

Derechos sociales en la constitución Una defensa liberal

PABLO AGUAYO WESTWOOD*
Universidad de Chile (Chile)
paguayo@derecho.uchile.cl

Resumen

Tradicionalmente los derechos sociales han sido considerados como derechos positivos que por su naturaleza no deberían formar parte de la constitución. La objeción más común en contra de los derechos sociales constitucionales sostiene que estos son derechos prestacionales y que la constitución está destinada a proteger solo los derechos de no interferencia. En este trabajo muestro que la tesis anterior es disputable y ofrezco argumentos que desde la tradición liberal permiten defender la constitucionalización de los derechos sociales. En términos generales, los argumentos presentados giran en torno a dos ideas matrices del pensamiento de Rawls vinculadas a su concepción de los ciudadanos como personas que deberían gozar de autonomía, así como a su concepción de sociedad. En términos particulares el trabajo presenta una lectura sistemática de los dos principios de la justicia y un análisis de las nociones de sociedad como sistema de mutua cooperación, así como de las ideas de autorrespeto y poderes morales.

Palabras claves: derechos sociales, liberalismo, reciprocidad, autorrespeto, poderes morales.

Social rights in the constitution A liberal defense

Abstract

Social rights have been considered positive rights that do not require them to be part of the constitution. The most common objection against constitutional social rights holds that social rights are welfare rights and that, by nature, the Constitution should protect only rights of non-interference. In this paper, I show that the previous thesis is debatable, and I offer a liberal argument to defend the constitutionalisation of social rights. In general terms, the arguments presented rest on two main ideas of Rawls's thought linked to his conception of citizens as autonomous persons, as well as to his conception of society. In particular, the paper proposes a systematic understanding of the two principles of justice and an analysis of the notions of society as a system of mutual cooperation, as well as the ideas of self-respect and moral powers.

Key words: *social rights, liberalism, reciprocity, self-respect, moral powers.*

* Doctor en Ética y Democracia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es autor de *Reconocimiento, justicia y democracia. Ensayos sobre Rawls* (2018) y *Justicia Social. Conceptos, teorías y problemas* (2020).

INTRODUCCIÓN

En el debate sobre qué derechos deben estar garantizados constitucionalmente ha habido un acuerdo prácticamente unánime respecto del lugar privilegiado que deben ocupar los Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP). La discusión se ha centrado más bien en si los Derechos Sociales (en adelante DS¹) deben gozar de dicha garantía. En este contexto, se ha entendido a los DS como fines o metas deseables, pero que no pueden ser invocados constitucionalmente para revocar decisiones del gobierno o del parlamento². Lo anterior ha llevado a que cuando los jueces buscan proteger los derechos sociales, lo hagan de modo indirecto de una de las siguientes maneras: por una parte, argumentando que los derechos civiles y políticos tienen menos valor sin los recursos necesarios para su ejercicio o realización³; por otra, sosteniendo que en muchos casos el principio de igual trato requiere entregar recursos a ciertos grupos de personas que han sido considerados de manera injusta.

La mayoría de quienes se oponen a que los derechos sociales estén en la constitución lo hacen sobre la base de que esto implica entregar un poder de interferencia inaceptable a la judicatura. Para decirlo en una frase: los jueces no deberían involucrarse en la realización de políticas públicas, ni menos en la asignación de recursos a individuos o grupos sociales. Esta crítica a la judicialización de los DS sostiene que, si bien uno podría estar a favor de ciertas decisiones y políticas vinculadas a los DS, se considera que la judicatura no es el mejor lugar para tomar estas decisiones, en gran medida por una limitación epistémica. Esta limitación consiste en un conocimiento restringido de casos particulares y de contenidos específicos que son puestos a disposición de los jueces o magistrados y sobre los cuales estos toman decisiones que podrían afectar a la generalidad de la población.

¹ En el transcurso de este artículo me referiré a los Derechos Sociales y no a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) dado que el foco estará principalmente en los derechos sociales prestacionales.

² Para los fines de este trabajo, se tendrán en consideración los bienes sociales prestacionales tales como educación, salud, vivienda y seguridad social, y no otros derechos como los sindicales o del consumidor que también entran en el marco de estos derechos.

³ En sentido jurídico, se apela a los tratados y pactos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Véase https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf firmado por Chile el año 2009.

Otra crítica a la constitucionalización de los DS fue ofrecida por Maurice Cranston (1967) para quien los derechos sociales no son derechos humanos porque están sujetos a determinadas condiciones y, por tanto, no son universales como los DCP. Asimismo, L.W. Sumner (1987) defendió que, dado que los recursos son escasos, no se puede satisfacer las necesidades (derechos) de todos quienes las tengan. En el caso de los derechos sociales, se perdería la relación lógica y moral entre obligación y justicia.

Pero quizás la gran mayoría de las críticas a la constitucionalización de los derechos sociales se basa en la distinción entre derechos negativos y derechos positivos. Según esta crítica algunos derechos son negativos en el sentido en que solo imponen deberes negativos de no-interferencia. Otros derechos, en cambio, son positivos e imponen deberes positivos al Estado para que realice todas aquellas acciones necesarias para asegurar los bienes, oportunidades y recursos para que las personas puedan llevar su vida adelante. De la distinción anterior se sigue este corolario: dado que los derechos negativos imponen deberes negativos de no interferencia y no asignan bienes escasos, entonces estos no entran en conflicto entre sí. En contraposición a lo anterior, dado que los derechos positivos imponen deberes de ayuda y recursos, estos asignan recursos escasos y por tanto entran en conflicto entre sí⁴.

