

DERECHOS SOCIALES. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA Y ACCIÓN POLÍTICA

Franco Gatti¹

Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

INTRODUCCIÓN

A cinco décadas de la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y habiendo transcurrido incluso más tiempo desde el reconocimiento constitucional en múltiples Estados de los derechos sociales, persisten no sólo débitos vinculados a la satisfacción integral de los mismos, sino también hondos debates irresueltos alrededor de su conceptualización.

Gran parte de la teoría jurídica insiste en mostrarse desentendida de las disputas políticas que subyacen en las elaboraciones conceptuales y así se coadyuva a arraigar –aún más- el paradigma liberal que persiste hegemónico en el universo del derecho. A resultas de ello y con conciencia de la necesidad de sentar las bases para la inauguración de nuevas categorías, es oportuno repensar la definición de los derechos sociales, las ambiciones que allí se juegan para delimitar su exigibilidad y desligar las construcciones semánticas del modelo dominante.

¹ Abogado –Mejor promedio- Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho. Docente de “Filosofía del Derecho” y “Derecho Constitucional”. Becario de Investigación del Consejo Interuniversitario Nacional 2015-2016. francogatti517@hotmail.com

LA CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA

La asimilación acrítica del lenguaje del derecho coloca a todo aquél con pretensiones de comprenderlo en un sendero irreversible hacia la conservación y reproducción de categorías prefabricadas. El material de labor de los operadores jurídicos posee la particularidad de todo discurso, contiene y derrama ideología, trátase de normas escritas, sentencias judiciales o elaboraciones doctrinarias, en cada construcción subyacen elecciones y convenciones.

La conceptualización en el mundo del derecho asume un protagonismo sustancial determinando, en gran medida, los límites de las posibilidades jurídicas, incluyendo y excluyendo, asumiendo y omitiendo ciertas realidades, en definitiva, reconociendo o dejando de hacerlo.

La tarea de la filosofía del derecho comprende, sin dudas, la deconstrucción de estructuras de pensamiento, procurando instrumentos para un análisis inquieto y habilitando escenarios para la inquietud. Pues en definitiva, “nuestros conceptos o ideas constituyen el edificio mental en el que vivimos. Puede que nos sintamos orgullosos de las estructuras que hemos construido, o bien podamos convencernos de que debemos dismantelarlas y empezar otra vez desde los cimientos. Pero antes que nada debemos saber en qué consisten”². Por eso la interpretación, como acción tendiente a desentrañar, nos mueve hacia el conocimiento –lo más acabado posible– de las nociones fundamentales, y la argumentación estimula un proceder que revele los entretelones y proponga alternativas.

Siempre es preciso retornar a las preguntas aparentemente elementales –como lo hicieron personalidades de la talla de Rousseau–, que se nos muestran sencillas porque hemos internalizado sus respuestas sin cortapisas, sin conmoción: ¿Qué es el derecho? ¿Cómo se definen los derechos humanos? ¿Qué entendemos por

² BLACKBURN, Simon, “Pensar. Una incitación a la filosofía”, Barcelona, Paidós, 2001, pág.11.

democracia? ¿Cuál es el concepto de derechos sociales? Y aunque creemos que las mayores complejidades residen en determinar las especificidades de ciertos institutos jurídicos, perdemos de vista que en las definiciones iniciales, en los grandes conceptos, se marca el terreno teórico para las posteriores discusiones. Existe una enérgica tendencia que promueve el desdeño de la teorización y la sobrevaloración de la práctica, insistiendo en que las pujas epistemológicas, las tensiones conceptuales consumen un tiempo que la realidad no puede esperar. Así, se favorece a sostener las bases cognitivas del siglo pasado –y del anterior– y se retrasa un proceso de transformación científica que rompa los marcos tradicionales y comience oír nuevas voces. Boaventura de Sousa Santos sostiene que “es posible decir que en términos científicos vivimos todavía en el siglo XIX”³, quedando expuesto en el plano jurídico mediante la persistencia, aún protagónica, del ideario liberal decimonónico.

