuncia a la Guerra*, más conocido como Pacto Briand-Kellogg (París, 27 de agosto de 1928), que la jurisprudencia de la humanidad cambió radicalmente al condenarse, en un instrumento jurídico interestatal, el recurso a la guerra por parte de los Estados.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945) establece en el artículo 1º como propósito de la nueva organización mundial, «mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia

---

18. C. Schmitt. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Jus publicum europaeum»*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 340, Nota 135.

y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». Además, reafirma la legitimidad de la guerra defensiva (art. 51) y relaciona la intervención indebida en los Estados con la integridad territorial y la independencia política (art. 2.4).

El giro de una jurisprudencia de guerra a una de paz se hizo salvando la tentación del pacifismo absoluto. El *Ius Publicum Europaeum* sólo proscribió las guerras civiles; las guerras interestatales europeas se legitimaban independientemente de las causas alegadas para llevarlas a cabo siempre que respetaran las normas sobre la conducción de las hostilidades, mientras las guerras extraeuropeas eran siempre legítimas de acuerdo a causas y medios, con tal que correspondieran a los intereses de las potencias del Viejo Continente. Con este precedente, y la exacerbación de la crueldad en las guerras del siglo XIX, el pacifismo absoluto tenía un terreno abonado como lo mostraron Tolstoi y sus discípulos. Sin embargo, el nuevo derecho internacional público optó por un pacifismo limitado y tuvo que apelar implícitamente a la teoría clásica de la guerra justa para salvaguardar el derecho a la defensa en casos de agresión y para legitimar la apelación a las armas en la lucha de las naciones por su autodeterminación.

Para los casos de guerra civil, empero, el nuevo derecho mantuvo la proscripción de la guerra allende la aplicación del principio de autodeterminación. Esta discriminación del nuevo derecho incorporaba una especial sensibilidad ante el fenómeno del genocidio.

Ya en 1920 el genocidio se tipificó como crimen contra la humanidad (Tratado de Sèvres), norma ratificada en 1948 (Convención internacional para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio). Esto ha dado pie a otra fuente de justificación de la guerra civil como lo demostró el apoyo de la comunidad internacional a la lucha palestina y a la albanesa en Kosovo durante los últimos años del siglo XX.

A la distancia de casi cien años los fundamentos filosóficos de la autodeterminación se debilitan a medida que se fortalecen los que hacen del genocidio una situación límite que justifica una respuesta violenta, de la misma manera en que los derechos de la persona adquieren prioridad sobre los derechos de los Estados u otras personas colectivas. Esta tendencia se acentúa con el opacamiento del concepto de soberanía estatal, heredado del nacionalismo decimonónico, en favor de otras formas de estructuración de los Estados y de expresión política de las naciones.

Aquí es donde, lo que he llamado, la prioridad de la vida como fundamento de los derechos adquiere la forma de única justificación de la guerra en los eventuales casos de guerra civil. Es la misma conclusión de Ágnes Heller cuando afirma que «el carácter tiránico, despótico o dictatorial de un régimen no basta para justificar cualquier acción armada emprendida contra él. Sólo la salvación de toda una masa de personas amenazadas de genocidio puede ser aceptada como una justa causa de guerra»<sup>19</sup>. Para Heller, la libertad y la justicia son los bienes máximos de la sociedad hu-

---

19. A. Heller. *Más allá de la justicia*. Barcelona, Crítica, 1990, pp. 273-274.

mana, pero ellos sólo son factibles manteniendo la vida como un valor universal. Por esta vía, la filósofa húngara concluye que la paz «es el supremo bien político inferido»<sup>20</sup>.

De esta manera, la legítima defensa, la lucha por la autodeterminación y el repudio del genocidio se resuelven en el único fundamento moral del derecho a la vida y se desecha cualquier tipo de malabarismo ideológico o político que pretenda sacrificar la existencia concreta de los seres humanos en aras de unos pretendidos valores superiores. Esta es también la conclusión más coherente con el espíritu de una época signada por los derechos humanos y por un giro copernicano en la cultura a favor de la paz.

## **2. Los derechos humanos respecto al hecho de la guerra civil**

### *2.1 La evolución de los derechos en la teoría sobre la guerra civil*

Aunque existe un prurito teórico que no permite hablar de derechos humanos por fuera de la concepción moderna de los mismos, ni antes de la época de las luces, es innegable que los derechos humanos tienen solución de continuidad con lo que desde la Edad Media se denominan «derechos naturales». Esta relación está expresamente consignada en artículo 1 de la *Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia* (1776) que afirma «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres y tienen ciertos derechos innatos» y,

---

20. *Ibíd.*, p. 270.

luego, en el Preámbulo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de la Revolución Francesa de 1789 cuando se plantea que el hombre posee unos derechos «naturales, inalienables y sagrados».

Estos derechos naturales están relacionados con lo que en la antigüedad clásica se llama el derecho natural, pero hay que aclarar la diferencia existente entre ambos para entender que el reconocimiento de los derechos humanos es más reciente. El derecho natural es un derecho primero en la medida en que su origen está en el orden perfecto de la naturaleza y un derecho cierto que es identificable a través del uso de la razón; por tanto, la vigencia del derecho natural «no depende de nuestra aprobación o desaprobación»<sup>21</sup>. Va a ser con los estoicos y los primeros pensadores cristianos que se da relevancia al concepto de persona y, a continuación, se desarrolla el derecho natural hasta hacerlo un derecho subjetivo en el sentido de que la persona posee como atributo unos derechos naturales. Este iusnaturalismo pertenece a la familia filosófica de la escolástica cristiana pero, a su vez, es el precedente más elaborado del pensamiento moderno. El pensador clave en esta transición es el dominico español Francisco de Vitoria y el *leitmotiv* que impulsa la reflexión es la guerra.

Es a la luz del examen del problema de la guerra que Vitoria pasa de la doctrina clásica del derecho natural a la atribución de derechos naturales a las personas iniciando la moderna tradición de que tales derechos son universales, es decir, que no pueden detener-

---

21. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. México, Porrúa, 1996, p. 66.

se ante las diferencias de religión o etnia. De esta manera, el análisis histórico reafirma la tesis de que el derecho humanitario y los derechos humanos tienen el mismo sentido de proteger a la persona y preservar los derechos de los que ella es titular, pero igualmente coloca la guerra como el momento crucial en el que esos derechos se hacen evidentes y urgen ser respetados de parte de los poderes establecidos. Esta demanda al poder se hace sobre el supuesto de que el ejercicio de la soberanía está también naturalmente orientado hacia el bien, y hacia el bien común como enfatiza la tradición aristotélicotomista.

En el estudio de la guerra Vitoria va a ser el defensor solitario de la idea de que es posible una guerra civil justa, aunque se trate normativamente de una remota posibilidad. En esa discusión hace explícita una jerarquía de derechos que no deben ser violados por el Estado so pena de sufrir una justa disensión armada, jerarquía que se corona con la defensa de la integridad personal pero que involucra también la salvaguarda de los bienes materiales propios<sup>22</sup>. De la misma manera, el fraile de Burgos elabora un derecho de gentes que parte de la idea de que durante el desarrollo de una guerra, por más justa que sean sus motivaciones y legítima que sea su autoría, deben preservarse los derechos de la población, y en primer lugar de los inocentes. Que el Estado pueda acudir justamente a la guerra significa que también es titular de derechos como la paz, la seguridad, la integridad territorial, pero esos derechos no son superiores a los de las personas,

---

22. F. de Vitoria. *Op. Cit.*, p. 168.

y los dos primeros, además, sólo son comprensibles como bienes humanos.

Esta idea va a ser controvertida, desde los fundamentos hasta las consecuencias, por los teóricos del Derecho Público Europeo, fuente principal del derecho moderno. En los fundamentos, porque el Derecho Europeo va a depositar en el Estado el ejercicio absoluto de la soberanía y en consecuencia va a proscribir la guerra civil. En las consecuencias, porque va a desconocer cualquier tipo de derechos que opaquen la omnipotencia estatal, sean ellos personales o colectivos, y va a tratar implacablemente cualquier posible insubordinación. De esta manera, los casos de guerra civil se excluyeron del ámbito de aplicación del Derecho de Gentes otorgando al Estado un derecho de castigar que «puede usarse hasta el abuso»<sup>23</sup> es decir, ilimitado.

Cuando el Derecho Público Europeo, y la filosofía política del absolutismo que lo acompaña, define al Estado como titular único y omnipotente de la soberanía produce una separación, antes nunca vista en el estudio del problema de la guerra, entre las guerras entre Estados y las guerras civiles. Según esta división sólo las guerras entre Estados son legítimas, cualquiera sea la causa que las origine, y sólo ellas son ámbito de aplicación del Derecho de Gentes. Los derechos de los seres humanos durante las confrontaciones militares se hacen visibles sólo bajo el criterio de que se trata de ciudadanos que son miembros de otro Estado. Quie-

---

23. Antoine Rougier en *Les guerres civiles et le Droit de Gens* (1902). Citado en: P. Cortina Mauri. *La guerra civil sin reconocimiento de beligerancia*. Madrid, CSIC-Instituto Francisco de Vitoria, 1940, p. 8.

nes no son ciudadanos de otro Estado quedan sometidos al arbitrio sin límites del poder; ellos son, los miembros de la sociedad política y los que no pertenecen a ninguna. Visto ya no en una perspectiva relativa sino general, el hecho es que ningún ser humano posee derechos indiscutibles.

Bajo esta concepción se entiende la declaración de la ley marcial, puesto que se considera que «dentro de este ámbito local y temporal puede suceder todo aquello que, según la situación, parezca efectivamente necesario»<sup>24</sup>. Y esta ley marcial, entendida como declaración del estado de guerra en un territorio hasta que se produzca el retorno a la tranquilidad, entraña la suspensión de todos los derechos y garantías de las personas y de todas las limitaciones habituales del poder estatal.

El nuevo derecho internacional público, que se forja bajo la sombra de las dos guerras mundiales del siglo XX, implica una ruptura profunda con el Derecho Europeo y con la doctrina burguesa moderna sobre la guerra, y establece unos principios que conservan una mayor similitud con el iusnaturalismo vitoriano. Esos principios retornan al reconocimiento de la guerra civil como auténtica guerra, con las limitaciones severas que existen desde el siglo XVII; dan mayor fuerza a los derechos de los individuos respecto al Estado, reafirmando el carácter cosmopolita del derecho de los derechos humanos y continuando la tradición iniciada en 1776; reconocen una personalidad responsable a todos los grupos armados que se configuren como es-

---

24. C. Schmitt. *Op. Cit.*, p. 93.

tables y jerarquizados en la ejecución de acciones armadas contra o distintamente al Estado; y vinculan el derecho de guerra a la ya mencionada nueva jurisprudencia mundial que busca abolir la guerra o al menos reducirla al mínimo en cuanto a las razones legítimas para recurrir a ella.