El propósito de este trabajo es argumentar a favor de la constitucionalización de los derechos sociales desde una perspectiva liberal y con esto enfrentar las críticas que se le han hecho a esta tradición por su supuesta incapacidad para ofrecer argumentos sustantivos que avalen la incorporación de los DS en la constitución. Según estas críticas resultaría imposible justificar la presencia de los derechos sociales económicos y culturales al interior de la constitución (Forsthoff, 1975; Nozick, 1974, por nombrar algunos) o, al hacerlo, se caería en una contradicción en los términos (Atria, 2004 y 2015). Resulta importante diferenciar la pregunta sobre si los derechos sociales deben estar (o no) en la constitución de la pregunta sobre la manera en cómo deberían estar expresados estos derechos en la constitución. Este trabajo se centra en los argumentos liberales que podrían presentarse para respaldar la tesis según la cual los DS deberían estar presentes en la constitución, pero no aborda una segunda cuestión igualmente relevante, a saber, si la manera en cómo deberían estar expresados estos derechos

⁴ Existe una clara relación conceptual entre la idea de derechos positivos versus negativos y las nociones expuestas por Isaiah Berlin en *Two concepts of liberty* (1958), sobre todo la idea de libertad negativa como no interferencia.

implica reconocerlos como derechos subjetivos, fundamentales, o de otra manera⁵.

1. DERECHOS SOCIALES

1.1. Sus fundamentos

A diferencia de lo que ocurre con los DCP, no existe un consenso en la literatura acerca del fundamento sobre el que descansan los DS. Por una parte, es ampliamente aceptado que los DCP tienen su origen en los cambios filosófico-políticos experimentados entre el siglo XVII y XVIII con el advenimiento de la Ilustración. En este sentido, y conforme a las teorías contractualistas clásicas (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant⁶) el Estado civil se constituye como un pacto para proteger aquellos derechos que en principio se consideraban inherentes a la naturaleza humana de forma previa a la existencia de una sociedad organizada, principalmente los derechos de igualdad y libertad. Por consiguiente, los derechos naturales e inherentes al ser humano considerado de manera abstracta y universal se conciben como límites al poder del Estado, el cual tiene un deber de abstención de interferir en la libertad de los individuos.

El fundamento de los DS, por su parte, ha sido objeto de amplio debate tanto de Filosofía del Derecho como en el Derecho Constitucional. Algunos autores han argumentado que la igualdad jurídica o formal que propician los DCP no sería suficiente dado que pasaría por alto las desigualdades materiales existentes entre los individuos que componen la sociedad. Por ello, el fundamento de los DS estaría en su configuración como derechos de igualdad entendida como igualdad sustancial o material. En palabras de Prieto Sanchís, a través de ellos se habilita a los individuos a “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada” (1995: 24). Este argumento descansa en la premisa de que los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de los DCP en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona que presenta una situación crítica de pobreza o vulnerabilidad pueda ejercer efectivamente las libertades y

⁵ Se excluye esta discusión porque en gran medida pertenece al ámbito de la Filosofía del Derecho Constitucional y sobrepasan el marco teórico de este trabajo centrado más bien en el ámbito de la Filosofía Moral y Política.

⁶ Véanse los trabajos de José Fernández Santillán: *Locke y Kant: ensayos de filosofía política*, y *Hobbes y Rousseau: entre la autocracia y la democracia*.

derechos que lo califican como un igual a aquellos que tienen los medios para la autosuficiencia económica.

Por otro lado, se ha intentado fundar la existencia de los derechos sociales en base a la consecución de la libertad fáctica. En esta línea, Robert Alexy argumentó que la libertad jurídica, entendida como la no interferencia de terceros en las decisiones de los individuos, pierde cualquier valor si no es acompañada de la libertad real o fáctica (1993: 214-215). Siguiendo a Alexy, el catálogo de derechos fundamentales estaría orientado al desarrollo personal de cada individuo; objetivo para el cual se hace necesario poder asegurar no solo la posibilidad de poder elegir entre a y b, sino que esta decisión no se vea coartada por circunstancias externas a la voluntad del individuo como los pueden ser la carencia en términos de bienes económicos básicos. En consecuencia, sería imperativo asegurar la libertad fáctica como presupuesto de la libertad jurídica, de manera que esta última se vea realmente realizada.

1.2. Las críticas a su constitucionalización

En la literatura contemporánea existe una fuerte oposición a la consideración de los DS como derechos subjetivos y a los procedimientos mediante los cuales estos podrían reclamarse. Esta tesis se funda en que su judicialización implicaría entregar un poder de interferencia inaceptable a la judicatura. Lo anterior llevaría a un conflicto de competencias con el legislador y la administración, quienes tradicionalmente se han entendido como los poderes públicos que se arrojan la creación e implementación de políticas públicas. En otras palabras, sería una trasgresión al principio democrático por cuanto estas serían materias que se mueven dentro de la esfera de lo que se conoce típicamente por reserva de ley.

Sumado a lo anterior, existe otro punto controvertido que suele aparecer en la discusión acerca de los DS y que es incluso anterior al problema de su estatus, a saber, su constitucionalización. No es pacífica la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales debiesen estar constitucionalizados, a diferencia de lo que ocurre con los DCP. Así, no existe problema en afirmar la constitucionalización de estos últimos, puesto que serían derechos de la naturaleza e inherentes al individuo, y la razón por la cual se constituye el Estado como forma de entregarles protección.

