

Sobre derechos sociales y su exigibilidad



*Dr. Ernesto Abril**

I. Introducción

A su tiempo, oportunamente el profesor Vázquez expuso dos proposiciones relativas a la tipología adjudicada a los derechos sociales (en adelante DS) que, en términos generales, comparto (Vázquez, 2015: 97-98). Así, sostuvo 1) que estructuralmente carece de sentido distinguir entre derechos civiles y políticos, o sea, aquellos que Isaiah Berlin (2001) relacionó con la necesidad de la libertad “positiva” y los DS que resultan limitados por el principio de la libertad “negativa”, y 2) que ese contraste no se sostiene por la indebida forma de establecer diferencias entre ambos principios. Todo ello, persiguiendo confrontar el primer principio con aquello relativo a la igualdad como elemento necesario y suficiente que le impone al Estado fuertes restricciones en la protección o fomento de los DS (Dworkin, 2014: 132-146 y 399-427).

La primacía de los derechos civiles y políticos encontró constante fundamento en los principios políticos del liberalismo y su correlativa influencia en determinada moralidad entendida como doctrina de deberes, como una tradicional concepción del derecho natural dentro de una cultura caracterizada por la existencia de derechos fundamentales. Estos últimos son derechos que proporcionan razones justificatorias a gobiernos que solo otorgan protección respecto de aquellos que se presentan como civiles y políticos.

* Ex Profesor Titular de Introducción al Derecho, Cátedra “C”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina e Investigador CONEAU Categoría I.

En otros términos, respecto de los DS resultan caracterizados como aquellos que establecen particulares límites frente a cualquier intento de afectarlos, aun cuando las decisiones de la comunidad puedan perfeccionar la situación de la mayoría de quienes la integran. Al respecto, Dworkin sostuvo: “afirmar que algunos intereses de determinadas personas son tan importantes que es menester protegerlos aun de las políticas que, en efecto, harían que la gente en su conjunto estuviera mejor” (2014: 132-146).

La influencia de la obra de Locke estableció la efectiva vigencia de leyes que constituyeron los fundamentos de las ideas políticas de libertad individual, así como restricción a las decisiones de los gobiernos. En lo sucesivo, estos derechos individuales pasaron a considerarse como inherentes a la naturaleza del hombre y, por tanto, preceden a toda forma de asociación colectiva.¹

II. La primacía de los derechos individuales y sus consecuencias

La primacía conferida a estos derechos civiles y políticos provocó resultados paradójicos. Así, por un lado, se estimó que la idea de DS resulta incompatible con los derechos individuales, al punto que a estos últimos se los califica como “cartas de triunfo” (Dworkin, 2014: 400-401). Y, en segundo lugar, al creer que los derechos individuales preceden a toda forma de organización política, resultaría imposible –sin incurrir en contradicción– sustentar que un Estado constitucional de derecho pudiera tener facultades para promover y defender esos DS.

A su tiempo, el positivismo jurídico clásico rechazó tal doctrina del derecho natural para introducir la idea de un derecho entendido como expresión de una voluntad de la autoridad soberana y, del mismo modo, reconocer la autonomía del derecho respecto de la moral y la política. Esta nueva teoría privilegió el aspecto estrictamente jurídico de los derechos al vincularlos con una interpretación dogmática de la ley y del principio de legalidad. Si ellos son una muestra de la expresión de deseos o expectativas de un pueblo soberano, el concepto de ciudadanía se define por su pertenencia a la comunidad. A su vez, el derecho se transforma en instrumento de los ciudadanos para promover cambios en la conformación de la propia organización social. Pese a todo, se mantiene la idea de que los DS no pueden constituir parte del derecho positivo –aun cuando integren la parte sustantiva de la Constitución– por no estar incorporados en la práctica institucional y su consecuente difusa exigibilidad. De esta forma, perdura la idea de ver los derechos individuales como consecuencia de acuerdos o contratos entre sujetos determinados, en tanto disponen de una efectiva protección jurídica.