Por ello, es preciso retrotraer el análisis hasta las entrañas de las nociones fundamentales, auspiciando un abordaje consiente del ambiente político-económico y subrayando que “los dominados sólo pueden quebrar el orden que los oprime con la condición de constituir categorías de pensamiento alternativo a las del sentido común, las que justamente han surgido de ese orden. La emancipación política es siempre al mismo tiempo intelectual, pues siempre es reivindicación de una capacidad denegada a los dominados por el orden social, la capacidad de desarrollar un pensamiento y una palabra autónomos”⁴

Para deconstruir el paradigma dominante, inicialmente debemos trazar los lineamientos fundamentales sobre cómo se construyen los conceptos y cuáles son las finalidades que cumplen. Copi expone que “en la conversación o en la lectura, a menudo damos con palabras que no nos son familiares y cuyo significado no queda aclarado por el contexto. Para comprender lo que se dice es menester descubrir lo que las palabras significan, es aquí cuando aparece la necesidad de las definiciones. Un propósito de la definición, por ende, es enriquecer el vocabulario de la persona para la

³ SANTOS, Boaventura de Sousa “Una epistemología del sur: la reivindicación del conocimiento y la emancipación social”, México, Siglo XXI- CLACSO, 2009, pp. 18.

⁴ NORDMAN, Charlotte, “Bourdieu/Ranciere. La política entre sociología y filosofía”, Buenos Aires, Nueva Visión, 2010, pág. 8.

cual se da la definición”⁵. Otra finalidad a la que puede servir la definición es eliminar la ambigüedad, ya que gran parte de las palabras tienen dos o más significados o sentidos distintos. Asimismo, cuando deseamos hacer uso de un término pero no estamos totalmente seguros de los límites de su aplicabilidad es fundamental recurrir a la definición, puesto que nos encontramos frente a un vocablo caracterizado por la vaguedad.

Además de las razones precedentes para definir términos, pueden existir otras que conducen a la formulación de definiciones retóricas o persuasivas. Quien brinda una definición persuasiva no trata de explicar el significado literal del mismo, sino de gravitar en las actitudes o agitar las emociones de sus lectores u oyentes. Por ejemplo, un defensor del socialismo puede definirlo como la democracia extendida al campo económico. En tal caso, no se define la palabra socialismo con el fin de explicar su significado literal o descriptivo, sino con objeto de conquistar para ella algo de la aprobación y entusiasmo que comúnmente despierta la palabra “democracia”⁶. Posiblemente, esta última finalidad sea la que reconozca mayor proximidad a las pretensiones que se encuentran detrás de la conceptualización de las nociones jurídicas fundamentales. Como bien lo expone Hart, “no hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es la química? o ¿qué es la medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?”⁷ y es factible extender el razonamiento a otros interrogantes propios de nuestra disciplina, donde las intenciones políticas aparecen más acentuadas.

“Definir” deriva del latín *definitio* –*finitio*: límite o separación-, por tanto, etimológicamente significa delimitar o separar. He de ahí que definir al derecho como un conjunto de normas reduce el espectro de lo jurídico al derecho puesto, mientras que someter la juridicidad de dichas normas a principios morales o de justicia aparentemente universales amplía las fronteras hasta horizontes tan difusos e inciertos como el contenido mismo del derecho natural. En términos similares se plantea el problema en derredor del concepto de los derechos humanos, por un lado la

⁵ COPI, Irving, “Introducción a la lógica”, Buenos Aires, Eudeba, 1º, 1994, pág.48.

⁶ *Ibidem*, pág.49

⁷ HART, H.L.A, “El concepto de derecho”; 2da. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968 pág 01.

concepción tradicional los define como facultades innatas, universales e inherentes al ser humano, presentándose como una tesis progresista, siendo en rigor una delimitación occidentalizada e incardinada en un prototipo de sujeto masculino, heterosexual, blanco y propietario

Frente al panorama descrito, es válido sondear acerca de si el derecho positivo debe o no asumir la conceptualización como tarea propia o delegarla a la argumentación doctrinaria. En general, los textos normativos no desarrollan el contenido de los derechos fundamentales, con excepción de la legislación del derecho privado que suele ser extensamente profunda en su afán de proteger la propiedad privada. Sin embargo y fundamentalmente en el plano de los derechos sociales, las constituciones se contentan con enumerarlos –si es que efectivamente los contienen-, o los instrumentos internacionales recogen proclamas del estilo de “toda persona tiene derecho al trabajo, a la asociación sindical, a gozar de la vivienda digna, a la salud, a la educación, etc”. En efecto, ¿son convenientes fórmulas más bien exegéticas o tipos legales amplios?, quizás la respuesta guarde complejidad. Por un lado, los tipos amplios brindan otras posibilidades interpretativas, sensibles a las circunstancias históricas e incluso con la oportunidad de ampliar aún más protectoriamente las intenciones del legislador. Pero, en paralelo, pueden caer en manos de protagonistas de tiempos conservadores, que sin la exigencia de la especificidad legal, acaben desplegando una hermenéutica restrictiva. Se trata, en definitiva, de una aporía irresuelta que quizás exija, sobre todo en materias donde están en juego los derechos de los más débiles, un consenso cristalizado en un mínimo inviolable de protección sujeto a extender progresivamente los márgenes de satisfacción.