Precisamente, y como lo sostuve en la Introducción, la gran mayoría de las críticas a la constitucionalización de los DS se basa en la distinción

entre derechos negativos y derechos positivos⁷. Según esta crítica algunos derechos son negativos dado que solo deberes de no interferencia. Otros derechos, en cambio, son positivos e imponen deberes positivos al Estado para que realice todas aquellas acciones necesarias para asegurar los bienes, oportunidades y recursos para que las personas puedan llevar su vida adelante. Lo anterior se ve principalmente representado en lo que Cécile Fabre denomina *conflict distinction*, esto es, la idea según la cual los derechos civiles y políticos –de raigambre negativa– no tienen la función de asignar recursos y, por ende, no entran en conflicto entre sí. Los DS, por su parte, son de naturaleza positiva: entregan deberes positivos de actuación al Estado para que asignen recursos escasos, siendo natural que existan conflictos entre sí.

Si bien es cierto que en su gran mayoría los DS prestacionales como la salud, la vivienda o la educación son efectivamente derechos cuya obligación es de naturaleza positiva, esto no implica que sea una característica exclusiva de ellos. Evidentemente, como lo ha sostenido Abramovich y Courtis (2002), los derechos civiles y políticos –derechos negativos por antonomasia– también puede ser entendidos desde la óptica de un derecho positivo que impone al estado realizar actuaciones y, por tanto, desplegar recursos para ello. Así, por su carácter de derechos subjetivos sujetos a tutela jurisdiccional, los derechos civiles requieren la utilización de presupuestos fiscales para financiar el aparato jurisdiccional. Asimismo, los derechos políticos no solo implican un deber de no interferencia, sino que también se requiere de una puesta en marcha de organización y financiamiento para llevar a cabo, por ejemplo, procesos electorarios (Fabre, 1988; Prieto Sanchís, 2000). Incluso, según Abramovich y Courtis (2002), esta distinción sería en realidad una de grado y no de naturaleza, puesto que, los derechos sociales se pueden manifestar como prestaciones, pero también en forma de abstenciones, ya que la naturaleza de la obligación puede ser tanto de hacer como de no hacer, respectivamente.

Junto a lo anterior, han existido críticas de diversa índole en miras a cuestionar que el liberalismo sea capaz de justificar la constitucionalización de los derechos sociales. Así, por una parte, algunos niegan rotundamente la pertinencia de incluir este tipo de derechos en la carta magna debido a su choque con los derechos y libertades de primera generación, derechos considerados de primera categoría y fundamentales (Hayek, 1960; Nozick, 1974). La tesis anterior es especialmente relevante en la teoría de la justicia de Robert Nozick.

⁷ Véase: Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights”.

Bajo su concepción de justicia como justo título (*entitlement*), es justa una distribución cuando esta es el resultado de intercambios libres o voluntarios entre los individuos de la sociedad. De esta manera, los principios de justicia que establece Nozick en *Anarchy, State and Utopia* (1974), tienen como presupuesto el hecho de que los bienes y posesiones actuales que tiene las personas fueron adquiridas con justicia y, en caso de no ser así, se debería aplicar el principio de rectificación de la injusticia para restablecer el orden inicial⁸. En este sentido, este autor intenta responder por un lado a los anarquistas señalando que es necesario un estado para proteger los derechos y libertades de los individuos, pero a la vez responde a los socialistas arguyendo que la única forma de estado que es legítima es el *estado mínimo*.

Como es posible apreciar, la teoría de Nozick aboga por la protección de las libertades individuales que típicamente se han considerado como los derechos de primera generación. Así, defendiendo un estado mínimo, se hace imposible congeniar la existencia de los derechos sociales por cuanto estos implicarían un esfuerzo distributivo que implicaría el establecimiento de un patrón distributivo. Esto, porque la matriz básica del financiamiento de los derechos sociales ha sido históricamente el sistema impositivo. Sin embargo, siguiendo a Nozick, el aumento de la tasa impositiva con objeto de proveer derechos sociales que constan como mandato expreso en la constitución implicaría un aumento de la injerencia del Estado en la libertad de los individuos que lo haría devenir en ilegítimo; esto se hace aún más evidente si consideramos que el mismo Nozick sostuvo que los impuestos son como un “trabajo forzoso” (1974: 169). Para defender esta tesis Nozick argumentó que no existe patrón distributivo que pueda ser establecido sin interferir constantemente en la libertad de la gente. Por lo tanto, existen posiciones desde el liberalismo⁹, que son reacias a fórmulas – como los derechos sociales—que impliquen la contravención de los derechos civiles y políticos.

Por otra parte, Fernando Atria afirmó que la noción misma de derechos sociales sería una contradicción en los términos¹⁰. Bajo esta

⁸ Véase Pablo Aguayo: *Justicia social. Teorías, conceptos y problemas*, capítulo II: La justicia como justo título

⁹ Si bien Nozick es un autor que forma más bien parte de la tradición libertaria, también se puede sostener que este sería un argumento propio del liberalismo clásico vinculado a la idea de propiedad y apropiación de Locke. Véase, por ejemplo, S. B. Drury: “Locke and Nozick on Property”.

¹⁰ Frente a la pregunta de si existen los derechos sociales, Atria respondió “Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción

concepción, la inclusión de los derechos sociales en clave de derechos subjetivos implica una degeneración o desnaturalización de estos en simples seguros que tiene cada individuo para precaverse a sí mismo. En este sentido, según Atria, en la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés; por consiguiente, los derechos son entendidos como seguros individuales para que cada agente pueda precaverse a sí mismo. En contraposición, la concepción socialista o comunitaria de los derechos sociales, a la que Atria adhiere, se funda en la solidaridad entendida bajo el clásico aforismo *de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*, y que no puede ser expresada en términos de derechos subjetivos ya que implica un deber de la comunidad de hacerse cargo del bienestar de sus integrantes y, por tanto, *la supresión del yo* según la frase de Christodoulidis citada por Atria (2004: 19). Así, con el desarrollo del derecho moderno, los derechos expresados como cartas de triunfo en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano se transformaron en derechos subjetivos, esto es, en circunstancias que antes eran entendidos como un concepto político. Es decir, como límites dentro de los cuales el Estado se puede considerar legítimo.