Esta idea de los derechos forma parte de una concepción jurídica similar a la sostenida por Hohfeld (1992) en su teoría de los opuestos jurídicos. Conforme a ella, los derechos subjetivos se caracterizan

¹ Del mismo modo, Dworkin (2014) llega a sostener que “La obligación política forma parte de este tópico porque surge de una relación que se da entre los sujetos que comparten la pertenencia a una comunidad política. Pero marca la transición de lo personal a lo político, porque los ciudadanos se eximen en parte de sus obligaciones políticas a través de una *entidad colectiva artificial separada*. Las comunidades políticas sólo son reuniones de individuos pero algunos de estos tienen papeles y poderes especiales que les permiten actuar, por sí solos o en conjunto en nombre de toda la comunidad” (lo destacado en cursiva me pertenece).

por mantener su correlatividad respecto a deberes u obligaciones.² De esta forma, el liberalismo presenta una versión atomizada del individuo que, en conjunto, opera con una noción de ciudadanía no caracterizada por la pertenencia a la comunidad, sino con la satisfacción de un supuesto autointerés (Dworkin, 2014: 399).³ Con idéntico criterio, Fernando Atria supo expresar que “la noción de ‘derechos’ en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas” (2003: 24 y ss). Asimismo, sostiene este autor que la correspondencia *derecho-deber* no puede aplicarse con relación a la noción de los DS porque estos solo especifican al sujeto portador de los mismos y tal característica resulta insuficiente para establecer quién tiene el correlativo deber de satisfacerlos. Así, para ratificar esta idea, Atria imagina a una persona desempleada que reclama su derecho a trabajar y, ante ello, se pregunta: ¿quién es el sujeto obligado a satisfacer esa demanda? Su conclusión es que, al no determinar la norma tal requisito, se acredita su imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de esa obligación. Por eso, este expositor señala que es “crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo [...] la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida” (Atria, 2003: 22).⁴ Esta misma vulnerabilidad que se atribuye a los DS es lo que obstaculiza su realización y motiva que Carlos Rosenkrantz sostenga la necesidad de evaluar con seriedad la conveniencia de eliminarlos de la nómina de derechos con rango constitucional (es decir, los incluidos en el art. 14 bis CN 1994). Y, para fundar tal extrema conclusión, afirma: “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución” (Rosenkrantz, 2003: 247).

III. Joseph Raz y la idea de primacía de los deberes sobre los derechos

Por lo expuesto, resulta que el análisis liberal de los derechos –contra las percepciones habituales– conduce a sustentar que no existen DS. Y que, por definición, los derechos individuales y los sociales se excluyen mutuamente. Ello hace posible comprender el intento de Joseph Raz por señalar la necesidad de una teoría de los derechos que permita generar un concepto más general de los mismos. Conforme a ese objetivo, Raz manifiesta que ella debe exponer las relaciones entre diferentes nociones de “derechos”,

2 La obra consta de traducción de Genaro Carrio y nota preliminar. Corresponde destacar que, a pesar de la precisa exposición efectuada en la citada obra, se afirma que en su interpretación se ocultan enfrentamientos entre dos teorías distintas acerca del fundamento extrajurídico de los derechos subjetivos. Para mayor información remito a Moreso y Vilajosana (2004: 184).

3 Además, en relación al párrafo anterior, Dworkin sostiene: “debemos reconocer –refiriendo a la política– un sector distinto del valor: la moral política. La ética estudia cuál es la mejor manera que tiene la gente de manejar su responsabilidad de vivir bien, y la moral personal, que debe cada uno, como individuo a los demás. La moral política, en contraste, estudia qué debemos todos juntos a los otros como individuos, cuando actuamos en esa *persona colectiva artificial* y en su nombre” (cursivas agregadas).