La idea de que la oposición, incluso violenta y armada, a un régimen despótico debía considerarse legítima fue aceptada de nuevo a fines del siglo XVIII. La *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1793 argumenta que de la inalienabilidad de los derechos naturales de la persona debe colegirse la apelación a la resistencia contra el Estado cuando ellos sean vulnerados (art. 33). A la luz de las aspiraciones pacifistas de la comunidad internacional en el siglo XX el derecho a resistir no puede ser interpretado bélicamente, pero los fenómenos expuestos a la conciencia mundial por el racismo, el colonialismo y el militarismo, obligaron a crear unas excepciones a la norma que persigue la proscripción de la guerra: Frente al genocidio y el racismo se plantea la guerra de legítima defensa, frente al colonialismo la consagración del principio de autodeterminación y la guerra de liberación nacional<sup>25</sup>, frente al belicismo sistemático la guerra por la aplicación del derecho. Las dos primeras pueden tratarse eventualmente de guerras civiles. Una lectura de la legitimación de las guerras desde el punto de vista de los derechos indicará la prioridad que se

---

25. Los *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra* se aplican a «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas» (Protocolo I, Art. 1.4).

otorga al derecho a la vida de las personas y al derecho de las naciones a su existencia y soberanía. En consecuencia, las guerras civiles, llamadas ahora en los instrumentos jurídicos internacionales «conflictos armados internos», vuelven a ser objeto legislativo al consagrarse la aplicación de las normas positivas del Derecho Humanitario o Derecho de Gentes contemporáneo a través del *Protocolo (II) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949* (1977).

Este derecho busca la protección de las personas que no participan directamente en las hostilidades (los inocentes del siglo XVII pasan a ser la población civil del XX) y de los bienes que no tienen destinación militar, acotando las acciones de los bandos armados, sean ellos estatales o no. Coherentemente, en la nueva época se universaliza el concepto de derechos humanos y se le dota de contenido a partir del acuerdo de la comunidad mundial de Estados (1948). La base común de ambos derechos es la protección de la persona humana y de su dignidad y la indiscutible superioridad moral que tiene frente a los Estados y a otros actores colectivos con pretensiones de soberanía. Así se abre paso a un derecho cosmopolita que desborda los límites del derecho internacional moderno creado por los Estados y que hacía de ellos sujetos exclusivos de derecho.

Cuando el Estado deja de ser el único sujeto del derecho, cuando su soberanía se restringe por la aparición de distintos marcos jurídicos mundiales y cuando el objetivo fundamental del derecho internacional pasa a ser la protección de la persona humana, la discusión sobre la responsabilidad por las violaciones de las nor-

mas de la guerra y de los derechos humanos se modifica dramáticamente. En la doctrina moderna del *Ius Publicum Europaeum*, la responsabilidad por la eficacia de los derechos radica exclusivamente en el Estado, creando la paradoja por la cual termina siendo una responsabilidad eunuca en tanto ni las personas ni organismos interestatales tendrían personería para compelel al Estado a responder por sus violaciones. Por tanto, se hace apenas lógico que el nuevo derecho internacional tienda a atribuir responsabilidad a los agentes particulares en el cumplimiento de las normas de la guerra y en la promoción y la protección de los derechos humanos, de la misma manera que crea mecanismos y da atribuciones a órganos internacionales para vigilar su observancia.

Así, se configura la tesis de la complementariedad entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Como señala la Corte Constitucional colombiana, «son pues normatividades complementarias que bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana»<sup>26</sup>.

Esta responsabilidad de los grupos privados (armados) frente a las violaciones del derecho humanitario son explícitas, precisamente porque son el centro del objeto del derecho de la guerra actual. No ha existido igual claridad respecto a las responsabilidades frente al derecho de los derechos humanos, aunque la interpretación dominante del mismo va en dirección seme-

---

26. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*.

jante. Como observa perspicazmente una estudiosa, cuando analiza el tema de las «salvaguardias para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos» en la *Declaración Universal* de 1948: «Estas salvaguardias se refieren, en primer lugar, a la noción del deber: toda persona tiene derechos pero también deberes con la comunidad; el primer deber es el respeto a la dignidad y al ejercicio de los derechos de los demás [...] Otra salvaguardia aparece en el artículo 30, que afirma que los derechos contemplados en la Declaración no confieren facultad alguna a los Estados, ni a las personas o grupos, para desarrollar actividades que lesionen o supriman los derechos y libertades proclamados en la Declaración. Este mecanismo de salvaguardia es una garantía fundamental para el ejercicio democrático de los derechos humanos. De ninguna manera es aceptable que se nieguen los derechos de los demás para afirmar los propios. Los Estados, en ejercicio de la protección de sus intereses, no pueden lesionar o desconocer los derechos de los individuos de otros Estados, o de los pueblos, especialmente el derecho a la soberanía y a la libre determinación. Tampoco los individuos o los grupos, en ejercicio de sus derechos y libertades, pueden violar los derechos humanos y las libertades fundamentales de sus semejantes<sup>27</sup> .

## 2.2. *La ciudadanía y los derechos sociales respecto al hecho de la guerra*

Teniendo presente tanto la prioridad de la vida como fundamento de los derechos y su defensa como

---

27. L. Galvis Ortiz. *Comprensión de los derechos humanos*. Santafé de Bogotá, Aurora, 1996, p. 51.

única causa legítima de guerra justa, como el marco actual del derecho de los derechos humanos (el humanitario incluido), pasaré a examinar brevemente el asunto de los derechos humanos sociales y de los derechos políticos respecto a los tres grandes momentos de la guerra según el análisis tradicional del Derecho de Gentes: las causas o antecedentes, el desarrollo de las hostilidades y la paz o finalización del conflicto bélico.

Cuando se discute el tema de las causas de la guerra es indispensable distinguir teóricamente entre las causas y las razones. Se entiende por causas el por qué (la causa eficiente aristotélica), las circunstancias que conducen a dos o más grupos humanos a enfrentarse a muerte. Por razones se comprenderá el para qué (la causa final del Estagirita<sup>28</sup>) o sea el objetivo de la guerra.

El análisis de las causas puede ser explicativo y descriptivo o justificativo y normativo. El primer asunto atañe a las así llamadas ciencias sociales y, al parecer, según concluyen los estudiosos, carece de cualquier posibilidad de generalización útil por cuanto todas las conclusiones tienden a desechar las teorías monocausales típicas de algunos pensadores liberales y marxistas (coincidentes en el economismo de las ideologías modernas) y a postular una multicausalidad, a todas luces menos reprochable pero que remite el problema al análisis de cada guerra histórica<sup>29</sup>. Clausewitz ya sabía de las dificultades que entraña esta pregunta

---

28. Aristóteles. *Metafísica*. México, Porrúa, 1986, I.3 y V.2, respectivamente.

29. Aron, Bouthol, Brodie, en la teoría general de la guerra coinciden en señalar el multicausalismo. Aún quienes tratan de construir un marco de referencia para estudios comparativos históricos aseguran que «sería falso postular una teoría universal que explique to-

cuando afirma que en la guerra «los acontecimientos rara vez son totalmente conocidos y aún menos lo son los motivos»<sup>30</sup>. Pero nadie como los grandes escritores ha retratado esta inasibilidad causal de la guerra: Tolstoi en aquel pasaje del tercer libro de *La guerra y la paz* que enumera las diversidad de motivos que conducen a los hombres a combatir entre ellos, afirma que Napoleón «había dado comienzo a la guerra contra Rusia porque no podía dejar de ir a Dresde, aturdirse entre tantos hombres, vestir el uniforme polaco, ceder a la impresión de aquella mañana de junio»<sup>31</sup>. Shakespeare que se asombra ante aquellos que se exponen «a todo lo que significa la fortuna, la muerte y el peligro, aun por una cáscara de huevo»<sup>32</sup>.

Cuando el asunto de las causas de la guerra se discute en el plano normativo hablamos de la justificación o lo que en la teoría clásica se llaman las causas justas. Antes presenté los argumentos que conducen a concluir que sólo existe una causa justa de guerra y ella es la defensa de la vida. Esto excluye que los alegatos por los derechos políticos o por los derechos sociales sean justos, por las razones que se expusieron en

---

das las guerras que han ocurrido». K. J. Gantzel y J. Siegelberg. «War and Development. Theorizing about the Causes of War, with Particular Reference to the Post-1945 Period». *Law and State Vol. 44*, Tübingen, 1991, p. 8. «Cualquier teoría de las causas de la guerra en general, o de cualquier guerra en particular, que no sea inherentemente ecléctica y comprensiva, es decir, que no tome en cuenta desde el principio la importancia de toda clase de factores diversos, será inevitablemente equivocada por esa razón». B. Brodie. *Guerra y política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 328.

30. C. von Clausewitz. *De la guerra*. Barcelona, Idea Books, 1999, p. 144.
31. L. Tolstoi. *La guerra y la paz*. Bogotá, Oveja Negra, 1985, T. II, p. 80.
32. W. Shakespeare. *Hamlet*. Acto IV, Escena IV.

el lugar aludido. Al respecto, existe una confusión generalizada cuando se analiza el problema específico de las guerras civiles en Latinoamérica y se pretende catalogarlas como socioeconómicas por la confluencia de ciertos objetivos manifiestos en ellas con una ideología filomarxista: lo concreto es que ni el marxismo postula las banderas económicas como las razones de la revolución -al menos Marx no lo hizo-, ni las guerras que terminaron por acuerdo en los años noventa (Nicaragua, El Salvador; Guatemala) se finiquitaron por satisfacción de derechos sociales, más bien lo fueron por contenidos de orden político, al igual que los acuerdos parciales de paz en Colombia en 1989, 1990, 1991 y 1994.

La confusión entre el plano explicativo y el justificativo conduce, y en Colombia concretamente ha conducido, a terribles equívocos de los diferentes sectores de la sociedad cuando toman posición frente a la guerra civil que vive el país. Como señala Ruiz Miguel, «las guerras en general y, con mayor razón, cualquier guerra en particular no pueden considerarse necesarias en el sentido descriptivo de inevitables por los hombres [...] Que las guerras se hayan considerado necesarias en un sentido normativo por completo diferente del anterior [...] anima justamente a entrar en la discusión moral que exige prescindir de la conjetura fatalista»<sup>33</sup>.

La profundización de los estudios en el terreno explicativo será muy útil en cada caso concreto más para identificar las razones o los objetivos (el para qué) que

33. A. Ruiz Miguel. *La justicia de la guerra y de la paz*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 77-78.

para tratar de aprehender las causas (el por qué). Además, mientras la discusión sobre los objetivos aparece como constructiva en la búsqueda de propuestas que posibiliten una paz concertada, los debates -característicos de la mentalidad latinoamericana- sobre las causas debilitan las convicciones pacifistas, confunden a la sociedad y alientan a los guerreros. Esto sin adentrarnos en la complejidad epistemológica que entraña hablar de causas y que ha llevado a esfuerzos conceptuales más sutiles como el de «contexto explicativo»<sup>34</sup>.

La situación de los derechos humanos durante el desarrollo de las hostilidades es el objeto del llamado *ius in bello*, derecho *en la guerra*, prácticamente positivizado en lo que se conoce como «Derecho de Ginebra». La tradición del Derecho de Gentes parte de admitir que la guerra impone unas restricciones severas en la observación de los derechos. Su principal objetivo es reducir esas restricciones en lo que atañe a la vigencia del derecho a la vida y, a la vez, es su tarea más difícil en tanto que el Derecho de Gentes encuentra su lugar en la guerra, una de cuyas características principales es precisamente producir muertos. Esa tra-

---

34. El concepto ha sido usado con mucho tino por Saúl Franco: «Entiendo por contexto explicativo a un conjunto específico de condiciones y situaciones culturales, económicas y político-sociales en las cuales se hace racionalmente posible entender la presentación y el desarrollo de un fenómeno. No es sólo el entramado relacional que lo hace posible y entendible. Se trata, en términos lógicos, de una especie de punto intermedio entre la descripción y la causalidad». S. Franco. *El quinto no matar. Contextos explicativos de la violencia en Colombia*. Santafé de Bogotá, Tercer Mundo-Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1999, p. 16.

dición, como vimos, incluye en segundo lugar la protección de los bienes de los inocentes (población civil) en el entendido de que dichos bienes son los medios a la mano de la persona para procurarse la satisfacción de unas necesidades mínimas para la supervivencia, pero ante todo porque no pueden ser afectados en virtud de que no deben sufrir castigo por estar exentos de culpabilidad en la supuesta vulneración de los derechos de los eventuales contendientes. La tradición busca preservar al máximo, de acuerdo a las contingencias de la guerra, los derechos de las personas que no están comprometidas con los bandos armados y considera legítima la pérdida de los mismos para aquellos que sean sujetos de castigo por su calidad de combatientes.