Por consiguiente, sostiene Atria, existe una predominancia hoy en día a expresar estas aspiraciones en clave de derechos, puesto que de otra manera los fines comunitarios detrás de los derechos sociales no podrían vencer a los derechos civiles y políticos, puesto que el *derecho burgués* está organizado en *pos* de darle protección a dichos derechos. He aquí el problema, observa Atria, pues al expresar el ideario socialista o comunitario en forma de derechos subjetivos la raíz comunitaria de esos derechos es negada y su exigencia se convierte en una acción de los individuos en contra de la comunidad¹¹.

En lo que sigue ofreceré una argumentación en favor de la constitucionalización de los derechos sociales desde una perspectiva liberal que permite enfrentar las objeciones anteriormente planteadas.

en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (2004: 15).

¹¹ En contraposición a la tesis de Atria, filósofas como Cécile Fabre han abogado por la constitucionalización de los derechos sociales (Fabre, 1988). Para Fabre la importancia de consagrar a nivel constitucional estos derechos radica en que sin los recursos que estos brindan muchos individuos se verían privados de desarrollar sus proyectos de vida de manera verdaderamente autónoma (Fabre, 2000). Incluso, si es que los derechos sociales quedaran excluidos de la constitución esto habilitaría al gobierno a eludir los deberes que mandatan los derechos sociales junto con verse disminuidos ante cualquier conflicto que se presente frente a los derechos civiles y políticos.

2. UNA JUSTIFICACIÓN LIBERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN

El objetivo de esta sección es mostrar cómo a partir de una interpretación sistemática de los principios de la justicia de John Rawls es posible ofrecer una robusta justificación liberal de la constitucionalización de los derechos sociales. Por una interpretación sistemática entiendo una comprensión bajo la cual los dos principios de la justicia deben entenderse íntimamente vinculados entre sí, y no como condiciones aisladas para asegurar los derechos y reclamaciones morales que los ciudadanos establecen al interior de una sociedad democrática. Lo anterior implica que resultaría inadecuado realizar interpretaciones parciales de alguno de los principios de la justicia en la medida en que estas podrían llegar a ser inconsistentes con otros principios¹². Para lograr lo anterior tendré a la vista tres nociones centrales del proyecto de Rawls, a saber: (i) la idea de sociedad como un sistema de mutua cooperación, (ii) la idea de autorrespeto como un bien sociales primario y (iii) los dos poderes morales.

2.1. Interpretación sistemática de los principios de la justicia

En la literatura encontramos dos maneras mediante las cuales es posible decir qué es lo que una constitución debería incluir: por una parte, algunos sostienen que ciertos derechos deberían ser protegido bajo la constitución; a esta perspectiva se le denomina la aproximación sustantiva. Por otra parte, se ha sostenido que la constitución sólo debería resultar de la libre negociación entre ciudadanos de una sociedad en particular. En este sentido la constitución únicamente debería ser un

¹² Una interpretación no sistemática podría afirmar que, por ejemplo, tomado aisladamente el principio de la diferencia promovería una sociedad que avale la teoría del chorreo (*trickle down-economics*), ignorando con ello que la idea central de Rawls no es solo que la distribución de los bienes sociales vaya en beneficio de los que están peor, sino que esto no implique una concentración excesiva del poder económico de los que tienen más en la medida en que ellos podrían influir directamente en la política y, con ello, afectar las condiciones del primer principio de la justicia. Este tipo de interpretaciones ha sido sostenida por Fernando Atria y Claudio Michelon en “Una Crítica al Principio de la Diferencia” (2007) y replicado por Constanza Salgado en “Igualdad, principio de la diferencia e instituciones” (2015). En ambos casos se reproduce una crítica elaborada por Gerald Cohen en “Where the action is: On the site of Distributive Justice” (1997). Para Rawls los dos principios deben leerse de forma conjunta en la medida en que ellos deben entenderse como “the maximin solution to the problem of social justice” (1971: 152).

marco para el gobierno; a esta perspectiva se la ha llamado aproximación procedimental (Fabre 2000; Elster & Slagstad 1988).

En el caso de Rawls, es posible sostener que al interior de su teoría encontramos una clara defensa de la inclusión de DCP en la constitución, derechos que están vinculados al primer principio de la justicia. Así, por ejemplo, tanto en *A Theory of Justice* (1971) como en *Political Liberalism* (1993) el autor sostuvo qué principios fundamentales – que especifican la estructura general y del gobierno– deben estar contenidos en la constitución (1993: 227). Lo mismo ocurre con las libertades básicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos que son considerados como esencias constitucionales (Michelman: 2022).

Lo que resulta más complejo es argumentar a favor de la inclusión de los bienes sociales relacionados con el segundo principio de la justicia. En este sentido, los principios que gobiernan las desigualdades económicas y sociales, a saber, el principio de la diferencia y el de equitativa igualdad oportunidades, no son para Rawls esencias constitucionales. Lo anterior no implica rechazar la posibilidad de argumentar a favor de que estos derechos sociales sean parte de la constitución utilizando conceptos que el propio autor ofrece en su teoría de la justicia. Asimismo, es posible argumentar a favor de que los derechos vinculados al segundo principio de la justicia sean parte de una constitución dado que el propio autor en PL sostuvo que debe existir un derecho constitucional a un mínimo social, mínimo que ha sido vinculado a garantías constituciones de derechos de prestación como salud, alimentación y vivienda. En este sentido, lo que realizaré a continuación es explorar qué argumentos podrían ser ofrecidos para justificar su inclusión.