4 Esta tesis muestra que Atria no acepta la idea de la existencia de daños estructurales que fundamentan procesos judiciales en los cuales se presentan. Ejemplos de ellos, pueden encontrarse en nuestra jurisprudencia en casos resueltos por nuestra CSJN, a saber: “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, Fallos 328:1146, sentencia del 3 mayo de 2005 y Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c. /Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, Fallos 329-2316, sentencia del 20 de junio de 2006. A su vez, las ideas de Atria son puestas en duda por Fiss (2007: 38 y ss). Sin embargo, Atria (2014) parece seguir esta tesis, al adoptar la tesis de Marshall sobre las instituciones que reconocen que los DS tienen un régimen (de “lo público”) que los distingue de aquellos bienes de consumo sometidos a las reglas mercantiles. Incluido en Marshall, T. H. y Bottomore, T. (1992). *Ciudadanía y Clase Social*. Madrid: Alianza, pp. 15-82.

tal como se presentan en diversos contextos, es decir, tanto en el específico lenguaje jurídico como en la política y la moral. En función de ello, considera que es posible identificar diversas clases de derechos, es decir, de algunos que tienen carácter institucional frente a otros que carecen de esa cualidad.

Los mencionados en primer término se muestran como derechos jurídicos, en especial cuando son parte de sistemas normativos que tienen determinado su ámbito de aplicación, como sucede con los partidos políticos, las asociaciones deportivas, las instituciones educativas, etc. Por el contrario, el otro tipo de derechos se vincularía con convenciones aceptadas de acuerdo a costumbres de una determinada comunidad o grupo social.⁵ Al mismo tiempo, se observan muchas disposiciones sociales que no se caracterizan por su pertenencia a un sistema normativo y los derechos que ellas confieren no pueden reclamarse ante los tribunales. Agrega que son muchas las personas que comparten la idea, respecto de los derechos humanos fundamentales, de que todos los detentan con independencia de su reconocimiento en la práctica jurídica.

La noción de derecho es seleccionada como elemento a partir del cual Raz inicia su análisis para sostener que de todos los sistemas institucionalizados resulta ser el que presenta determinaciones más articuladas y rotundas. Pero, si tal es el punto de partida para lograr una noción más precisa de los derechos jurídicos, nuestra atención requiere volver a centrarse en la idea de conflicto de intereses y, con ello, estimo que indebidamente se retorna a atribuirles un carácter exclusivamente adversarial.

Estas dificultades que produce la ortodoxia liberal son las que hacen posible que una concepción socialista del derecho sostenga que el lenguaje de los derechos no es adecuado para describir las distintas características y fines del Estado. De allí que Raz intente defender cierta idea de primacía de los deberes sobre los derechos y, además, considere que la ciudadanía, por definición, se vincula con la pertenencia a una comunidad (Gargarella, 2005: 61-70).⁶ De este modo, aquello que permitiría justificar una asociación humana –cualquiera sea su forma– debe contribuir a eliminar la desigualdad y toda división de los hombres en estratos o clases. De esa manera, acorde a la interpretación socialista, el lenguaje de los derechos y los deberes no alude solamente a conflictos entre acreedor y deudor, sino a la necesidad de que existan mutuos compromisos. No obstante, parece ocioso sostener que la primacía de los deberes sobre los derechos sigue sin generar precisión respecto de la noción de estos últimos.

5 Es importante para comprender que el término americano *community* no es un exacto sinónimo del término *comunidad* en castellano, ni del francés *communauté*, ni del alemán *Gemeinschaft*. Es significativo que en alemán se usa el término *Kommunitarismus* para evocar la corriente comunitaria americana. En Estados Unidos la palabra refiere tanto a la comunidad política en el sentido global, como a subcomunidades culturales, religiosas o étnicas que aquella comprende. En su acepción más simple, la *community* es un conjunto de individuos en estado de interdependencia, ligados entre sí por las costumbres, los hábitos y las situaciones existenciales comunes que, por este hecho, se encuentran dirigidos a debatir y decidir igualmente en común. Al respecto, se define la “comunidad” (Bellah, 2008: 393), como “un grupo de personas que dependen socialmente unas de otras que participan juntas en los debates y en la toma de decisiones que comparten ciertas *prácticas* que, a la vez, definen la comunidad y son alimentados por ella. Una comunidad de este tipo no se forma rápidamente. Casi siempre posee una historia y en este sentido es también una comunidad de memoria, definida en su pasado y su memoria de este pasado”.