En suma, la conceptualización comprende una obra engorrosa en el contexto de cualquier saber, pero particularmente en el escenario del derecho nos insta a advertir el entramado de relaciones que la preceden y las consecuencias que se derraman no sólo en las teorizaciones posteriores, sino también en praxis jurídica cotidiana.

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA DELIMITACIÓN LIBERAL

Los derechos sociales, emergentes de contiendas promovidas por los sectores excluidos, denotan de una forma especialmente visible los aspectos señalados acerca de la conceptualización jurídica. Es así porque en la delimitación de su contenido están en juego caracteres determinantes como la exigibilidad, la progresividad, las políticas públicas que los Estados deben encausar para tornarlos empíricos y también las estrategias para reducirlos, para subordinarlos a supuestas coyunturas presupuestarias, es decir, todos los ardidés teóricos para intentar “liberalizarlos” de sus raíces.

La ideología liberal ha insistido en subrayar que los derechos individuales constituyen prerrogativas naturales del ser humano preexistentes incluso al Estado, que estaría llamado a garantizarlos e intervenir frente a las eventuales perturbaciones. De tal modo, “a cualquier forma de organización social, al ser una creación convencional, siempre le serán oponibles aquellos derechos individuales que se consideran naturales”⁸ y el Derecho devendría una herramienta para salvaguardar aquello que la naturaleza ya sabiamente ha dispuesto. En consecuencia, sólo los derechos civiles y políticos configurarían auténticos derechos subjetivos, susceptibles de exigencia frente a los órganos jurisdiccionales.

Esta tendencia que sostiene que “los derechos individuales, es decir, aquellos que se originan en acuerdos o contratos entre sujetos determinados, son los únicos que poseen rango suficiente para requerir una efectiva protección jurisdiccional”⁹ subsiste actualmente en la filosofía jurídica y política de corte liberal. Ello, porque aún subsiste la idea de que los derechos subjetivos sólo pueden ser definidos como tales, a partir de la correlatividad existente entre deberes y obligaciones. He de ahí

⁸ JAMES, Susan, “The content of Social Explanation”, en RIBOTTA, Silvina y Otros, “Los derechos sociales y su exigibilidad”, Madrid, Dykinson, 2015, pág. 145.

⁹ ABRIL, Ernesto, “Reivindicación de los derechos sociales. Una crítica a los presupuesto liberales” en RIBOTTA, Silvina y Otros, “Los derechos sociales y su exigibilidad”, Madrid, Dykinson, 2015, pág. 146.

que Fernando Atria afirma que “lo crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo es la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida”¹⁰ y esto último no se verifica en su visión sobre los derechos sociales. Así, recurre al ejemplo de una persona desempleada y se pregunta ¿Quién es el sujeto que está obligado a satisfacer esta demanda? y responde afirmando que es indispensable la determinación de quien tiene la obligación frente a ese derecho social para poder calificarlo como tal y reclamarlo de modo coactivo.

Subyacen en estas posturas las referencias trazadas precedentemente sobre la trascendencia que adquiere la determinación de los límites conceptuales, ya que se postula una honda diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, asegurándose que funcionan bajo lógicas disímiles. Para los partidarios de esta doctrina, el eje de la distinción se halla en las obligaciones positivas y negativas: los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado –verbigracia, abstenerse de violar la intimidad, procurar no quebrantar la propiedad privada, etc.- mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones positivas –por ejemplo, asegurar el acceso a la vivienda digna, adoptar políticas públicas para garantizar la educación universal, etc.-. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aún cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que “como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer”¹¹.