2.2. La idea de sociedad como sistema de mutua cooperación

En *A Theory of Justice* Rawls señaló que el respeto y aprecio que suscita una concepción de la justicia por sobre otra no solo depende de las consecuencias que se obtendrían de cómo esta concepción organiza la sociedad, sino también de los valores que son expresados por una u otra concepción de la justicia junto a la idea de sociedad que busca promover. En esta línea, él consideró que sus principios de justicia ofrecen un real y efectivo respeto a cada uno de los miembros de la sociedad entendida como un sistema de mutua cooperación.

De acuerdo con su posición, una concepción de la justicia que garantice el respeto mutuo de los miembros de la sociedad promovería a su vez el respeto que cada uno tendría tanto de sus propios planes de vida, así como también por el de los restantes miembros de la sociedad,

fundando así las bases para cooperación social. En este sentido podríamos sostener que, a diferencia de su propuesta, las teorías de corte utilitarista no podrían satisfacer esta condición en la medida en que “el principio de utilidad es incompatible con la concepción de la cooperación social entre iguales para el beneficio mutuo. Este parece ser inconsistente con el ideal de reciprocidad implícito en la noción de una sociedad bien ordenada” (1971: 14).

Recordemos a su vez que para Rawls sus principios de justicia “son los principios de la justicia social: proporcionan una forma de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución adecuada de los beneficios y las cargas de la cooperación social” (1971: 4). Cabe señalar que para Rawls la constitución es una de las instituciones –quizás la más importante– responsables de la distribución de estas cargas y beneficios de la cooperación social, y que esta distribución debe considerar los elementos establecidos por sus principios de justicia¹³. En este sentido, el principio de la diferencia marca un horizonte claro respecto de cómo deberían realizarse estas distribuciones en favor de los que están peor (*the worst-off*).

Rawls sostuvo que las desigualdades sociales y económicas son arbitrarias a menos que vayan justamente en beneficio de los que están peor. La cuestión aquí entonces es cómo debe regularse la ejecución de este principio. Una alternativa sería dejarlo en manos del mercado y que este distribuya dichas cargas y beneficios en función del esfuerzo o el mérito de cada uno de los ciudadanos. Pero sabemos que Rawls fue un acérrimo crítico al ideal meritocrático. Para Rawls si aceptamos que el estándar moral de igualdad de oportunidades ha de ser la mera igualdad formal, o la idea de las carreras abiertas a los talentos, debemos entonces aceptar que la arbitrariedad moral de la buena o mala fortuna natural y social pueda determinar con justicia el desarrollo de los planes de vida de las personas, planes que están indefectiblemente ligados nuestra salud, educación, alimentación y vivienda. Para Rawls el acceso a estos bienes sociales no puede depender exclusivamente del esfuerzo que los y las ciudadanas pudiesen hacer.

Rawls de hecho afirmó que no es moralmente aceptable que los principios de la justicia que organizan las prácticas sociales reproduzcan las desigualdades derivadas tanto del origen social, como de los dotes naturales y de la buena o mala suerte en la vida. La razón es que para el

¹³ Por estructura básica Rawls entiende un sistema interconectado de reglas y prácticas que incluye: (i) La constitución política, (ii) El sistema judicial, (iii) La institución de la propiedad, (iv) Las leyes que regulan el mercado, la producción y los intercambios y (v) la familia.

autor “nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad” (1971: 104). Rawls sostuvo además que la manera en cómo se desarrollen y florezcan las capacidades naturales de las personas se ve afectada por todo tipo de condiciones sociales que estas tienen. Él incluso llegó a sostener que “la voluntad para hacer un esfuerzo, para intentarlo, y por tanto ser merecedor del éxito en el sentido ordinario, depende de la felicidad de la familia y de las circunstancias sociales” (1971: 74). En otras palabras, nadie puede atribuirse mérito alguno porque tuvo la suerte de nacer en una familia que lo apoyara y motivara para alcanzar sus metas, ni menos atribuirse mérito por haberse educado en un colegio que le ofreció las herramientas para llevar adelante de manera exitosa su vida, y menos atribuirse mérito por gozar de buena salud o por comer con cuchara de plata. Asimismo, algo de insensatez habría en atribuirse algún mérito por el nivel de inteligencia que la naturaleza le ha dado. Sumadas estas condiciones, y salvo que uno se sienta como Mr. Bounderby de la novela *Hard Times*, es decir, un orgulloso *self-made man*, es difícil pensar que nuestros logros son atribuibles exclusivamente a nuestro esfuerzo junto a la espontaneidad del mercado como lo han sostenido los libertarios.

Por otra parte, para Rawls la finalidad de la justicia social no es simplemente que todos tengan formalmente protegidas las libertades establecidas por el primer principio de la justicia, sino que las libertades básicas sean efectivamente realizables por todas las personas, al punto en que el valor de la libertad de los peor situados esté maximizado. En este sentido, y como lo sostuve al inicio de este trabajo, los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de nuestra libertad en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona que se encuentra en una situación de pobreza o vulnerabilidad pueda ejercer efectivamente las libertades y derechos que lo califican como un igual a aquellos que tienen los medios para la autosuficiencia económica y que, entre otras cosas, le permiten incluso participar activamente de la política y realizar sus DCP.