6 Allí nos dice, en otros términos, que los derechos individuales que nacieron con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, según una mezcla de motivos moralmente más atractivos que otros (barrera para despotismos y custodiar la distribución desigual de la propiedad), hoy son afectados por derechos humanos en tanto poderoso instrumento en manos de los más desaventajados que, por medio de ellos, pueden poner detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase o a prepotentes millonarios.

Pero, al mismo tiempo, tampoco resulta posible inferir que ella sea una noción carente de sentido. Esto así, porque si sostenemos que existe un deber social de eliminar la desigualdad es, necesariamente, en tanto se verifica un correlativo derecho para que los individuos sean tratados como iguales. En esa misma dirección, Raz refiere a problemas involucrados en un análisis que pretenda oponerse a la preeminencia del papel de los derechos. La concepción que se oponga al liberalismo, según sostiene, solo podrá circunscribir sus argumentos a criticar las consecuencias incoherentes y equívocas de su análisis de los derechos, pero no puede privar de relevancia al rol de los mismos, tanto sea en cuestiones teóricas como prácticas.

Ciertamente, conforme a la apreciación común, los derechos aluden a buenos propósitos; generan beneficios y, en consecuencia, poseen un valor para el sujeto portador del mismo. Contrariamente, el deber solo se justifica si contribuye a proteger o promover algún derecho, lo que hace posible sostener que los deberes concluyen por ser dependientes o derivados de los derechos. Pese a ello, Raz insiste en proponer un análisis que supere estas dificultades conceptuales y, en consecuencia, defiende una versión de liberalismo de bienestar en términos de primacía de los deberes, según la cual, tendría sentido afirmar que una persona tiene deberes que sirven a su propio interés y al respecto señala que si existen deberes para con uno mismo, esto significa que no todos los deberes surgen de derechos, porque claramente un ser humano no puede tener derechos oponibles a sí mismo. Las concepciones actuales del bienestar individual consideran problemática la idea de los deberes para con uno mismo. Los deberes solo pueden basarse en razones categóricas (Raz, 2001: 45).

Sin embargo, mantiene que ellos no tienen derechos sobre los bienes comunes y tampoco proporcionan una prueba convincente de la primacía de los deberes. Esto al estimar que es normal que las autoridades públicas sean garantes directos en el cumplimiento del deber de proteger los bienes comunes.

A su vez, los ciudadanos son portadores de demandas, expectativas o derechos que hacen posible justificar esos deberes. Para mayor precisión, al tiempo de caracterizar el sentido prioritario que Raz otorga al deber, cita el caso de los deberes de respeto, ayuda y solidaridad originados en relaciones filiales, de amor o de amistad. Vinculado a lo anterior, sostiene que en esa clase de relaciones

Los derechos se orientan a obtener resultados. Son adecuados para contextos en los cuales lo que resulta más importante es la manera en que las acciones de una persona afectan los intereses de otra. Si por otra parte, lo más importante es que respetemos, ayudemos, etcétera, a otra persona por amistad, amor, u otro motivo especial, los derechos están fuera de lugar. (Raz, 2001: 48).⁷

⁷ Al respecto, estimo importante retornar a la cuestión que denominé “adversarial”, la cual, según afirma Lon Fuller, solo encuentra legitimidad de la adjudicación en una forma individualista de consentimiento, tal como tener derecho a participar en el proceso (1978: 353-409). Frente a esta postura, Fiss manifestó que no puede concebirse la actividad de los tribunales en forma aislada, sino como “una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión”, tal como ocurrió en litigios que llama estructurales, tal el caso de *Brown v. Board of Education* ante problemas de desagregación en el sistema escolar (Fiss, 2007: 83).