Aún bajo estas condiciones, paulatinamente se ha ido construyendo un núcleo irreductible de derechos de la persona durante las situaciones de guerra que tiende a ser paulatinamente creciente. Este núcleo crece a medida que se afirman los derechos inalienables de los seres humanos, en concordancia con la trayectoria histórica de esos derechos y, especialmente, cuando se reduce al mínimo la legitimidad de la apelación a la guerra. Como contrapunto, la formación de este núcleo se da en medio de una excepcionalidad política y legal que va en contravía de las libertades civiles y políticas, y del deterioro de la infraestructura productiva y económica de los territorios que son teatro de operaciones que menoscaba los recursos que hacen posible garantizar los derechos humanos sociales.

Las normas del derecho de los derechos humanos que conservan vigencia en tiempos de guerra son lla-

madras «núcleo inderogable» y contemplan en principio: el derecho a la vida y la prohibición de la tortura; la proscripción de la esclavitud y de la vulneración del debido proceso, en especial la retroactividad de medidas penales; el derecho a la personalidad jurídica y la libertad de conciencia; los derechos de la familia y de los menores de edad; y los derechos a la nacionalidad y a la participación en la vida pública. Estos derechos se afirman expresamente en los pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, sobre Derechos Civiles y Políticos de 1967 y el Pacto de San José (interamericano) de 1969<sup>35</sup>. De acuerdo con los argumentos expuestos antes, todos los grupos armados que ocupen territorio y ejerzan en él algún tipo parcial o temporal de dominio estarían obligados al respeto de los derechos fundamentales que forman dicho núcleo<sup>36</sup>.

Respecto a la situación de los derechos en el momento de la finalización de la guerra, es decir de la paz, tanto la teoría como la sistematización de las experiencias de solución de las guerras civiles contemporáneas apuntan en la misma dirección: separar procedimental y temporalmente la materialización de los derechos políticos y la de los derechos humanos sociales.

La distinción clave para comprender el asunto fue presentada por Mao Zedong en 1937 cuando afirma

---

35. Ch. Swinarski. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, pp. 85 ss.

36. Ch. Greenwood. «Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja* No. 139, 1997, p. 73.

que «establecer la paz es una cosa y consolidarla es otra»<sup>37</sup>, sistematizada posteriormente (1970) por Dankward A. Rustow en el artículo «*Transitions to Democracy. Toward a Dynamic Model*» y, más recientemente (1989), por Heinrich Krumwiede<sup>38</sup>. Esta distinción mantiene el firme concepto de la tradición teórica de la filosofía política que define la paz como el fin (cese) de la guerra e incorpora la necesidad, apremiante en los casos de guerra civil, de construir unas condiciones socioeconómicas y culturales que permitan afirmar la convivencia entre los ciudadanos de una sociedad que estaba escindida.

La paz, entendida negativamente, es decir como ausencia de guerra, puede darse desnudamente en los conflictos entre Estados, más no en las guerras civiles cuya resolución coloca las condiciones de la convivencia como primera urgencia. Por tanto, el establecimiento de la paz exigiría inmediatamente la resolución de tres problemas: (a) el monopolio estatal del poder (comprendido en primer lugar el monopolio de la violencia física); (b) la configuración de los contenidos correspondientes a un Estado de Derecho (en los términos más formales posibles); y (c) la garantía de la participación democrática de todos los ciudadanos del Estado en cuestión. Como puede verse, el establecimiento de la paz encara *prima facie* el asunto de los derechos de ciudadanía en tanto son consustanciales al diseño

---

37. Mao Tsetung. «Luchemos por incorporar a millones de integrantes de las masas al Frente Único Nacional Antijaponés». En: *Obras escogidas*. Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1977, T. 1, p. 306.

38. H-W. Krumwiede. «Posibilidades de pacificación de las guerras civiles: preguntas e hipótesis». En: P. Waldmann/f. Reinares. *Op. cit.*, pp. 109-129.

de las reglas del juego de una sociedad que busca reconciliarse, posibilita la expresión de los intereses diversos de sus miembros y son factibles de materializar prácticamente de inmediato. Los elementos que hacen parte de la consolidación de la paz, y que por tanto no deben condicionar el cese de hostilidades son: (a) la justicia social, (b) una cultura del conflicto constructiva y (c) «un control de las pasiones logrado mediante interdependencias»<sup>39</sup>. Esta segunda terna de elementos alude a las condiciones sociales y culturales que pueden afirmar la convivencia ciudadana en el mismo Estado, pero que requieren una preparación y una estabilización que exigen una mayor proyección temporal y un número más alto de condiciones para su consecución.

En un enfoque normativo, por tanto, la cuestión democrática es fundamental para establecer la paz y parte sustancial de ella es la instauración de leyes válidas para toda la sociedad y la participación de la ciudadanía en su formación, muy especialmente de los bandos beligerantes y de la sociedad civil en la elaboración de la nueva constitución de la unidad política. Pero con la advertencia de que el monopolio de la violencia en manos del Estado «es la condición de posibilidad de la vida democrática»<sup>40</sup>.

En esta concepción la cuestión social, y por ende la materialización de los derechos humanos sociales, no es prioritaria para el establecimiento de la paz, pero sí para su consolidación. Por tanto, es inaceptable la no-

39. *Ibíd.*

40. I. Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Santafé de Bogotá, Temis, 1992, p. 5.

ción de que la paz y la cuestión social son un binomio -en principio- indisoluble. La justicia social entendida como resolución de los problemas estructurales de inequidad, pobreza, necesidades básicas insatisfechas, nunca es resultado inmediato de una guerra. La guerra siempre dejará más miseria y ruina a la mayoría de la población y a la propiedad pública. La guerra es, de hecho, el festín de los recursos de un país, aunque pueda representar el enriquecimiento de unos pocos. Un buen acuerdo de paz lo mejor que puede lograr es aunar propósitos para la resolución a largo plazo de estos problemas. El acuerdo de paz no es nunca, y no puede crearse la más mínima expectativa al respecto, la llegada de una realidad inédita y feliz, es, más bien, el comienzo de una nueva relación social entre los ciudadanos.

### **3. Conclusión**

La guerra constituye una de las experiencias humanas más intensas y excepcionales, a pesar de las apariencias. La intensidad del hecho bélico permite diseccionar el sistema de protección de los derechos de la persona reconocido universalmente y establecer una jerarquía de los derechos según la tradición dominante en la filosofía política, la estructura del derecho internacional público y la evolución de los contenidos de los derechos humanos. Con el reactivo de la guerra se pone de presente la vida como fundamento ontológico de los derechos y su preeminencia absoluta en cualquier pensamiento que quiera preciarse de humanista y/o pacifista. Igualmente, en el desarrollo de la guerra y en su resolución, los derechos civiles y po-

líticos tiene prioridad temporal y procedimental respecto a los derechos humanos sociales. De ninguna manera quiero extrapolar estas conclusiones a los tiempos de paz; está claro que las condiciones de la guerra transforman el sistema de los derechos humanos en uno ocupado, fundamentalmente, del «derecho a la supervivencia»<sup>41</sup> y que en condiciones normales las conexiones entre la ciudadanía y los derechos humanos sociales se refuerzan y estos últimos deben hacerse más exigentes.

---

41. Ch. Swinarski. *Op. cit.*, p. 84.



**MÁS ALLÁ DE LA SOLIDARIDAD.  
LOS FUNDAMENTOS ÉTICOS  
DEL ESTADO DE BIENESTAR  
Y DE SU SUPERACIÓN**

PHILLIPPE VAN PARIJS

Este artículo fue publicado originalmente en francés como «Au de là solidarité. Les fondements éthiques de l'Etat-providence et de son dépassement». *Futuribles No. 184*, febrero de 1994. La traducción fue realizada por Mario Paganini. A sugerencia del autor, se utiliza el término Estado de Bienestar como traducción de *Etat-providence*, admitiendo que en nuestra región se utiliza más frecuentemente esta denominación. Se entiende que el autor comprende bajo la denominación de *Etat-providence*, diversos regímenes de transferencias sociales o transferencias fiscales con fines considerados propios de una política social. En el texto, el autor asimila la idea de *Etat-providence* con los conceptos de *Sozialstaat* (Estado Social Alemán) y de *Welfare State* (Estado de Bienestar Anglosajón) (Nota del traductor). Las notas aclaratorias son de Rubén Lo Vuolo. Se publica con autorización expresa del autor.

Una asignación o prestación universal (ingreso incondicional pagado a cada ciudadano) no podrá instituirse si no se percibe ampliamente como justa, equitativa y éticamente aceptable. Ahora bien, son pocas las posibilidades de que sea percibida de ese modo, si las consideraciones éticas sobre las cuales se evalúa esta propuesta son las que se encuentran implícitas en la justificación de las formas presentes del Estado de Bienestar. Una prestación de este tipo no tiene posibilidades serias de aparecer como legítima si no existe una concepción ética que supere, completamente, los registros del seguro y de la solidaridad. ¿En qué consiste esta concepción? ¿En qué se diferencia de las concepciones éticas que confieren legitimidad a las formas existentes del Estado de Bienestar? ¿Qué configuración

o diseño del sistema de transferencias sociales se justifican a partir de ella?

### **1. Los tres modelos del Estado de Bienestar**

Para exponer adecuadamente la cuestión de los fundamentos éticos del Estado de Bienestar es crucial introducir, desde el comienzo, una distinción entre tres tipos ideales, tres modelos del Estado de Bienestar. En el modelo que llamo «bismarckiano», los trabajadores renuncian obligatoriamente, a una parte de sus remuneraciones presentes, para constituir un fondo que se utilizará para cubrir — cuando tengan necesidad — los gastos de la atención de su salud y para suministrarles un ingreso cuando no puedan trabajar<sup>1</sup>. Por su parte, en el modelo que llamo «beveridgeano», todos los titulares de ingresos primarios (del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir un fondo que suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, incluida la prima de un seguro de salud, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte suficiente. Finalmente, en el modelo que llamo «paineano», todos los titulares de ingresos renuncian obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad.

---

1. Ya sea porque pasan de cierta edad, tuvieron un accidente, enfermedad o se vieron afectados por desempleo involuntario.