Una línea similar de argumentación puede ofrecerse respecto del principio de equitativa igualdad de oportunidades. La posibilidad real de acceder a los bienes sociales que en principio se encuentran disponibles para todos los ciudadanos resulta imposible si no están garantizados ciertos mínimos vitales a partir de los cuales la competencia por dichos bienes sea mínimamente equitativa. Piénsese por ejemplo en la educación como un derecho social, incluyendo por ejemplo el nivel de la enseñanza superior. Si este derecho no se encuentra garantizado, la igualdad de oportunidades para acceder a un empleo que me permita obtener los recursos para realizarme como persona, es decir, ejecutar mi libertad, se

verían fuertemente limitadas. De este modo, tanto el principio de equitativa igualdad de oportunidades como el de diferencia cristalizan la idea de una sociedad como un sistema de mutua cooperación en el que las personas pueden actuar motivadas no solo por su propio interés, sino que reconociendo que sus propios dotes son parte de un acervo común (Rawls 1971: 101).

Todo lo anterior demuestra no solo la conexión que existe entre los elementos que caracterizan y definen los dos principios de la justicia de Rawls, sino también cómo estos se engarzan para mostrar la necesidad de los bienes sociales garantizados por el segundo principio como condiciones para la realización de la libertad (primer principio). Los DS vinculados al segundo principio serían condición necesaria para la realización de las libertades fundamentales unidas al primer principio y manifestadas constitucionalmente por los DCP.

En síntesis, bajo la idea de una sociedad como sistema de mutua cooperación se aloja una interpretación de los principios de justicia que obligan al Estado no solo a garantizar unos mínimos sociales para que las personas puedan libremente conducir su vida y tomar decisiones autónomas, sino también a ofrecer las condiciones (derechos) para que sean reales actores al interior de una sociedad que los considera libres e iguales. La manera más adecuada para lograr lo anterior es que estos mínimos sociales estén, como lo señala el título del libro de la profesora Cécile Fabre “under the Constitution”¹⁴.

2.3. El autorrespeto como un bien social primario

¹⁴ Como lo señala Cecile Fabre en su libro *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*: “individuals have social rights to adequate minimum income, housing, health care, and education, and that those rights must be entrenched in the constitution of a democratic state” (2000: 4). Como lo señale anteriormente, esta tesis contrasta con la que ofreció Fernando Atria en “Social Rights, social contract, socialism” (2015) , según la cual las instituciones judiciales pueden proteger los derechos individuales de forma más efectiva a los derechos sociales porque estos últimos implican un entendimiento de la ciudadanía que es incompatible con el derecho burgués, mientras que los derechos individuales es su manifestación más evidente. Para Atria el derecho burgués (que nunca aclara bien qué es) puede proteger los derechos sociales a través de sus formas tradicionales de protección, pero al hacerlo inevitablemente los transforma en derechos individuales, en otras palabras los des-socializa. En este sentido, en el marco ofrecido por una teoría contractual como la de Rawls sólo sería posible fundamentar los derechos sociales en el interés racional que cada una de las partes tiene y, en ese sentido, la renuncia es siempre a cambio de algo. Creo que esta tesis es completamente contraria a lo que defiende el contractualismo de Rawls y descansa en una imagen que, a lo sumo, se acerca a la teoría de Hobbes.

Resulta difícil no considerar que el autorrespeto es una condición para que las personas puedan llevar adelante sus planes de vida y, con ello, participar en la construcción de una sociedad democrática. Pero ¿qué rol podría jugar el autorrespeto en la justificación de la constitucionalización de los derechos sociales? Antes que todo, debemos recordar que Rawls caracterizó el autorrespeto como teniendo dos aspectos. En primer lugar, implica el sentido que una persona tiene de su propio valor, es decir, su segura convicción de que su concepción del bien, su plan de vida es valioso vale la pena llevarlo a cabo. En segundo lugar, el autorrespeto implica la confianza necesaria en que mis habilidades son suficientes para llevar adelante el plan de vida que me he propuesto. En ambos aspectos es fundamental que nuestros planes de vida reciban el apoyo necesario para que estos puedan concretizarse ya que de lo contrario sería “imposible mantener la convicción de que estos valen la pena” (Rawls, 1971: 441).

Desde esta perspectiva, el autorrespeto es considerado como un componente esencial para que las personas puedan libremente perseguir alguna concepción de la vida buena, o vivir tan libre e igualmente como sea posible al interior de una sociedad política, en otras palabras, puedan realizar en parte el contenido de los DCP. Entre las bases sociales del autorrespeto Rawls consideró relevante la posibilidad de que las personas dispongan de una cierta cantidad de bienes materiales (1971: 545-546), así como la certeza de que los principios que organizan la estructura básica de la sociedad estén guiados por principios de justicia y equidad. En este sentido, la justicia y equidad no serían solo predicados atribuibles al tipo de asignaciones materiales que cada uno ha de recibir, sino por sobre todo predicados de la estructura institucional sobre la cual dicha asignación se realiza. De este modo, la constitución, entendida como la principal estructura institucional responsable de este tipo de distribuciones, podría ser considerada justa o injusta en la medida en que garantice unos mínimos sociales que permitan a sus ciudadanos llevar adelante aquellos planes de vidas que estiman valioso y ofrezca las bases sociales del autorrespeto¹⁵. Como sostuvo Gerald Doppelt: “el autorrespeto requiere una dialéctica reciprocidad de aprecio social entre los miembros de la sociedad” (2009: 30), reciprocidad que en términos constitucionales podría vincularse con un Estado social que garantice

¹⁵ Cabe recordar aquí las primeras palabras que Rawls señala al inicio de *A Theory of Justice* “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por elegante y económica que sea, debe ser rechazada o revisado si es falsa. Del mismo modo, las leyes y las instituciones sin importa cuán eficientes y bien organizadas puedan estar, deben ser reformadas o abolidas si son injustas” (1971: 3)

mediante derechos sociales las condiciones de salud, vivienda, educación y alimentación sin las cuales resulta imposible pensar siquiera en tener un plan de vida, sino solo una vida que sobrellevar.