Tal solución sería válida si es que se vuelve a caracterizar los derechos por su naturaleza adversativa. Superar este déficit conceptual tendría relación con un concepto general de los derechos que pudiese prescindir de la idea de conflicto de intereses y, por ello, considero que el análisis de Raz no logra proporcionar tal concepto.⁸

Concluir que no hay derechos dentro del matrimonio o la amistad parece contradecir lo que habitualmente se entiende por esa clase de relaciones humanas. Así, por ejemplo, sucede con la amistad cuando se la caracteriza con ciertos discernimientos mutuos y sentimientos recíprocos. Sentimos afecto por nuestros amigos y deseamos su bien. Solemos esperar que sus planes se cumplan y nos comprometemos de maneras diversas cuando se proponen alcanzar ciertos fines. Esto muestra que la amistad es una forma de conocimiento recíproco y no una mera cuestión de deseo individual. Cuando se delibera con un amigo se admite, de algún modo, que él puede comprender algo que ignoro o bien, que conoce mejor la manera que, en determinadas ocasiones, puedo comprometer mi propia identidad frente a las alternativas que se me presentan. Es, en suma, admitir que el amigo llega a conocernos más de lo que sabemos de nosotros mismos.

No obstante, corresponde admitir que son correctas ciertas críticas acerca de la identificación de los derechos con los intereses y, sin embargo, sustentar que es posible tener un interés en la obtención de algo, sin que implique tener un derecho. Así, al hablar de la existencia de un derecho, el interés constituye una razón suficiente para justificar el deber de otra persona de satisfacerlo.

El hecho de que el deber se encuentre justificado pasa a depender no solo de la ponderación del interés del sujeto al que favorece, sino de los intereses del sujeto del deber que pueden resultar perjudicados por su cumplimiento. La apreciación del bienestar de las partes involucradas en la satisfacción de un derecho demostraría el carácter interpersonal de los derechos.⁹ El análisis de los derechos en función de una evaluación del bienestar, corresponde al plano de la moralidad social porque tal evaluación se da en función de principios o reglas compartidas por instituciones o grupos de individuos. Comprender las demandas que son expresión de los DS no exige que ellos dispongan del mismo tipo de exigibilidad que los derechos subjetivos, tal como describe el neoliberalismo. Por eso, esta parte del análisis tiene el propósito de asumir la defensa de cierta armonía o selección que haga posible articular la disputa entre liberalismo y socialismo con relación al concepto de derecho que integre, de modo más o menos sistemático, aspectos valiosos de cada una de las posiciones en conflicto. Tal conciliación presupone cierto modelo de análisis cuyo fundamento pueda conducir a elaborar una red de concep-

8 En la obra y texto citado precedentemente, Raz remite a una cita a pie de página que lleva el número 38, y se ubica en página 408 del mismo libro y, al respecto, afirma: "Surgen dificultades que conducen a soluciones complicadas con los casos en que, aunque sea mejor que un acto se realice por el motivo adecuado, es preferible que se haga a que no. No es necesario examinar tales casos en el presente".

9 Estimo importante retornar a la cuestión que denomino "adversarial", la cual, según Lon Fuller afirma, sólo encuentra legitimidad de la adjudicación en una forma individualista de consentimiento, tal como tener derecho a participar en el proceso (1978: 353-409). Frente a esta postura, Fiss manifestó que no puede concebirse la actividad de los tribunales en forma aislada, sino como "una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión", tal como ocurrió en litigios que llama estructurales, tal el caso de *Brown v. Board of Education* ante problemas de desagregación en el sistema escolar. (Fiss, Owen, 2007: 83 y ss).

tos relacionados entre sí, respecto de aquel que se desea considerar. A su vez, es una propuesta de relacionar esa red de conceptos específicos con otros que se desprenden de la representación del mundo y tienden a facilitar un sentido común, conforme al cual, el estudio de la cuestión no debe apartarse de un uso habitual de los conceptos examinados.