Ninguno de los Estados de Bienestar o sistemas de transferencias sociales que actualmente existen, responde en forma pura a alguno de estos modelos. No obstante, los he denominado, en primer lugar, por los estrechos vínculos que existen entre el primer modelo y la orientación central del sistema de seguros sociales que comenzó a regir en la Prusia de Bismarck<sup>2</sup>; en segundo lugar, por los vínculos que existen entre el segundo modelo y la red de seguridad garantizada a todo ciudadano mediante el sistema de seguridad social puesto en vigencia en Gran Bretaña después de la Segunda Guerra Mundial (como consecuencia del célebre estudio de la comisión presidida por William Beveridge<sup>3</sup>); y en tercer lugar, por la relación que exis-

- 
2. En 1862, después de la guerra francoprusiana que logró unir a todos los estados alemanes bajo la dirección de Prusia, Otto Von Bismarck (1815-1898) fue nombrado, por el rey de Prusia, presidente del Consejo de Ministros. A Bismarck se le atribuye la institucionalización de los primeros esquemas de «seguros sociales». Estos esquemas tienden a limitar la cobertura a la población asalariada y a algunos de sus dependientes, se financian principalmente por impuestos sobre el salario (aportes y contribuciones) que pagan empleados y empleadores, otorgan beneficios que —al menos parcialmente— están vinculados con el nivel de impuestos pagados. Estos esquemas suelen organizarse en diferentes programas para cada uno de los riesgos que son posibles de «asegurarse».
  3. En 1905, William Henry Beveridge (1879-1963) participó como investigador auxiliar en la Royal Commission on the Poor Laws, desde donde surge el Minority Report (base del esquema conocido como la «seguridad social»). En 1941 fue nombrado presidente del Comité Interministerial de Seguridad Social y Servicios Aliados, cuyas conclusiones constituyen un documento ampliamente difundido como Beveridge Report. La expresión «seguridad social» fue difundida oficialmente a partir de la Social Security Act sancionada en 1935 durante la presidencia de Roosevelt en EEUU. El objetivo último del esquema de la seguridad social es cubrir a toda la población contra las contingencias sociales, independientemente de su

te entre el tercer modelo y la propuesta de asignación incondicional a cada ciudadano presentado en 1796 al Directorio por Thomas Paine en una memoria titulada *La justicia agraria*<sup>4</sup>. Que esos modelos estén asociados al canciller alemán, al político liberal británico y al ideólogo radical de las revoluciones americana y francesa, no implica que dichos personajes puedan reivindicar su paternidad exclusiva, ni tampoco que hayan sido los únicos partidarios de su implantación (las proposiciones de la comisión Beveridge, por ejemplo, contienen componentes relevantes de los modelos bismarckiano y paineano). No obstante, la conexión histórica es lo suficientemente estrecha como para justificar la elección de las denominaciones adoptadas.

Sin embargo, lo que interesa aquí no es la historia de estos modelos, sino su justificación, es decir, la presentación de sus fundamentos éticos<sup>5</sup>. Para este propósito, discutiré estos fundamentos ligando dos temas: el seguro y la equidad, por intermedio de un tercero, la solidaridad<sup>6</sup>. Mi tesis se resume en la corresponden-

---

capacidad de pago. Las prestaciones se financian con diversos recursos, los beneficios son más homogéneos, y la administración del sistema es más centralizada que en el caso del seguro social.

4. Thomas Paine (1737-1809), de origen inglés, es conocido por su trabajo *El sentido común* (1776), realizado durante su residencia en América del Norte, en el cual glosaba la causa de la independencia de la colonias. De regreso en Inglaterra, publicó *Los Derechos del Hombre* (1791-92), por el cual tuvo que exiliarse en Francia donde fue miembro de la Convención Nacional.
5. La importancia de esta historia puede ser explorada en: F. Ewald. *L'Etat providence*. Paris, Grasset, 1986.
6. Poco familiar en la lengua anglosajona, el término «solidaridad» ha conocido una larga secuencia de ambigüedades populares en el dominio francoparlante. Al fin del siglo pasado, por ejemplo, el fundador de la doctrina que se denomina, precisamente, «solidarismo»

cia que deseo establecer entre estos temas y los tres modelos del Estado de Bienestar que acabo de presentar. Intento mostrar que los temas del seguro, la solidaridad y la equidad designan, respectivamente, los fundamentos éticos de los modelos bismarckiano, beveridgeano y paineano.

Debe estar claro, desde el principio, que la señalada correspondencia no tiene ningún interés —ni validez— si los conceptos de seguro, solidaridad y equidad no están debidamente especificados. Para que mi tesis se sostenga, o al menos sea inteligible, es crucial asignar al seguro, a la solidaridad y a la equidad contornos bien precisos, y a partir de allí, dar a las transferencias sociales fundamentos y, en consecuencia, configuraciones radicalmente diferentes.

## 2. Bismarck o el seguro

Partamos de la noción de seguro. Quien dice seguro dice asegurado, asegurador y riesgo. El riesgo designa un evento (por ejemplo un robo, una enfermedad, la pérdida de un empleo) cuya ocurrencia no es deseada a los ojos del interesado y, a la vez, es incierta, en la medida en que la probabilidad subjetiva de ocurrencia está estrictamente comprendida entre 0 y 1. El contrato de seguro relaciona a un asegurado —que paga regularmente una prima al asegurador— con un asegurador que, en caso de siniestro o de hacerse efectivo un riesgo, paga una indemnización al asegurado.

---

hacía notar que «hoy en día la palabra solidaridad aparece a cada instante en los escritos y discursos políticos». Véase: F. Ewald. *Op. Cit.*; L. Bourgeois. *Solidarité*. París, Armand Colin, 1896; A. Laurent. *Solidaire, si je le veux*. Paris, Les Belles Lettres, 1991.

El riesgo puede concernir a sucesos muy diferentes, que pueden o no ser reparados mediante la indemnización, que pueden o no conducir a una pérdida del ingreso, y que pueden o no, en el caso de que afecten al ingreso, ser indeseables en razón de la sola pérdida del mismo. Una enfermedad grave, por ejemplo, no es solamente indeseable a causa de la pérdida del ingreso que ocasiona, sino también por la necesidad de tratamientos costosos que acarrea y por los disgustos no pecuniarios que están asociados a ella. Me concentraré en el riesgo en particular de la pérdida o disminución de los ingresos; riesgo que, sin ser exclusivo, es central en el Estado de Bienestar<sup>7</sup>.

¿Por qué deseamos asegurarnos contra la pérdida de ingresos? Fundamentalmente por la aversión al riesgo por parte del asegurado, la cual le hace preferir una opción que implique una menor esperanza matemática de ingresos (es decir, un promedio menor de ingresos obtenido en los diversos estados posibles, ponderados por su probabilidad de obtención), pero que a la vez implique un ingreso más elevado si se vuelve efectiva la peor hipótesis<sup>8</sup>. Por tanto, el asegurado está dispuesto a pagar para garantizarse unos ingresos más

- 
7. Este cubre también otros riesgos, como es el caso de las necesidades engendradas por la invalidez, la enfermedad, el embarazo, el hecho de tener cargas de familia. Pero no es necesario hacerlos intervenir en el análisis para mostrar la esencia y la justificación del primer modelo.
  8. En teoría de la probabilidad, se llama «esperanza matemática» a una de las características de las distribuciones de probabilidad y se define como el promedio ponderado de los diferentes valores que puede asumir una variable (en este caso los ingresos). Las ponderaciones vienen dadas por sus respectivas probabilidades de ocurrencia.

seguros, y es muy probable que encuentre un asegurador que acepte asegurarlo a cambio del pago de una prima, porque este último —se trate de una persona privada, sociedad comercial, mutual o de una institución de derecho público— es capaz de protegerse de los golpes del azar, distribuyendo los riesgos comunes en un población más o menos numerosa.

Este simple mecanismo del seguro nos permite comprender por qué, en cada período considerado, puede haber transferencias considerables desde ciertas personas con ingresos más elevados hacia otras con menores ingresos, sin ningún llamado a la solidaridad o a la equidad. Estas transferencias son lo que los economistas llaman mejoras paretianas, es decir, operaciones que mejoran la suerte de todos o, al menos, la suerte de algunos, sin deteriorar la de cualquier otro. Y, sin embargo, son transferencias netas que reducen los ingresos de algunos para aumentar los ingresos de otros. Aquí existe una paradoja, que es factible de aclarar rápidamente, si percibimos que esas transferencias no constituyen sino la implicancia *ex post*, por un período determinado, de la elección adoptada *ex ante* por parte de los asegurados, quienes, persiguiendo su interés personal, se unieron por un contrato de seguro<sup>9</sup>.

Pero eso todavía no es una justificación, ni siquiera una explicación del *Estado de Bienestar* o de la seguri-

---

9. Los conceptos *ex ante* y *ex post* son muy difundidos en el lenguaje económico. El primero designa el nivel planeado, deseado o buscado de alguna actividad, mientras que el segundo nombra el nivel efectivamente verificado luego de que dicha actividad se completó. Por extensión, también se utilizan esos conceptos para designar comportamientos.

dad *social*, entendidos como sistemas de seguros obligatorios para todos, o al menos para los trabajadores asalariados. ¿Por qué hacer obligatorio lo que de todas maneras está en el interés personal de cada uno? ¿Por qué hay necesidad de obligar si, en el modelo puro, no está en juego ninguna inquietud de solidaridad o de equidad redistributiva? En esto hay diversas razones, cuyo efecto acumulado es decisivo. En primer lugar, existen costos de *transacción* y es administrativamente menos costoso tener un sistema estandarizado, automático, que una libre elección entre una multiplicidad de regímenes. En consecuencia, en condiciones en que los montos de las primas y de las indemnizaciones correspondientes no sean muy elevadas, cada uno de los asegurados obligatoriamente, sin molestias y a un mínimo costo administrativo, tiene disponible un contrato de seguro más ventajoso que el que hubiera podido elegir libremente.

Un segundo conjunto de razones se relaciona con las *externalidades* positivas que son atribuidas a la protección contra el desempleo. Por ejemplo, en ciertas condiciones, el seguro obligatorio tiene la ventaja de amortiguar los ciclos de recesión, sosteniendo la demanda de preservar la integridad física y síquica de los trabajadores y de su familia durante los períodos de desocupación, de disminuir la resistencia de los trabajadores a las racionalizaciones, y de facilitar el ajuste de la economía a los cambios que afectan la demanda, los recursos o la tecnología.

Cuando consideraciones de este tipo se agregan a la motivación general del seguro, vemos bosquejarse una primera justificación del Estado de Bienestar. Este

aparece como un sistema de seguros sociales de carácter obligatorio que efectúa descuentos y transferencias, y no necesita más justificación que el interés personal de los cotizantes. Se trata de cotizaciones obligatorias, pero la obligación es un artificio, un instrumento para alcanzar más eficazmente, por las razones previamente mencionadas, los objetivos de cada uno<sup>10</sup>. No es necesario invocar la solidaridad, pues ella emerge como consecuencia de un contrato que no tiene otra motivación diferente a aquella que consiste en aplicar imparcialmente los términos de un contrato que mejora *ex ante*, la situación del asegurado.

Notemos inmediatamente dos trazos cruciales del modelo así justificado. En primer lugar, no hay compensación posible para una desventaja derivada de un equipamiento genético o de un origen social menos favorable que implique primas, y en consecuencia, indemnizaciones menores. En otros términos, en este modelo hay lugar para transferencias *ex post*, pero no para transferencias *ex ante*. En segundo lugar, las personas que perciban una indemnización deben poder probar, que a pesar de su esfuerzo sincero por conservar o buscar empleo, no tienen ingresos por el trabajo, es decir, su condición de desempleo no se da por elección sino en razón, por ejemplo, de su edad, de un accidente, de una enfermedad o del infortunio. En efecto, una condición de este tipo es necesaria para proteger el sistema contra una *causalidad moral* excesiva, es

---

10. El Estado de Bienestar así concebido (y contenido) constituye un aspecto no problemático del «contrato social liberal», plenamente respetuoso de la libertad individual en el sentido de Kolm. Véase: S. Kolm. *Le contrat social libéral*. París, PUF, 1985.

decir, contra un aumento insostenible de la frecuencia del «siniestro» (de la circunstancia que da lugar a la indemnización), en razón del impacto que tiene el anticipo de la reparación sobre el propio comportamiento del sujeto<sup>11</sup>.