Para Rawls, una persona que posee autorrespeto tiene un conjunto de creencias a través de las cuales vive, organiza y planifica su vida. Se reconoce a sí misma como valiosa, lo que le lleva a “sentir vergüenza por sus fracasos y un orgullo legítimo por sus éxitos” (Aguayo, 2017: 56). Por otra parte, quienes carecen de autorrespeto –o tienen un dañado respeto de sí mismos– están en principio condenados a llevar una vida difícil con pocas posibilidades de autorrealización¹⁶. Son estas consideraciones las que llevaron a Rawls a pensar que sin autorrespeto “nada parece valioso de llevarse a cabo, o si algunas cosas tienen valor para nosotros, nos falta la voluntad para luchar por ellas” (TJ 440). Como es sabido, Rawls incluso llegó a sostener que el autorrespeto, entendido como el sentido que una persona tiene de su propio valor, era quizás el bien primario más importante. Es tal la relevancia de las condiciones socioeconómicas para alcanzar el bien primario del autorrespeto, que la estructura básica de la sociedad debería estar organizada de tal modo que pueda brindar las condiciones para su realización, sobre todo para quienes por razones inmerecidas no pueden “pagar” por esos bienes sociales. Sin condiciones mínimas de salud, alimentación, vivienda y educación, parece imposible que las personas puedan tener un verdadero aprecio de lo que son y pueden llegar a considerarse como actores al interior de una sociedad democrática. En este sentido, hay fuertes razones para sostener que dichos bienes, entendidos como las bases sociales del autorrespeto, deberían estar considerados como derechos sociales constitucionales¹⁷.

¹⁶ Es posible establecer una relación estrecha entre las diferentes formas de pobreza y la falta de autorrespeto. Dicha relación de basa en que las condiciones para alcanzar el autorrespeto (sus bases sociales en el lenguaje de Rawls) descansan en una serie de bienes que las personas en peor situación carecen. Asimismo, y dentro de una sociedad como la nuestra, se tiende a responsabilizar a las personas por la falta de esos medios, aminorando más su capacidad de sentir aprecio por su propia vida. De este modo aparecerían tres sentimientos morales reactivos: culpa, vergüenza y falta de confianza en la propia vida. Véanse para este tema los trabajos de Jonathan Seglow: “Recognition, Poverty and Self-Respect” (2020), Pablo Aguayo (2021): *Self-Respect and the Justification* (2021) y la sección 67 de *A Theory of Justice* titulada “Self-Respect, Excellences, and Shame”.

¹⁷ Cuando sostenemos que “X tiene un derecho a P” implica que es una exigencia moral que a P le sea asegurado a X. La razón de lo anterior es que si P no le es asegurado a X, entonces algo moralmente inadecuado le ocurrirá a X, o estará expuesto con facilidad a que le ocurra. En este sentido, los bienes, oportunidades y recursos a los que P tiene derecho no pueden reducirse a meros deseos o preferencias circunstanciales, sino a bienes sociales necesarios (*primary goods* en el lenguaje de Rawls)

2.4. Los dos poderes morales

En primer lugar, quiero destacar que el argumento de los dos poderes morales (*moral powers*) se encuentra unido a las ideas centrales expuestas en los párrafos anteriores, a saber, la idea de mutua cooperación y la idea de libertad como autonomía. Tomados en conjunto son una manera de argumentar desde la tradición liberal a favor de la inclusión de los derechos sociales en la constitución. En segundo lugar, resulta importante señalar que para Rawls los ciudadanos son entendidos como teniendo estas dos capacidades morales, a saber, la *capacidad de un sentido de justicia*, esto es, la capacidad comprender, aplicar, y actuar desde la concepción pública de la justicia que caracteriza los términos justos de la cooperación social; y la *capacidad para una concepción del bien*, es decir, la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción determinada del bien, una concepción de lo que es valioso en la vida humana (Rawls, 1993: 19).

Vinculando la idea de los dos poderes morales con los DCP, Rawls sostuvo que se puede elaborar una lista de libertades básicas considerando “qué libertades proporcionan las condiciones políticas y sociales para el desarrollo adecuado y pleno ejercicio de los dos poderes morales” (Rawls, 2001: 45). Para Rawls las libertades políticas se distinguen de otras libertades en el sentido de que “permiten a los ciudadanos desarrollar y ejercer sus dos poderes morales al juzgar la justicia de la estructura básica de la sociedad y sus políticas sociales” (Rawls, 2001: 45). Relacionado con lo anterior, en *A Theory of Justice*, Rawls concibió los poderes morales en términos kantianos, esto es, como los poderes del razonamiento práctico. En materia de justicia, los dos poderes morales son las capacidades esenciales para la moralidad y la agencia racional. En virtud de estas capacidades nos vemos a nosotros mismos y mutuamente como agentes libres y responsables. Como tales, los poderes morales constituirían la base de la plena autonomía¹⁸.

En términos específicos, la capacidad para una concepción del bien estaría ligada a la noción de autonomía en la medida en que una persona sería autónoma si tiene las capacidades personales junto a las oportunidades para elegir –a partir de un real acceso a dichas

para llevar adelante una vida humana que considere valiosa, y esto es justamente uno de los elementos constitutivos autorrespeto.

¹⁸ La importancia de la noción de estos dos poderes morales puede verse en *A Theory of Justice* (51 y 488-489), *Political Liberalism* (19, 81 y 103-104) así como en “The Idea of Public Reason Revisited”, donde sostuvo que “These features of citizens are implicit in their taking part in a fair system of social cooperation” (481-482).

oportunidades— y, de este modo, diseñar, revisar y perseguir una concepción de vida buena. Aquí la dimensión temporal es esencial en la medida en que uno de los rasgos de la autonomía personal es la revisabilidad y reversibilidad de lo que consideramos bueno y valioso.