IV. Sobre los presupuestos que generan la disputa

De lo expuesto es posible confirmar las principales dificultades que advierto al analizar el concepto de derechos, y sostengo que ellas tienen origen en dos presupuestos fundamentales, a saber:

IV.I. La primera se relaciona con la noción de individuo antecedente, en tanto es uno de los problemas centrales de los argumentos liberales sobre los derechos. Ello motiva la exclusión de los DS por su concepción unilateral o atomista del individuo, es decir, por una descripción que prescinde de la comunidad a la que pertenece. Para la ideología a la que aludo, el ser humano se define por motivaciones o intereses egoístas y la sociedad solo tendría un valor instrumental, dado que los acuerdos sociales constituyen cargas impuestas por obtener fines privados. Es decir, en otros términos, el liberalismo favorece un sistema económico social que tiene como pilares fundamentales la propiedad privada, el contrato y el funcionamiento irrestricto del mercado, sin perjuicio de las diferencias que se advierten sobre la permisibilidad de la intervención del Estado en supuestos específicos. Ante semejante visión, no pueden existir más derechos que los subjetivos y, por ello, la idea de un derecho social concluye siendo autocontradictoria. Por esto, Michael Sandel afirma que el individuo que emerge de esta perspectiva es “un sujeto epistemológicamente empobrecido en lo que respecta al ‘yo’, conceptualmente mal equipado para dedicarse al tipo de reflexión capaz de llevarlo más allá de una atención a sus preferencia y deseos, y para contemplar, y de esta manera volver a describir, al sujeto que los contiene” (Sandel, 2000: 192 y ss). Esto es una consecuencia de la limitación que adjudican a la ética liberal tanto Rawls (1997: 159-165) como Dworkin (1978: 114-143), dado que, conforme a sus ideas, no existe posibilidad de conocimiento de uno mismo en tanto sus límites cognitivos se adoptan *ex ante*.

Con esta imagen del ser humano, las ideas liberales prescinden de la influencia de aspectos relevantes de la experiencia moral que es constitutiva de su personalidad, de sus convicciones, sentimientos y compromisos.

Estos atributos son los que caracterizan a cada sujeto particular pero, en gran medida, ello constituye el resultado de su pertenencia a una sociedad. Por el contrario, si admitimos que nuestras comunes prácticas lingüísticas aluden a rasgos característicos de nuestra naturaleza, corresponde concluir que la noción de derechos tiene que ser definitivamente social y relacionada con un compromiso entre los seres humanos respecto de las actitudes interpersonales ordinarias.¹⁰

¹⁰ Al respecto, aprecio que el vocabulario final de todos nosotros no es otro que aquel en el cual los proyectos de largo aliento son formulados, donde las esperanzas profundas y los miedos son expresados y nuestra historia de vida es contada, tal como, según entiendo, lo expresa en otros términos (Rorty, 1996: 13 y 73).

Desde esta perspectiva, los límites de la identidad se muestran abiertos y sometidos, en mayor o menor medida, al escrutinio. El conocimiento de sí mismo no puede caracterizarse como un proceso estrictamente privado y, por tanto, nos encontramos ante un conocimiento ni tan *transparente* para uno, ni tan *opaco* para los demás (Sandel, 2000: 224).¹¹ Tal concepción de las personas las coloca fuera del ámbito público y, por tal razón, Sandel sostiene que para ellas la agencia humana es solo una premisa política y no constituye parte de sus logros u objetivos. “El ‘yo’ deontológico, despojado de todos los lazos constitutivos posibles, no es un ‘yo’ liberado sino un ‘yo’ privado de poder” (Sandel, 2000: 220).¹² Por el contrario, una perspectiva normal del individuo concluye que su identidad personal no se encuentra anticipadamente determinada y que, en parte, depende del tipo de experiencia que contribuye a su formación. A ello se agrega que tanto los eventos privados como los públicos son parte de la experiencia y constituyen un rol decisivo para la conformación del “yo”. Desde esta perspectiva, si es que la política no incluye entre sus fines la satisfacción de expectativas ordinarias de miembros de la sociedad –generadas en intereses y necesidades básicas– tenderá a provocar decepciones y distorsiones. Al conocimiento de los bienes comunes no se accede en soledad, sino que es el resultado de nuestras relaciones interpersonales (Sandel, 2000: 189). Nuestras disposiciones regulares hacia las acciones de otros no solo son actitudes reactivas personales de gratitud o resentimiento, sino que también comprenden actitudes generales o impersonales de indignación o desaprobación moral frente a la mala voluntad o indiferencia hacia los demás, aun en los casos en que el propio interés no se encuentre comprometido. De allí que podemos calificar como “morales” tales actitudes que determinan formas reactivas de gratitud frente a la buena voluntad de los demás hacia nosotros, y de resentimiento frente a la ofensa. A su vez, la noción de DS comprendería demandas o expectativas generales que formulamos por medio de actitudes reactivas impersonales de aprobación o desaprobación moral (Strawson, 1995: 37-67).