### 3. Beveridge o la solidaridad

En el primer modelo de Estado de Bienestar, cuya justificación se satisface con la noción de seguro, no existe transferencia *ex ante*, ni tampoco transferencia sin voluntad de trabajar. El segundo modelo, el beveridgeano, conserva el segundo rasgo, pero sobrepasa el primero, y da lugar a transferencias *ex ante*. Por lo tanto, la justificación no puede ser puramente aseguradora y se vuelve esencial recurrir a una noción de solidaridad más fuerte que aquella que consiste en pagar, simplemente, las primas durante los períodos en que no se retira ningún beneficio durante los (eventuales) períodos en que el riesgo no se hace efectivo.

- 
11. El «hasard» es lo fortuito, lo azaroso, lo impredecible, lo inexplicable, lo accidental. Podríamos resumirlo en el siniestro, que supone la falta de voluntad o intención del afectado. Para los habituados al lenguaje de la seguridad social, el concepto resulta asimilable al de «contingencia social». Ahora bien, ¿es posible comprender una contingencia moral? Si moral quiere decir «espíritu», «mentalidad», «ánimo», es decir, lo distinto al cuerpo, lo que está sujeto a la decisión y voluntad, el significado está fuera de las leyes físicas o las leyes de la naturaleza, pero está sujeto a la decisión y voluntad. Aunque esta voluntariedad sería contradictoria con la noción de «contingente», la intención del autor sería la de destacar que el hecho de estar asegurado predispone para provocar voluntariamente siniestros que den lugar a indemnizaciones. Como todos aportan a un fondo común de seguro, quienes aumentan intencionalmente su frecuencia de siniestros perjudican «moralmente» a quienes no desarrollan esa conducta.

Esta noción fuerte de solidaridad también puede presentarse, cómodamente, a partir de la noción de «seguro», pero en este caso como un seguro del tipo propuesto por Ronald Dworkin. El problema que este dispositivo trata de resolver es el de la desigualdad de los derechos internos, es decir, la injusticia contenida en el hecho de que algunos tienen la suerte de ser talentosos y otros la mala suerte de ser discapacitados. Como los recursos internos (generalmente) no son transferibles de una persona a otra, no se puede, estrictamente hablando, igualarlos. Esto supone que sólo es posible asegurar compensaciones mediante recursos externos.

¿Cómo determinar el nivel justo de esas compensaciones? Dworkin afirma, que esto se debe determinar recurriendo a un hipotético procedimiento de «seguro bajo velo de ignorancia».

Para presentar el argumento de Dworkin, tomemos el caso de «discapacitados comunes» (ceguera, sordera, etc.). Supongamos una situación en la que sabemos los proyectos que tenemos para nuestra existencia, en la que conocemos, también, la distribución estadística de la incapacidad en la población, pero ignoramos si nosotros mismos sufriremos o no de esa discapacidad. Dada esa situación, preguntémonos ahora por cuánto desearíamos asegurarnos contra la presencia de esa discapacidad, entendiendo que nuestro deseo de obtener una compensación elevada, en caso de realización del riesgo, será atemperado por el deseo de no pagar una prima demasiado elevada. Según Dworkin, el grado de precisión, coherencia, y convergencia de esas hipotéticas alternativas es suficiente para determinar,

a través del procedimiento de seguro bajo velo de ignorancia, el nivel aproximado de las compensaciones que son debidas a diversas categorías de personas discapacitadas.

Por supuesto, aún en los casos en que tales compensaciones hayan sido dadas, los recursos internos no estarán totalmente igualados, ya que nada podría hacerse para compensar la ausencia de talentos específicos, como el hecho de estar dotado para el fútbol o la contabilidad. Dworkin estima que el seguro bajo velo de ignorancia, es inadecuado para corregir las desigualdades ligadas a tales diferencias. Esto es así porque nuestras ambiciones y proyectos, están elaborados por nuestros talentos, y no tendría sentido que consideremos nuestros proyectos haciendo abstracción de ellos. En este caso, este autor sugiere introducir un dispositivo de seguro, bajo un velo más tenue, que nos autorice a tomar en cuenta nuestros proyectos y talentos, pero que a la vez nos exija que ignoremos los ingresos que el mercado asigna a dichos talentos.

La solución que Dworkin propone al problema de las desigualdades de talentos resulta poco satisfactoria. En particular, no responde a su propia intención de no remunerar los «gustos dispendiosos», Por eso, inspirado en una sugerencia de Bruce Ackerman<sup>12</sup>, prefiero un criterio de «diversidad no dominada» o de «no envidia potencial». Pero poco importa aquí esta preferencia, puesto que este último criterio converge con el

---

12. Véase: B. Ackerman. *Social justice in the liberal State*. New Haven & London, Yale University Press, 1980; P. Van Parijs. *Real Freedom for all. What (if Anything) can justify Capitalism?* Oxford, Oxford University Press, 1995, capítulo 3.

doble criterio de Dworkin para justificar, por una parte, una indemnización específica para lo que habitualmente se califica como discapacidad y, por otra parte, un ingreso mínimo garantizado bajo la forma de una transferencia entregada a todos los que, a pesar de sus esfuerzos, no pueden alcanzar un nivel de recursos reconocido por todos como requisito para vivir decentemente.

Ambas variantes fundan, entonces, un derecho a un ingreso mínimo que no requiere haber cotizado en el pasado<sup>13</sup>. Pero, además, ambas variantes se prestan, sin gran dificultad, para la justificación del modelo *beveridgeano*, que comprende los subsidios para discapacitados, la incorporación, en los sistemas de pensiones, de los umbrales inferiores (en lo referente a indemnizaciones) y los techos superiores (en los referente a cotizaciones), los subsidios por desocupación y, sobre todo, la cobertura uniforme de todos los asegurados otorgada por los sistemas de seguro contra enfermedad e invalidez. En todos estos casos se da cabida a transferencias *ex ante* y no sólo *ex post*.

La justificación de tales transferencias remite a una noción de solidaridad que explícita, elegantemente, el dispositivo del seguro bajo velo de ignorancia. En efecto, esta alternativa es una manera de imponer mentalmente la imparcialidad a individuos que se supone que no persiguen, exclusivamente, su interés personal. También es una manera de garantizar que los individuos se preocupen por la suerte de los demás como por la

---

13. Del tipo que instituye el «*nacional assistance*» británico (1948), el «*bijstand*» holandés (1965), el «*minimex*» belga (1975), el «*revenu minimum d'insertion*» francés (1988).

suya propia. Las instituciones que emergen del dispositivo de seguro bajo velo de ignorancia, como es el caso del ingreso mínimo garantizado, reposan sobre una base ética mucho más exigente que el simple seguro. Esto es así porque toman en cuenta los intereses de todos, y porque recurren a la solidaridad en un sentido fuerte, es decir, la solidaridad con aquellos a los que la suerte natural o social ha ubicado, desde el principio, en situaciones menos favorables.

Toda la historia del Estado de Bienestar (o casi toda), puede ser leída como la historia de la lucha entre dos principios, un principio del seguro simple, que es una solidaridad débil (reducible al interés personal) y *ex post*, entre afortunados y desafortunados y; un principio de solidaridad fuerte (que va necesariamente más allá del interés personal) y *ex ante*, entre afortunados y desafortunados<sup>14</sup>. Esta lucha ha sido compleja y confusa, porque no proviene de una división clara y neta entre los que, por una parte, ganan con la solidaridad, y los que, por otra parte, pierden con ella<sup>15</sup>. La historia del Estado de Bienestar puede ser interpretada en su conjunto como una progresión secular hacia más solidaridad, pero esta progresión no puede ser comprendida, simplemente, como una influencia cada vez más grande de las exigencias éticas de solidaridad y un detrimen-

---

14. Estos dos principios corresponden, respectivamente, a lo que Martin llama riesgo asegurable y riesgo social. Véase: G. Martin, «L'évolution du concepts de risque en droit au cours du Xxe siècle». *Cahiers de l'Ecole des Sciences philosophiques et religieuses* No. 11, Bruselas, 1992, pp. 28-29.

15. Por ejemplo, una categoría social cuyas probabilidades de vida son mayores, está más interesada en la solidaridad del seguro de vejez, pero, si tiene actividades laborales menos peligrosas soporta menos la solidaridad de los seguros de trabajo.

to de la lógica egoísta del simple seguro. Esta progresión secular es el resultado de la interacción compleja entre la fuerza retórica del ideal de solidaridad, tanto más grande por ejemplo cuanto más categorías diversas de trabajadores se encuentren en una misma organización, y la coalición de intereses de categorías confrontadas en un conjunto complejo e interdependiente de prestaciones sociales<sup>16</sup>.

Resumamos. En el Estado de Bienestar, tal como lo conocemos, hay un componente bismarckiano, puramente de seguro, que puede asegurarse sobre bases éticas poco exigentes. Considerado su aspecto obligatorio, el sistema de seguros sociales que contiene este componente constituye una mejora «paretiana», posee una institución de la cual cada uno se aprovecha *ex ante*, y no necesita otra base ética que aquella con la que había decidido contentarse el *New Welfare Economics*, es decir, la vulgar normativa de los economistas condensada en la fórmula «una medida es buena desde el momento en que algunos se benefician sin que nadie padezca»<sup>17</sup>.

Por otra parte, en el Estado de Bienestar hay, también, un componente «beveridgeano», que no es pu-

---

16. Para un detallado análisis histórico de la evolución de los Estados-providencia europeos desde esta perspectiva véase: P. Baldwin. *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State*. New York, Cambridge University Press, 1990.

17. El término *Welfare Economics* (Economía del Bienestar) se utiliza genéricamente para denominar ciertos aspectos normativos de la teoría económica. Sobre la base de ciertos juicios de valor, pretende demostrar que un sistema de arreglos institucionales A es preferible a otro B. La escuela dominante es la inspirada en los trabajos de Wilfredo Pareto (1848-1923), denominada *New Welfare Economics* (Nueva Economía del Bienestar). Esta escuela refuta los trabajos de Arthur Pigou (1877-1959) inspirados en la idea de que la utilidad

ramente de «aseguramiento», y que exige una base ética más ambiciosa. Esta base ética afirma que es buena toda medida que nos acerque a una póliza de seguro a la cual adheriríamos detrás de un velo de ignorancia que nos esconde nuestras ventajas y desventajas *ex ante*. Esto es lo que he llamado solidaridad en el sentido fuerte, es decir, lo que nos conduce a ayudar a otros cuando no pueden desenvolverse solos, a pesar de sus esfuerzos.

La apuesta de los años por venir parece consistir, para los que adhieren a esta base ética más exigente, en impulsar al Estado de Bienestar por el camino de una solidaridad más grande —sin ignorar que la función de seguro puro representa un beneficio para cada constituyente—, y esto debe hacerse en dos dimensiones: por un lado, esforzándose por incluir más y mejor, a las personas poco o nada protegidas dentro del territorio nacional y, por otro lado, empeñándose por construir un sistema de solidaridad que vaya más allá de las fronteras nacionales por ejemplo, en la vía que se bosqueja en la Carta Social Europea<sup>18</sup>.