En la línea de pensamiento descrita, Rosenkrantz alude a los múltiples obstáculos que se interponen para la efectiva complacencia de los declamados derechos sociales. Para ello, descarta toda posibilidad de fundamentar una concepción individualista del objetivo social de la reducción de la pobreza. A continuación, pasa a sostener que esa imposibilidad se funda en el hecho de que “lo que cada uno de

¹⁰ ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, Revista Discusiones, Año 4, Número 4, Editorial Universidad Nacional del Sur, 2003, pág. 22.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian en “La protección judicial de los derechos sociales”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pág. 04

nosotros tiene que hacer para reducir la pobreza es absolutamente independiente de lo que hacen otros”. De allí, infiere que en este asunto nos encontramos frente a la existencia de lo que califica como “un error moral”¹². Según este autor, los tribunales carecen de conocimientos y tecnologías suficientes para encarar un nuevo diseño de esas especiales y necesarias instituciones. Por ello, estima que no podrán garantizar que se cumpla con estos derechos que tienden a la eliminación de la pobreza y la desigualdad en sus diversas formas. Y si todo ello, hace referencia a la posibilidad de incluir cláusulas que así lo dispongan dentro de los textos constitucionales, afirma que “la Constitución debería verse como una combinación de mandatos dirigidos a distintos sujetos con aquellos valores considerados demasiado importantes para dejarlos en manos de mayorías legislativas cambiantes”¹³. Refiriéndose a los derechos sociales concluye “yo creo que la idea de lo no ejecutable es inconveniente. Me parece que devalúa la potencia del texto constitucional. La existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda Constitución”¹⁴

En síntesis, quienes se oponen a la idea de exigibilidad sostienen que estos derechos son muy indeterminados en cuanto a la medida de las prestaciones que derivan de ellos, con lo cual no se establece claramente la extensión de las obligaciones estatales y por lo tanto las decisiones al respecto dependerían más del proceso político y legislativo que de los jueces. También plantean que, “contrariamente a lo que sucede en el caso de los derechos civiles y políticos, el ámbito judicial no es una buena vía para resolver las controversias relativas a los derechos sociales debido a la dificultad para identificar a los actores relevantes en relación con un problema específico y para dirimir entre intereses muy diversos en competencia”¹⁵

¹² ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, en BULLARD, Alfredo y otros “El derecho como objeto e instrumento de cambio social”, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003, pág.242.

¹³ *Ibidem*, pág. 247.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 248.

¹⁵ DE ROUX, Carlos Vicente y RAMIREZ, Juan Carlos, “Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad”, serie Estudios y perspectivas, N° 4, Bogotá, D.C., Oficina de la CEPAL en Bogotá, 2004, pág. 12.

Todos los argumentos reseñados forman parte de un “paraguas conceptual”, orientado a concebir a los derechos sociales como “de realización progresiva, programáticos o de otro tipo de generación – sin claridad de plazos ni indicadores de progreso-¹⁶, aliviando las responsabilidades estatales y erigiendo un marco de discrecionalidad para que las ideologías liberales continúen eclipsando los derechos colectivos. El concepto hacia el que nos conduce esta teoría tradicional entiende a los derechos sociales como meras promesas constitucionales o convencionales, inexigibles coactivamente por carecer de un sujeto obligado suficientemente determinado, y fácilmente escindibles de los derechos civiles y políticos que no ofrecen dudas acerca de su carácter de derechos subjetivos. Quizás aquí se encuentre la respuesta a por qué en gran parte de los Estados latinos, a pesar de poseer Constituciones imbuidas por el constitucionalismo social, las deudas en materia de derechos sociales aún persisten y en algunos caso se acrecientan.

EL ELEMENTO AUSENTE EN LA LÓGICA LIBERAL

Habiendo echado luz sobre las astucias conceptuales a las que se apela para sostener cierta vacilación sobre la exigibilidad de los derechos sociales, resulta pertinente penetrar en sus fundamentos y ensayar una definición que los recoja con conciencia de su génesis y con ambición de ampliación.

Inicialmente, debe recordarse que los derechos sociales surgen como respuesta al sometimiento sufrido por las poblaciones más desfavorecidas, víctimas del olvido en las proclamas del constitucionalismo liberal. Por ese motivo, Norberto Bobbio asevera que “la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria, puesto que tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un

¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Ob. Cit., pág. 05.

número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”¹⁷. Es decir, el Estado que reconoció los derechos civiles y políticos a una porción de hombres debió avanzar en busca de extender los estándares de protecciones de los sujetos desoídos en aquel primer momento y cuyos contextos de sometimiento se habían acentuado con la industrialización y el progreso feroz del capitalismo.