IV. II. El segundo presupuesto que genera dificultades en el análisis liberal de los derechos es su formalismo, en tanto se considera que la existencia de ellos es evidente por los requisitos establecidos en orden a su ejercicio y exigibilidad.

Así, es necesario destacar que cuando referimos a la justicia social, lo hacemos respecto de una justicia distributiva y, por tanto, no hay duda de que ella es parte constitutiva o atributo de las instituciones. También debido al contexto en que nos encontramos, no hablamos de un atributo de decisiones individuales que, en determinada resolución jurisdiccional, se estime como justa en tanto satisface lo dispuesto por el derecho. Al hacer esta precisión, la pregunta sobre la justicia de una institución encuentra fundamento en la forma en que se distribuyen beneficios y cargas. A este respecto, es un ejemplo relevante –vinculado a la educación– la forma de evaluar las instituciones. En tal contexto, al parecer tratamos

¹¹ Las similitudes que presenta el argumento de Sandel con el paradigma de la intersubjetividad propuesto por Jürgen Habermas son notorias y muy significativas. Para un análisis pormenorizado de la constitución intersubjetiva de la identidad, recomiendo la lectura que hace Habermas (1988: 188-239) de Mead Herbert.

¹² En tanto, parafraseando al mismo, todo sucede detrás de un velo de ignorancia donde no existe contrato ni acuerdo y es solo una forma de descubrimiento, es decir, aquello no se desprende de una preferencia porque, dentro de ese contexto no es posible elegir fines que “correlativen” deseos preexistentes en orden a su valor y los medios que se disponen para satisfacerlos.

de centrar nuestro análisis en cuál es el rol que el mismo satisface o afecta respecto de la transmisión de puestos de trabajo de una generación a otra. Y esto es así porque al pensar en este ámbito el impacto del sistema de distribución, es posible verificar la forma en que afectan a muchos de los empleos pretendidos.

De esta forma, lo que procuramos es que un sistema educativo, más o menos equitativo, se destaque por los criterios de distribución en las oportunidades y, a su vez, el rendimiento que permita alcanzar la calificación exigida. Es decir, en otros términos, que la relación entre el sistema educativo y la forma de incorporar a las personas a puestos de trabajo deseables constituye un elemento *sine que non* para evaluar la forma de distribución de beneficios y cargas que, en conjunto, producen. De este modo, con el mismo método es posible apreciar la justicia de otras instituciones (Brian, 2001: 373 y ss).¹³ Y tal reflexión es pertinente porque los derechos sociales operan en un nivel intermedio de moral institucional y no se expresan como acatamiento generado por temor a sanciones, sino que se tornan explícitos en demandas y disposiciones de aquello que requieren las instituciones para considerarlas justas. De otro modo, sostengo que los derechos sociales: *a*) no presuponen sanciones ni amenazas de las mismas y *b*) se expresan directamente en demandas y reivindicaciones de lo que se considera “justo” respecto de determinada institución.

Por ello, concluyo que explicar el concepto de derechos requiere una abstracción más sistemática respecto de la naturaleza del hombre y de su situación moral. Conforme a Strawson, que “manifieste las relaciones que existen entre los diferentes compartimentos de nuestra vida intelectual y humana” (Strawson, 1997: 57).