---

puede ser medida en forma cardinal e interpersonal. En sus trabajos, Pigou justifica una transferencia de ingresos de ricos a pobres argumentando que, dado que el ingreso total no caería y que la utilidad marginal es una función decreciente del ingreso, esta transferencia aumentaría el ingreso total. Por el contrario, el *New Welfare Economics* propone el criterio conocido como el «óptimo de Pareto», que define una situación donde los recursos y el producto final de su uso están asignados de tal forma que nadie puede mejorar su situación sin empeorar la de otro. Una «mejora paretiana» es, entonces, un reasignación de recursos que mejora la situación de alguno sin empeorar la del otro y, por tanto, sólo en este hipotético caso se justificarían las transferencias.

18. Eso implica, con mayor razón, que se luche contra el desmantelamiento de solidaridades nacionales en solidaridades subnacionales. Véase: P. Van Parijs. *Sauver la solidarité*. París, Le Cerf, 1995.

#### 4. Paine o la equidad

En el transcurso del último decenio hizo irrupción una idea cuya sencillez desarma, seduce y amenaza. La idea de dar a cada miembro de la sociedad un ingreso completamente incondicional. Es lo que en holandés, alemán e inglés habitualmente se denomina como ingreso básico; lo que en italiano o en las lenguas escandinavas se llama generalmente renta o salario de ciudadanía, y lo que en francés he propuesto designar como *prestación universal*<sup>19</sup>.

El modelo de la prestación universal tiene en común con el segundo modelo (beveridgeano) el no exigir del beneficiario transferencias que haya (suficientemente) cotizado, y difiere radicalmente del primero (bismarkiano) y de segundo modelo al no restringir las transferencias a los que estén necesitados. En este sentido, no hay dudas de que se trata de un modelo distinto del Estado Bienestar.

Me propongo mostrar, aunque sea en forma elíptica, que la idea de una prestación universal no es —éticamente hablando— tan absurda como parece. No obstante, requiere una justificación ética radicalmente di-

---

19. Una introducción muy accesible a la problemática y al debate internacional puede verse en: G. Lindstedt et. al. «Un salario social mínimo (garantizado) para todos». *Zona Abierta* 46/47, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1988; F. Martínez. *Una vía capitalista al comunismo: el salario social garantizado*. Madrid, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1991; T. Walter. *Basic Income. Freedom from poverty, freedom to work*. Londres, Marion Boyars, 1989. Sobre los principios promovidos por la propuesta véase: P. Van Parijs (Comp.). *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform*. Londres, Verso, 1992; P. Van Parijs. *Real Freedom for All. Op. Cit.* Una reseña sobre las publicaciones y eventos en la materia se encuentra en el boletín de información de *Basic Income European Network* (B.I.E.N).

ferente de la que presenté bajo el nombre de solidaridad. No podré más que bosquejar el argumento, porque es complejo o en todo caso, más de lo imaginaba al comenzar la reflexión hace algunos años sobre esta idea aparentemente simple. Presentaré, entonces, la intuición que sustenta el argumento, sin ofrecer un cierto número de matices y reservas contra las objeciones, a las cuales me refiero en otros trabajos<sup>20</sup>.

Imaginen una situación muy sencilla en la que unos naufragos llegan a una isla deshabitada que oculta recursos naturales y productos dejados por una población hoy desaparecida. ¿Cómo los distribuyen de una manera equitativa, si hacen abstracción — para mayor simplicidad — de las diferencias entre los talentos personales de los naufragos? Uno podría imaginar, primero, dar a cada naufrago una parte idéntica de los recursos de la isla. En general, esto es físicamente imposible y, de todas maneras, no sería muy inteligente. Si algunos prefieren las bananas y otros las frambuesas, ¿por qué dar a todos la misma cantidad de plantas de frambuesas y plantas de bananas? Es más razonable, y no menos conforme con lo que la equidad exige, decir a cada uno: «he aquí cierto número (igual para todos) de vales, que pueden usar para adquirir la propiedad de un parte de los recursos de la isla en el transcurso de una subasta pública, que no será clausurada hasta que todas los recursos hayan sido concedidos (o

---

20. Véase: P. Van Parijs. *Real Freedom for all. Op. Cit.*; P. Van Parijs. *¿Qué es una sociedad justa?* Barcelona, Ariel, 1993, capítulos 8-9; P. Van Parijs. *Marxism recycled*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993, capítulos 8-10.

al menos todos aquellos que es oportuno que los sean) y todos los vales hayan sido utilizados».

Una distribución equitativa, en la situación ficticia descrita por esta parábola, consistiría entonces en dar a cada uno un poder de compra igual para que sea utilizado en un mercado competitivo. Esto es lo que propone, por ejemplo, Ronald Dworkin en su artículo de 1981, antes de introducir, para tratar el caso de los talentos desiguales, la idea de seguro bajo velo de ignorancia, es también lo que sugirió, mucho antes que él, Francois Huet (1853), pensador político francés del siglo pasado, quien se había asignado como tarea reconciliar el cristianismo y el socialismo. Y es también la concepción de justicia que sustenta la primera propuesta de una forma de prestación universal, esto es, la propuesta hecha por Thomas Paine (1796) de gravar la renta de tierras o haciendas, y distribuir el total, incondicionalmente, bajo la forma de una asignación a destajo atribuida a cada adulto, y una pensión anual uniforme a toda persona que hubiera alcanzado los cincuenta años.

Si matizamos nuestra parábola ficticia concediendo que puede ser del interés de todos el sustraer ciertos recursos a la apropiación privada (por ejemplo, considerar bienes de uso colectivo al aire puro, los ríos, el mar, las playas y los caminos), no veo qué objeción sería podría hacerse al criterio de equidad propuesto. De cierta forma, se trata de una prestación universal en naturaleza, que se adiciona a la prestación universal en especie que da acceso a los bienes susceptibles de apropiación privada. He aquí una concepción de equidad que es altamente plausible en la situación de

nuestra parábola. Pero no es una concepción trivial pues tiene como consecuencia, por ejemplo, que los naufragos con su prestación universal igual, alcancen niveles de bienestar muy desiguales. Por ejemplo, si hay en la isla muchas plantas de bananas y pocas de frambuesas y si, además, hay mucha gente que gusta de las frambuesas en vez de las bananas, los aficionados a las bananas podrán alcanzar un nivel de bienestar netamente superior al que puedan alcanzar los aficionados a las frambuesas. Esto es así porque los que prefieren bananas tienen la oportunidad de alcanzar recursos naturales poco envidiables y, por tanto, adquirir lo que les gusta con el mismo poder de compra que los otros. Sin embargo, esta situación es equitativa en la medida en que sería injusto castigar al que tiene gustos que son fáciles de satisfacer porque se refieren a bienes que los demás no quieren.

Si nos sostenemos en este ejemplo exótico, parece que estamos a mil leguas de las duras realidades que caracterizan al Estado de Bienestar. Además, si una prestación universal (o una dotación uniforme) puede constituir una modalidad adecuada de distribución en esta situación tan simple, esto no significa que por analogía se derive el modelo de Estado de Bienestar que la equidad recomienda para nuestra sociedad real. En lo que sigue, voy a esforzarme en mostrar que, si admitimos la interpretación de la equidad de la parábola de los naufragos, una prestación universal sustancial es igualmente equitativa en el contexto de nuestras sociedades reales. De una situación a la otra hay cuatro pasos, que ahora presentaré.

## **5. De la parábola a la realidad: producción, herencia, polución y desocupación**

El primer paso es el más sencillo. Consiste simplemente en eliminar la hipótesis implícita en la parábola de que los recursos hacen referencia sólo a bienes de consumo y que la economía considerada es una economía de intercambio puro, es decir, sin producción. Si nuestra pequeña economía es una economía de producción, no sólo de intercambio y consumo, la equidad parecería consistir en dar a cada uno una parte igual del valor de los recursos iniciales (no del valor de los recursos finales); pero este valor estará ahora afectado por los usos productivos que cada uno haga de los diferentes recursos. En este nuevo contexto, la parte igual del valor de los recursos iniciales puede ser gastadas en la compra de bienes producidos por la aplicación del trabajo, de otros náufragos, a los recursos hallados inicialmente. A partir de ese momento, es más conveniente presentar la prestación universal como un ingreso uniforme, pagado a cada uno en un determinado período y que se corresponde con la renta (ingreso) competitiva que generan los recursos iniciales durante este período.

El segundo paso consiste en introducir el tiempo y eliminar la hipótesis original que supone que hay una sola generación, o que las generaciones no se reproducen. Hasta aquí se trataba de lo que encontrábamos en la isla. Pero, si hay una sucesión de generaciones que cohabitan, mucho de lo que recibimos es dado por miembros de las generaciones precedentes o de la nuestra (incluso de la que nos sigue). A partir de ese momento, la forma que debe tomar el financiamiento equi-

tativo de la prestación universal, es un impuesto del 100% a la herencia y a las donaciones, y una redistribución igualitaria entre todos del producto de esas imposiciones. Pero esta alternativa levanta muchas objeciones.

En primer lugar, un impuesto del 100% corre el riesgo de desalentar sensiblemente el ahorro y la preservación del patrimonio. Es probable que con un impuesto inferior —bastante inferior al 100%— puedan darse, incluso, más recursos al que tiene menos; es decir, al que no tiene otra cosa que no sea la prestación universal. La respuesta a esta objeción es muy simple. Considerando el impacto sobre los comportamientos de la anticipación plena de la tributación, en vez de elegir el impuesto que iguala los recursos, elijamos el que maximice el rendimiento del impuesto y, por tanto, el nivel de la prestación universal. La equidad, no debe entenderse a la manera de un igualitarismo simplista. Y esto supone que ella puede ocuparse del efecto (debidamente anticipado) del modo de distribución del monto a distribuir. Esto es lo que permite la adopción de un criterio de maximización de la dotación mínima de recursos externos<sup>21</sup>. En Segundo lugar, el nivel de la prestación universal que puede alcanzarse con la introducción de un impuesto del 100% es extremadamente débil. En Francia, la riqueza total que se transfiere por herencias y donaciones es, según datos oficiales, inferior al 3% del PNB. Aún en el caso de que aplicáramos una tributación del 100% (y sin evasión),

---

21. Un resumen esquemático de los criterios de equidad propuestos por economistas, sociólogos y filósofos puede verse en: P. Van Parijs. *¿Qué es una sociedad justa? Op. Cit.*, capítulo 7.

el nivel de prestación universal sería sólo un pequeño porcentaje de la renta media.

El tercer paso consiste en percibir que en nuestras sociedades existe una analogía más directa con la parábola de la isla. El recalentamiento de la atmósfera y la reducción de la capa de ozono, ponen en evidencia la rareza de un tipo de recurso externo cuya distribución equitativa no está asegurada por una distribución perfectamente igual de todas las donaciones y las herencias. El hecho de contaminar más que otro, ya sea directamente por el consumo o indirectamente a través de la producción de objetos que se consumen, significa apoderarse de una parte superior de recursos. Para seguir más de cerca la analogía con la isla, podríamos imaginar que podemos determinar la cantidad total de los diferentes tipos de polución que no implican un deterioro de la suerte de las generaciones futuras y en vez de permitir, como sucede actualmente, a los más voraces perpetrar gratuitamente la mayor parte de la polución, atribuimos a todos un derecho negociable a una parte igual de esta polución.