Los derechos económicos, sociales y culturales procuran democratizar la ciudadanía social, vale decir, el acceso a los activos y prestaciones que ofrece la sociedad y el pleno reconocimiento de los distintos grupos que pertenecen a ella, con sus diferencias específicas. Así lo expone Hopenhayn, afirmando que “estos derechos expresan valores tales como la igualdad de oportunidades, la calidad de vida, la solidaridad y la no discriminación. En virtud de ellos, las personas deberían disfrutar efectivamente del derecho al trabajo, a tener un nivel de vida adecuado, a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación, la protección social, el reconocimiento étnico y de la identidad cultural, y otros. De lo contrario, se encuentran en una situación de “preciudadanía” de ciudadanía incompleta”¹⁸. Además, los derechos sociales aspiran a la inclusión de los excluidos sin que tal circunstancia acabe encaminándolos a la homogeneidad, muy por el contrario, una interpretación correcta debe entenderlos como prerrogativas de los hombres y las mujeres que los reconocen en sus diferencias, con sus diversidades —culturales, sexuales, étnicas, políticas— y no a pesar de ellas. La integración sin subordinación pasaría por el doble eje de los derechos sociales y de los culturales, “en el sentido de que una mejor distribución de los activos materiales va de la mano con el acceso más igualitario a los activos simbólicos —información, comunicación y conocimiento—, todo esto con una presencia más equitativa de los numerosos actores socioculturales

¹⁷ BOBBIO, Norberto, “Derecha e izquierda”, Madrid, Santillana-Taurus, cuarta edición, 1995, pág.151.

¹⁸ HOPENHAYN, Martín “Derechos sociales, deudas pendientes y necesidad de un nuevo pacto social” Notas de Población número 85, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, pág.17

en el debate público y con un pluralismo cultural encarnado en normas e instituciones”¹⁹.

Advirtiendo estas consideraciones sobre los orígenes de los derechos sociales y sus razones, es imposible desconocer la función que atañe al Estado y que no se detiene en el reconocimiento o la consagración, sino que debe proyectarse a la satisfacción efectiva. Por ello, “cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos requieren un cierto modelo de organización estatal, de una serie de precondiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás”²⁰. Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, en un Estado intervencionista que focaliza sus políticas en las necesidades de los núcleos poblaciones más desamparados, en quienes no son vulnerables sino que han sido sometidos a condiciones vulnerabilizantes. Juan Ramón Capella se resiste a hablar de “Estado de bienestar”, concluyendo que “Estado del bienestar es una expresión apologética del sistema capitalista. No fue la izquierda la que acuñó esa expresión” y agrega que desde un punto de vista socialista “hablamos de un estado intervencionista redistributivo, o sea, que impone al empresariado, a través de la principal institución pública —el Estado, o las uniones de Estados— deberes, cargas, que hoy o bien están siendo soportadas por el grueso de la población o son simplemente desatendidas; por ejemplo, en materia de conservación del medio ambiente”²¹

En los fundamentos mismos de los derechos sociales está presente la asunción de un compromiso por parte del Estado, como única garantía para que no se los sepulte bajo la categoría de “derechos imposibles”. Tradicionalmente, la

¹⁹ *Ibidem*, pág. 18.

²⁰ CARBONELL, Miguel, en “La protección judicial de los derechos sociales”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2009, pág. 124.

²¹ CAPELLA, Juan Ramón, Entrevista personal, Revista Teína, “Pobreza”, Número 16, 2007.

responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual: es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo, se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a riesgos sociales. Para tal efecto, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento. Lo anterior conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio y frente a la necesidad (por ejemplo: seguro de desempleo, pensiones de viudez, por jubilación, incapacidad, etcétera)²².

En resumidas cuentas, el elemento ausente de la pretensión conceptual de la filosofía liberal es el Estado, puesto que contra el argumento de la indeterminación del sujeto obligado en los derechos sociales subsiste una total omisión a la acción estatal, hallándose como telón de fondo una concepción abstencionista, lejana a la descripción intervencionista redistributiva antes apuntada. Igualmente, se utiliza ideológicamente la distinción entre obligaciones positivas y negativas, intentando identificar estas últimas exclusivamente con los derechos sociales, ocultándose que “todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Así, nadie podría negar la gran cantidad de recursos y conductas positivas que el Estado destina para la protección de la propiedad y en paralelo existen ciertos derechos sociales frente a los cuales el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que los afecten –por ejemplo cuando ya se ha accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos: salud, vivienda, educación, etc.”²³

²² CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, “Defensa del Estado social”, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, pág. 14.

²³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Ob. Cit., pág. 08.