Por último, destaco que el debate entre liberalismo y socialismo puede ser producto de nuestra tendencia a idealizar formas de vidas diferentes que se confrontan y varían no solo de una persona a otra, sino con relación a una misma persona, en diferentes momentos y circunstancias de su vida. Por eso, estimo que tanto los defensores del liberalismo como los que apoyan ideas socialistas deberían asumir ciertas formas de mitigar lo que de complejo y diverso tienen respecto de formas de vida imaginables, para otorgar especial relieve a una de ellas sobre las demás. De ese modo, ambas posturas que generan la disputa son proposiciones que se infieren de formas disímiles para establecer nuestras comunes representaciones y de hacerlas ostensibles de un modo equilibrado y armonioso.¹⁴

13 Barry destaca la función de un sistema educativo vigente en determinada sociedad, cuando hace posible determinar si es que resulta justo o no, al vincularse con una política educativa que tienda a posibilitar el acceso a cargos calificados entre determinados estratos sociales reducidos o no.

14 Al expresar que “muchas de estas imágenes adquieren una prominencia equívoca de una sola imagen; se trata de la imagen ideal compuesta que pertenece a nuestras horas más frías, horas en las que a cada dios se le concede lo suyo y en las que se evita el conflicto por medio de una reordenación cuidadosa y una adecuada subordinación de cada parte a las demás” (Strawson, 1997: 70).

V. Bibliografía

- Abramovich, V. et al (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara.
- (comps.) (2007). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales/Canadian International Development Agency/Ediciones del Puerto.
- Ackerman, B. (1993). *La justicia social en el estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Añón, M. J. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Amartya, S. (2009). *La idea de la Justicia*. Madrid: Taurus.
- Atria, F. (2003). ¿Existen derechos sociales? *Revista Virtual Cartapacio de Derecho*, 4.
- Bacqué, M. H. y Blewener, C. (2015). *El empoderamiento: una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*. Barcelona: Gedisa.
- Barry, B. (2001). *Teorías de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Bellah, R. et al (2008). *Habits of the Heart*. Berkeley: University of California Press.
- Berlin, I. (2001). Dos conceptos de libertad. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza.
- Dworkin, R. (1978). Liberalism. En S. Hampshire (comp.), *Public and Private Morality*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fischer, M. et al (2013). *Cuatro perspectivas sobre la libertad*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Fuller, L. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 92(2).
- Gargarella, R. A. (2005). Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, (4). Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp2d9>
- González Lagier, D. (coord.) (2015). *Conceptos básicos del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Habermas, J. (1988). Individuación por vía de socialización. Sobre la teoría de la subjetividad de George Herbert Mead. *Pensamiento postmetafísico*. México: Taurus.
- Hohfeld, W. N. (1992). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires: Katz.
- Hutchinson, F. (1999). *Escritos sobre la idea de virtud y sentido moral*. Madrid: CEPC.

- MacIntyre, A. (2001). *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- O'Donnell, G. (2008). *Catacumbas*. Buenos Aires: Prometeo libros.
- (2010). *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós, p. 134.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Política.
- (1997). The Basic Structure as Subject. *American Philosophical Quarterly*, (14).
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Rosenkrantz, C. (2003). La pobreza, la ley y la Constitución. En A. Bullard et al, *El derecho como objeto e instrumentos del cambio social*. Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Rorty, R. (1996). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Madrid: Editorial Paidós.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Sikkink, K. (2013). *La cascada de la justicia*. Buenos Aires: Gedisa.
- Strawson, P. (1995). *Libertad y resentimiento*. Barcelona: Paidós.
- (1997). *Análisis y metafísica*. Barcelona: Paidós.
- Svampa, M. (2005). *La sociedad excluyente: la Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Buenos Aires: Taurus.
- Vázquez, R. (comp.) (2003). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- (2011). *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*. Madrid: Trotta.
- (2015). *Derechos sociales y desigualdad. Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho.
- Young, I. M. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata/Fundación Paideia Galiza.