Por otra parte, la capacidad para un sentido de la justicia puede ser entendida como un principio de motivación moral que permitiría no solo respetar los acuerdos sociales, sino modificar las instituciones cuando estas no son justas, algo de vital importancia para su estabilidad. Como lo señalé en la sección anterior, para Rawls “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por elegante y económica que sea, debe ser rechazada o revisado si es falsa. Del mismo modo, las leyes y las instituciones sin importar cuán eficientes y bien organizadas puedan estar, deben ser reformadas o abolidas si son injustas” (1971: 3).

La idea expresada en el párrafo anterior permite conectar los dos poderes morales con la tesis de la constitucionalización de los DS. Como lo he señalado anteriormente, desde la perspectiva de Rawls las principales instituciones responsables de la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social deben ser reformuladas cuando estas son injustas. En este sentido, una constitución que no garantice derechos sociales mínimos como educación, salud, vivienda —quedando estos a las condiciones del mercado o a los méritos individuales— pone a los ciudadanos en condiciones muy desaventajadas para que puedan formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción determinada del bien y desarrollar una vida que estimen valiosa. En este sentido, los derechos sociales serían las condiciones mínimas a partir de las cuales es posible pensar que los y las ciudadanas tienen los recursos suficientes para comprenderse como agentes y capaces de plantearse la posibilidad de avanzar en un proyecto de vida determinado por su idea de vida buena. Asimismo, la conciencia por parte de los ciudadanos de que las principales instituciones están procurando avanzar en una concepción sustantiva de los derechos, les permitiría comprender, aplicar, y actuar desde la concepción pública de la justicia que caracteriza los términos de la cooperación social justa. Este argumento toma las líneas generales del principio de la diferencia ya que si bien se acepta que existirán personas que se encuentran en peor situación que otras respecto del goce de bienes sociales tales como educación, salud y vivienda, estas personas sabrían que están en mejor posición en comparación a si vivieran bajo un sistema social guiado por el principio de utilidad, que en este caso sería una constitución en la que solo se garanticen derechos formales y libertades básicas.

CONCLUSIÓN

Los derechos sociales tradicionalmente han sido considerados como derechos positivos. Sin embargo, la distinción entre derechos positivos y negativos no es adecuada para sostener que los derechos positivos no deben ser constitucionalizados. La razón es que los derechos positivos imponen deberes positivos de entregar a las personas los recursos necesarios para realizar y ejercitar sus derechos negativos. Por lo anterior, si uno defiende la tesis de constitucionalizar los DCP no puede sino también defender la constitucionalización de aquellos que le hacen posible, a saber, los DS. La objeción más común en contra de los derechos sociales constitucionales sostiene que los derechos sociales son derechos positivos recursos prestaciones que por naturaleza la constitución está destinada a proteger derechos de no interferencia solamente, no debería proteger los derechos sociales. En este trabajo se ha mostrado que la anterior tesis es disputable y se han ofrecido argumentos que, desde la tradición liberal, –particularmente el liberalismo igualitario de John Rawls– es posible defender la tesis de la constitucionalización de los DS. En términos generales, los argumentos presentados giran en torno a ciertas ideas matrices del pensamiento de Rawls vinculadas a su concepción de los ciudadanos como personas que deberían gozar de autonomía, así como a su concepción de sociedad como un sistema de mutua cooperación.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. & Courtis, Ch. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Aguayo, P. (2017) El rol del autorrespeto en la teoría de la justicia de John Rawls. *HYBRIS. Revista de Filosofía*, 8(2), 55-76.
- Aguayo, P. (2021) Self-Respect and the Justification of Rawlsian Principles of Justice. *Ethics and Social Welfare* 15(3): 232-245
- Aguayo, P. (2022). *Justicia social. Conceptos, teorías y problemas*. Valencia. Tirant lo blanch.
- Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atria, F. (2004) ¿Existen los derechos sociales? *Discusiones* 4, 15-59.
- Atria, F. (2015). Social Rights, Social Contract, Socialism. *Social & Legal Studies*, 24(4), 598-613.
- Atria, F. y Michelon, C. (2007). Una Crítica al Principio de la Diferencia. En A. Squella, *El Pensamiento Filosófico y Político de John Rawls* (págs. 215-231). Valparaíso: EDEVAL.

- Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty: An inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*. Oxford: Clarendon Press.
- Cranston, M. (1967). Human Rights, Real and Supposed. En D. D Raphael, *Political Theory and the Rights of Man* (págs. 162-173). London: Macmillan and Co.
- Drury, S. (1982). Locke and Nozick on property. *Political studies* 30(1), 28-41.
- Elster, J. and Slagstad, R. (1988). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fabre, C. (1998). Constitutionalising Social Rights. *Journal of Political Philosophy*, 6(3), 263-284.
- Fabre, C. (2000). *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Oxford: Oxford University Press.
- Fernández, J. (1992). *Locke y Kant: ensayos de filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández, J. (1998). *Hobbes y Rousseau: entre la autocracia y la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Forsthooff, E. (1975). *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro De Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books.
- Prieto, L. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 22, 9-57.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Salgado, C. (2015). Igualdad, principio de la diferencia e instituciones. *Derecho y Crítica Social* 1(1), 1-40.
- Seglow, J. (2020). Recognition, Poverty and Self-Respect. En: Schweiger, G. (eds) *Poverty, Inequality and the Critical Theory of Recognition. Philosophy and Poverty, vol 3*. Cham: Springer.
- Sumner, L. W. (1987). *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Wibye, (2022). Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights. *Ratio Juris*, 35(4), 363-382.