Desde el momento en que se fija un techo, el recurso (ambiental) en cuestión deja de estar disponible en abundancia, y el valor de ese derecho negociable se vuelve estrictamente positivo, y más elevado si es mayor la «demanda de polución» que se deriva del estado de los gustos y las tecnologías. Si la traducción institucional del derecho negociable a una parte igual de los bienes materiales encontrados en la isla, — como era nuestro segundo paso —, justifica el financiamiento de una prestación universal por la tasación óptima de las donaciones y herencias, podemos igualmente afir-

mar, que la traducción institucional del derecho negociable a una parte igual de la polución —es el tercer paso— legitima el financiamiento de una prestación universal por «impuestos ecológicos», al nivel requerido para reducir la polución a un nivel sostenible.

No es este el lugar para especular sobre el monto exacto del valor de una prestación que podría estar justificada de este modo, ni tampoco es el lugar para discutir la cuestión de si es posible y legítimo sacar las conclusiones de este razonamiento en una escala más restringida. Pero la fuerza ética que este tercer paso otorga al argumento, me parece apremiante, en un momento en el cual la agudeza creciente de los problemas ecológicos vuelve inadmisibles que ciertas capas de la población —y ciertas regiones del planeta— se apropien gratuitamente de una fracción desproporcionada de aquello sobre lo que todos tienen el mismo derecho sin pagar un justo precio para constituir un fondo a repartir entre todos por igual. Hay buenas razones para creer que el monto de la prestación universal, así justificado, sería netamente más elevado que el nivel máximo que es factible financiar en forma duradera por el impuesto sobre las donaciones y herencias<sup>22</sup>.

El cuarto paso consiste en ensanchar aún más —y en forma masiva— los recursos externos que están desigualmente repartidos y cuya equidad exige que el valor esté distribuido de modo igualitario entre todos.

---

22. Genet y Van Parijs exploran las consecuencias de una propuesta de prestaciones europeas financiadas con un impuesto uniforme a la energía, a un nivel que se corresponde, aproximadamente, con la estimación del costo ambiental de su utilización. Véase: M. Genet y P. Van Parijs. «Eurogrant». *Birg Bulletin No. 15*. Londres, 1992, pp. 4-7.

En nuestras sociedades, fuertemente organizadas y tecnificadas, una buena parte de lo que nos es dado lo es *bajo la forma de empleos* (puestos de trabajo). Estos constituyen recursos raros (escasos), en un sentido análogo a los recursos disponibles en la isla de la parábola, y esta rareza se manifiesta en la existencia, por razones complejas y fundamentales, de una importante desocupación involuntaria<sup>23</sup>. Esta escasez de empleos —al nivel agregado o para las categorías de empleos que son más atractivos— puede expresarse, también, a través de la existencia de *rentas de empleo* que son apropiadas, de manera muy desigual, por aquellos que tienen un empleo.

El cambio de percepción —el *Gestalt switch*— que requiere este cuarto paso, nos hace pasar de una imagen del empleo típico a otra. El empleo típico no es más un trabajo que tiene como contrapartida un salario que permite al trabajador permanecer en estado de funcionamiento. En consecuencia, ya es poco susceptible de suscitar la envidia de aquellos a quienes se les aseguran los medios para subsistir sin empleo. Por el contrario, en la otra imagen, el empleo llega a ser un privilegio que otorga, como contrapartida, numerosas ventajas directas e indirectas, en medio de gente que subsiste sin empleo y que apetece los puestos de trabajo de los ocupados. Más allá de una labor, cada empleo es una especie de canilla con un caudal más o menos fuerte, que depende de la riqueza que engendra nuestro patrimonio material, tecnológico y organizativo. La distribución que de ello resulta no es más

---

23. Esta escasez también se manifiesta en el hecho de no poseer talentos *ad hoc*, o por cualquier otra razón.

justa de lo que sería una distribución espontánea de los recursos de la isla. También aquí, el valor de los privilegios debe ser estimado y distribuido en forma igualitaria, o de acuerdo a un criterio de maximin. Desde esta óptica, una prestación universal financiada al nivel máximo sostenible, no solamente de las donaciones y herencias, sino también por un impuesto sobre los empleos (y, más ampliamente, de todos los ingresos comunes) es legítima en virtud de una simple extensión del criterio de equidad, que en la parábola de los naufragos parece extremadamente plausible.

## 6. Qué Estado de Bienestar para el tercer milenio

El argumento que acabo de bosquejar ofrece el armazón de la única justificación ética coherente para el tercer modelo de «Estado de Bienestar», es decir, aquel asociado a la figura de Thomas Paine y a la instauración de una prestación universal sustancial<sup>24</sup>.

En este tercer modelo ya no se trata de transferir desde los más afortunados a los más desafortunados usando como justificación que aquellos podrían un día encontrarse en la misma situación de estos últimos (justificación aseguradora), ni tampoco aquella justificación que señala que los afortunados hubieran podido

---

24. Junto a esta justificación ética hay otras, más pragmáticas, que no carecen de fuerza y pertinencia. Algunos, por ejemplo, ponen el acento sobre la contribución potencial de un ingreso incondicional para un funcionamiento flexible del mercado laboral, mientras que otros ven en él la manera menos mala, en condiciones de información imperfecta, de perseguir el ideal de solidaridad en el sentido indicado más arriba. Véase G. Standing. «The need for a new social consensus». En: P. Van Parijs (Comp.), *Arguing for Basic Income. Ethical foundations for a radical reform*. Londres, Verso, 1992.

encontrarse en la misma situación (justificación en términos de solidaridad o de seguro bajo velo de ignorancia). Por el contrario, se trata de «transferencias» que son requeridas por el simple hecho de dar a cada uno una parte igual de nuestro patrimonio común, en el más amplio sentido del término (justificación en términos de equidad). La prestación universal máxima sostenible no hace sino distribuir, entre todos, un patrimonio que tiende espontáneamente a ser monopolizado — muy desigualmente — por los que están mejor o son más ávidos de aprovecharlo.

La distinción entre los tres modelos institucionales del Estado de Bienestar es esencial para comprender el nudo ético de los debates sobre el Estado de Bienestar y su futuro. Pero nada se opone a que combinemos estos tres modelos en las instituciones del Estado de Bienestar. Así, la adhesión al ideal de la solidaridad jamás impidió incorporar al Estado de Bienestar instituciones puramente aseguradoras que no tienen otra motivación que el interés personal de los que allí participan. De la misma manera, la inquietud de asegurar a todos una participación equitativa en el patrimonio común no impide dar parte a la motivación aseguradora y a la solidaridad. La equidad, y una concepción coherente e integrada de la justicia, requiere que sea adecuadamente tenido en cuenta el cuidado de la equiparación de los recursos internos.

¿Cómo articular esas dos dimensiones? La forma más adecuada de combinar los imperativos de igual respeto de las diversas concepciones de la buena vida y de igual cuidado con respecto a los intereses de todos, consiste en adoptar una interpretación relativa-

mente débil de la equiparación de los recursos internos —que es la diversidad no dominada—, y atribuir a esta una prioridad —asentada «débilmente»— sobre la igualación de los recursos externos<sup>25</sup>. En otros términos, se trata de maximizar (de manera sostenible) el nivel de la prestación universal, pero sujetándola a la restricción de una exigencia de solidaridad (entendida como diversidad no dominada). Esta restricción de solidaridad impone que todos puedan subsistir (gracias a la existencia de transferencias condicionadas en forma múltiple) y que, al mismo tiempo, las personas discapacitadas se beneficien con transferencias específicas (más allá de su prestación universal). Tal formulación tiene como consecuencia, entre otras, que el nivel legítimo de la prestación universal sea nulo en una sociedad que no asegura la subsistencia de todos sus miembros. Quisiera terminar volviendo brevemente sobre la pertinencia de consideraciones éticas, a veces muy abstractas, como las que presenté en el debate político sobre el futuro del Estado de Bienestar. Traté de demostrar, a lo largo de este artículo, que la introducción a una prestación universal, lejos de ser inmoral o injusta, está directamente relacionada, en circunstancias históricas bien determinadas, con un imperativo de equidad que es distinto a la justificación del seguro y del llamado a la solidaridad.

---

25. Véase: P. Van Parijs. *Real freedom for all. Op cit.*, capítulo 3.

## BIBLIOGRAFÍA

- B. Ackerman. *Social justice in the liberal State*. New Haven & London, Yale University Press, 1980.
- R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986.
- \_\_\_\_\_. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*. Manuscrito, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- P. Alston/K. Tomaševski (Editores). *The right to food*. Nijhoff, 1984.
- K. O. Apel. "The situation of humanity as an Ethical Problem". *Praxis International*, 1984.
- R. Arango. "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos". *Revista Pensamiento Jurídico* N° 8, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional, 1997.
- R. Arango. *Der Begriff des sozialen Grundrechte* (El concepto de derechos sociales fundamentales). Baden-Baden, Editorial Nomos, (tesis de grado, en imprenta).

- \_\_\_\_\_. *Sobre derechos sociales fundamentales*. Santafé de Bogotá, Pensamiento Jurídico, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, (en imprenta).
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. México, Porrúa, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*. México, Porrúa, 1986.
- M. Atienza. *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985.
- R. Baldwin. *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State*. New York, Cambridge University Press, 1990.
- W. Benjamin. «Para una crítica de la violencia». En: W. Benjamin. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Madrid, Taurus, 1991.
- S. I. Benn. "Rights". En: P. Edwards (Editor). *The Encyclopedia of Philosophy*. New York/London, 1967.
- I. Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid, Alianza, 1988.
- N. Bobbio. "Menschenrechte und Gesellschaft (1988/89)". En: N. Bobbio. *Das Zeitalter der Menschenrechte. Ist Toleranz durchsetzbar?* Berlin, s.f.
- \_\_\_\_\_. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- E-W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt A/M, 1992.
- M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz des Grundrechte*. Baden-Baden, 1998.
- D. Botero Uribe. *Vida, ética y democracia*. Santafé de Bogotá, ILCG, 1995.
- B. Brodie. *Guerra y política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- F. Cortés Rodas. *De la política de la libertad a la política de la igualdad. Un ensayo sobre los límites del liberalismo*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de Antioquia, 1999.
- P. Cortina Mauri. *La guerra civil sin reconocimiento de beligerancia*. Madrid, CSIC-Instituto Francisco de Vitoria, 1940.

- C. von Clausewitz. *De la guerra*. Barcelona, Idea Books, 1999.
- M. Cranston. "Human Rights, Real and Supposed". En: D.D. Raphael (Editor). *Political Philosophy and the Rights of Man*. London, 1967.
- T. Czéh. "The Principle of Subsidiarity and the Transition of the Welfare States in Central and Eastern Europe". En: P. Kolowski/A. Follesdal (Editores). *Restructuring the Welfare State*. Berlin/Heidelberg, 1997.
- R. Dahrendorf. *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*. Madrid, Mondadori, 1990.
- P. Dasgupta. *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford, 1993.
- E. Diaz. *Legalidad - Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid, Civitas, 1977.
- L. M. Diez-Picazo/M-C. Ponthoreau (Editores). *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*. Florence, European University Institute, 1991.
- J. Drèze/A. Sen. *Hunger and Public Action*. Oxford, Clarendon Press, 1989.
- R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984.
- F. Ewald. *L'Etat providence*. Paris, Grasset, 1986.
- F. Ewald/ L. Bourgeois. *Solidarité*. París, Armand Colin, 1896.
- J. Feinberg. *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. N.J., Princeton, 1980.
- R. Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits vom Liberalismus und Kommunitarismus*. Frankfurt/M, Suhrkamp, 1994.
- \_\_\_\_\_. "Politische Freiheit". *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* Nº 44, 1996.
- S. Franco. *El quinto no matar. Contextos explicativos de la violencia en Colombia*. Santafé de Bogotá, Tercer Mundo-Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1999.
- L. Galvis Ortiz. *Comprensión de los derechos humanos*. Santafé de Bogotá, Aurora, 1996.

- K. J. Gantzel y J. Siegelberg. «War and Development. Theorizing about the Causes of War, with Particular Reference to the Post-1945 Period». *Law and State Vol. 44*, Tübingen, 1991.
- E. Garzón Valdés. "Allgemeine positive Pflichten und ihre Begründung". En: E. Bulygin/E. Garzón Valdés (Editores). *Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute*. Berlin, 1987.
- M. Genet y P. Van Parijs. "Eurogrant". *Birg Bulletin* N° 15. Londres, 1992.
- J. Giraldo Ramírez. *El rastro de Caín. Guerra, paz y guerra civil*. Bogotá, Foro-Escuela Nacional Sindical, 2001.
- J. M. Gómez. "Direitos Humanos e Redemocratização no Cone Sul". En: B. dos Santos Junior. Et. al. *Direitos Humanos. Um Debate Necessário*. Sao Paulo, Brasiliense, 1988.
- Gorgias. «La defensa de Palamedes». En: *Protágoras y Gorgias*. Fragmentos y testimonios. Buenos Aires, Orbis, 1984.
- S. Gosepath. "Zu Begründungen sozialer Menschenrechte". En: S. Gosepath/G. Lohmann (Editores) *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.
- Ch. Greenwood. «Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 139, 1997.
- J. Habermas. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism". *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, N° 3, March 1995.
- \_\_\_\_\_. «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho". *Daimón. Revista de Filosofía* N° 15. Murcia, Universidad de Murcia. (Traducción de Francisco Cortés Rodas).
- H.L.A. Hart/T. "Honoré". *Causation in The Law* N° 2. Oxford, Aufl, 1985.
- \_\_\_\_\_. "Bentham on Legal Rights". En: A.W.B. Simpson (Editor). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford, 1973.

- \_\_\_\_\_. "Between Utility and Rights". En: H.L.A. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983.
- F.A. Hayek. *Law, Legislation and Liberty* (Vol. 2) — *The Mirage of Social Justice*. London/Henley, 1976.
- A. Honneth. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt/M., Suhrkamp, 1992.
- \_\_\_\_\_. "Reconocimiento y obligaciones Morales". *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 8, Madrid, 1996.
- H. Huber. "Soziale verfassungsrechte?". En: E. Forsthoff (Editor). *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968.
- H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición normativa)*. México, Porrúa, 1987.
- S. Kolm. *Le contrat social libéral*. París, PUF, 1985.
- W. Kymlicka. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, Paidós, 1996.
- A. Laurent. *Solidaire, si je le veux*. París, Les Belles Lettres, 1991.
- S. Leckie. "Another Step Towards Indivisibility, Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights". *Human Rights Quarterly* N° 20, 1998.
- G. Lindstedt et. al. "Un salario social mínimo (garantizado) para todos". *Zona Abierta* 46/47, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1988.
- J. Locke. *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Madrid, Espasa Calpe, 1995.
- W. Lübke. *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*. Freiburg/München 1998.
- \_\_\_\_\_. (Editor). *Kausalität und Zurechnung*. Berlin/New York, 1994.
- A. MacIntyre. *Tras la virtud*. Barcelona, Crítica, 1988.
- Mao Tsetung. "Luchemos por incorporar a millones de integrantes de las masas al Frente Único Nacional Antijaponés". En: *Obras escogidas*. Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1977.

- T.H. Marshall. *Class, Citizenship and Social Development*. Nueva York, Anchor, 1965.
- T. H. Marshall. "Ciudadanía y clase social". En: T. H. Marshall y T. Bottomore. *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza, 1998.
- G. Martin, "L'évolution du concepts de risque en droit au cours du Xxe siècle". *Cahiers de l'Ecole des Sciences philosophiques et religieuses* N° 11, Bruselas, 1992.
- F. Martínez. *Una vía capitalista al comunismo: el salario social garantizado*. Madrid, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1991.
- K. Marx. *Manuscritos: Economía y filosofía*. Madrid, Alianza, 1974.
- F. I. Michelman. "Welfare Rights in a Constitutional Democracy". *University Law Quarterly* N° 3, Washington, 1979.
- \_\_\_\_\_. "In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls's Theory of Justice". *University of Pennsylvania Law Review* 121, 1973.
- S. Miller. "Soziale Grundrechte in der Tradition der deutschen Sozialdemokratie". En: E.-W. Böckenförde/J. Jewitz/Th. Ramm (Editores). *Soziale Grundrechte*. Heidelberg/Karlsruhe, 1981.
- D. "Murswiek. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte". En: J. Isensee/P. Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1992.
- C. S. Nino. "On Social Rights". En: A. Aarnio/ S. L. Paulson/ O. Weinberger/ G. H. v. Wright/ D. Wyduckel (Editores). *Rechtsnorm and Rechtswirklichkeit*. Berlin, Festschrift für Werner Krawietz, 1993.
- \_\_\_\_\_. *The Ethics of Human Rights*. Oxford, 1991.
- R. Nozick. *Anarquía, Estado y Utopía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- M. Nussbaum. "Aristotelian Social Democracy". En: R. B. Douglas/G. Mara/H. Richardson (Editores). *Liberalism and the good*. New York, Routledge, 1990.
- C. Offe. "The Utopia of the Zero - Option. Modernity and Modernization as Normative Political Criteria". *Praxis International* , 1987.

- O. O'Neill. *Towards Justice and Virtue*. Cambridge, 1996.
- \_\_\_\_\_. "Transnational Justice". En: D. Held (Editor). *Political Theory Today*. Oxford, Blackwell, 1991.
- I. Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Santafé de Bogotá, Temis, 1992.
- A. Papacchini. "Comunitarismo, liberalismo y derechos humanos". En: F. Cortés Rodas y A. Monsalve Solórzano (Editores). *Liberalismo y Comunitarismo. Derechos humanos y democracia*. Valencia, Ediciones Alfons El Magnánim, 1996.
- T. W. Pogge. "An Egalitarian Law of the Peoples". *Philosophy & Public Affairs* N° 23, Sommer, 1994.
- U. Preuss. "Verfassungstheoretische Überlegungen zur normative Begründung des Wohlfahrtstaates". En: Ch. Sachsse (Hg.) *Sicherheit und Freiheit*. Frankfurt\M., 1990.
- J. Rawls. *El derecho de los pueblos*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo Político*. Barcelona, Crítica, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- \_\_\_\_\_. "Fairness to Godness". *Philosophical Review* N° 84, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Sobre las libertades*. Barcelona, Paidós, 1992.
- \_\_\_\_\_. "La idea de una razón pública". *Isegoría* N° 9, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, abril de 1994.
- R. Rorty. *Objetividad, relativismo y verdad*. Barcelona, Paidós, 1996.
- \_\_\_\_\_. "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad". En: S. Shute/S. Hurley (Editores). *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998.
- A. Ruiz Miguel. *La justicia de la guerra y de la paz*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- M. Sandel. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press, 1982.
- T. M. Scanlon. "Preference and Urgency". *The Journal of Philosophy* N° 19, 1975.

- \_\_\_\_\_. "Rights, Goals, and Fairness". En: J. Waldron (Editor). *Theories of Rights*. Oxford, Aufl, 1995.
- B. Schmitt. *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza, 1982.
- \_\_\_\_\_. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Jus publicum europaeum» (1974)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- A. Sen. *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona, Paidós, 1997.
- \_\_\_\_\_. On the Foundations of Welfare Economics: Utility, Capability, and Practical Reason, en: F. Farina/F. Hahn/S. Vannucci (Editores). *Ethics, Rationality and Economic Behaviour*. Oxford, 1996.
- \_\_\_\_\_. "¿Igualdad de qué?". En: S. M. McMurrin (Editor). *Libertad, igualdad derecho*. Barcelona, Ariel, 1988.
- \_\_\_\_\_. "Welfare Economics and Two Approaches to Rights". En: J. Casas/F. Schneider (Editores). *Current Issues in Public Choice*. Cheltenham/Brookfield, 1996.
- H. Shue. *Basic Rights*. Princeton, N.J., 1980.
- \_\_\_\_\_. "Mediating Duties". *Ethics* N° 98, 1988.
- \_\_\_\_\_. "The Interdependence of Duties". En: P. Alston/K. Tomaševski (Editores). *The Right to Food*. Nijhoff, 1984.
- B. de Sousa Santos. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1998.
- G. Standing. "The need for a new social consensus". En: P. Van Parijs (Comp.), *Arguing for Basic Income. Ethical foundations for a radical reform*. Londres, Verso, 1992.
- Ch. Swinarski. *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.
- Ch. Taylor. "Atomism". *Philosophical Papers I, II*. Cambridge University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- L. Tolstoi. *La guerra y la paz*. Bogotá, Oveja Negra, 1985.

- E. Tugendhat. *Lecciones sobre ética*. Barcelona, Gedisa, 1997.
- \_\_\_\_\_. "Liberalismo, libertad y la cuestión de los derechos humanos". En: L. C. Leiva (Comp) *El liberalismo como problema*. Caracas, Monte Avila, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt, Suhramp, 1993.
- M. T. Uribe de Hincapié. «Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz». *Estudios políticos N° 13*, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1998.
- P. Van Parijs. *Real Freedom for all. What (if Anything) can justify Capitalism?* Oxford, Oxford University Press, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sauver la solidarité*. París, Le Cerf, 1995.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform*. Londres, Verso, 1992.
- P. Varvaroussis. *La idea de la paz*. Santafé de Bogotá, Temis, 1996.
- E. Viola/S. Mainwaring. "Novos Movimentos Sociais : cultura politica e democracia : Brasil e Argentina". En: I. Scherer-Warren/P. Krischke (Organizadores). *Uma Revolução no Quotidiano? Os Novos Movimentos Sociais na América do Sul*. Sao Paulo, Brasiliense, 1987.
- F. de Vitoria. *Sobre el derecho de guerra*. Madrid, Tecnos, 1998.
- P. Waldmann/F. Reinares. *Sociedades en guerra civil. Conflictos violentos de Europa y América Latina*. Barcelona, Paidós, 1999.
- M. Walzer. «The Communitarian Critique of Liberalism». *Political Theory* N° 18, 1990.
- A. Wellmer. «Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen Liberalen und Kommunitaristen». En: M. Brumlik/H. Brunkhorst (Hg.) *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main, Fischer, 1993.
- \_\_\_\_\_. «Freiheitsmodelle in der modernen Welt». En: *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*. Frankfurt/M., Suhrkamp, 1993.
- C. Yturbe "Sobre los derechos fundamentales". En: N. Rabotnikof et al. *La tenacidad de la política*. México, Universidad Autónoma de México, 1995.