CONCEPTUALIZACIÓN Y DERECHO POSITIVO

Tal como fue expuesto, la indeterminación positiva del contenido de los derechos sociales se ha elevado como un argumento de peso para quienes adhieren a las concepciones que desconocen su plena exigibilidad. Sin embargo, la imprecisión semántica no es patrimonio propio de este tipo de derechos, pues “la dificultad en la determinación del contenido no se limita a algún ámbito de derechos: también en el caso de los derechos de libertad el contenido resulta difícil de establecer abstractamente. La crítica resultaría adecuada siempre que el ordenamiento jurídico no dispusiese de medios para determinar el contenido, transformándose entonces en una cuestión de política”²⁴.

Algunos textos constitucionales evitan adoptar fórmulas precisas y se inclinan por los tipos legales amplios que generan, a la postre, inconvenientes interpretativos. Así, por ejemplo la Constitución argentina al expedirse sobre el derecho a la vivienda digna se limita a disponer que “la ley establecerá el acceso a la vivienda digna”²⁵, dando paso al desarrollo de traducciones que afirman el carácter programático de este derecho. Por su parte, la norma suprema ecuatoriana incluye otros elementos, pero parece mantenerse en el mismo sentido, puesto que consagra que “las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”²⁶. En Italia, según exhibe Ferrari, “el derecho a la vivienda no sería un derecho sino un interés de relevancia constitucional, que indica la necesidad de satisfacer una necesidad primaria que el legislador debe realizar en el límite de lo posible”²⁷. Paralelamente, en el Estado Español, el derecho a la vivienda se regula en el artículo 47, bajo el epígrafe de

²⁴ TRUJILLO PÉREZ, I, “La questione dei diritti sociali” en *Ragion Patrica* 14, 2000, pág. 50.

²⁵ CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Artículo 14 bis.

²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR, Artículo 30.

²⁷ FERRARI, G.F, “La tutela dell’aspettativa all’abitazione nel costituzionalismo contemporaneo” en *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant’anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, Vol I (Aspetti costituzionali ed amministrative), Milán, Giuffrè editore, 1986, pág.128.

“Principios Rectores de la Política social y económica”, rezando que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. La doctrina agrega que “estos derechos se articulan como principios y se concretan en mandatos de optimización, en cuanto que deben ser realizados dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes²⁸. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en general, también receptan enunciados generales, evidenciando que son el producto de negociaciones entre Estados que ejecutan proyectos políticos desiguales, desde aquellos signados por las ideologías más conservadoras hasta los programas de gobierno con enorme énfasis en el progreso y la inclusión social. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 11 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”.

A pesar de lo indicado, debe decirse también que otras normas constitucionales adoptan senderos más rigurosos en la enunciación del contenido de los derechos que consagran. El Estado Plurinacional de Bolivia ha estructurado en su Constitución de 2008 un capítulo especialmente referido a los Derechos económicos, sociales y culturales, y en su interior es minucioso en las acciones positivas que le corresponde adoptar al Estado. Así, cuando regula el derecho a la educación la define como una “función suprema y primera responsabilidad del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla”²⁹. Inmediatamente, incluye entre sus objetivos “fomentar el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético morales. Los valores incorporarán la equidad de género, la no diferencia de roles, la no violencia y la vigencia plena de los derechos humanos”. Similar especificidad denota el abordaje del derecho a la salud, asumiendo el Estado su protección y el compromiso de promover “políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los

²⁸ ALEXY, R. “Teoría de los derechos fundamentales” Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág.86.

²⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Artículo 77.1.

servicios de salud”³⁰. Está claro que la mayor o menor rigurosidad en el desarrollo normativo de los derechos sociales no asegura su vigencia empírica ni convierte a los Estados en sus máximos protectores, pero puede presentarse como opción ante el argumento de la imprecisión semántica.

Amén de las alternativas existentes sobre la inclusión o no del contenido mínimo que debe garantizarse en cada derecho consagrado, el derecho positivo no contiene –al menos en la materia que nos ocupa- conceptualizaciones que disipen las dudas sobre las que hemos trabajado. En el ámbito de los derechos civiles, difícilmente un Código Civil y Comercial omita positivizar determinados conceptos – contrato, dominio, capacidad, etc-, señalando hacia dónde se orienta con más robustez el interés del Estado. El Código Civil español, verbigracia, define a la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”³¹ y el recientemente reformado Código Civil y Comercial argentino se preocupa con exactitud de la noción de contrato, disponiendo “es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”³². La legislación iusprivatista también se torna meticulosa con el objeto de conservar pautas morales con enorme contenido religioso, por ello el Código Civil chileno define al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”³³ y la legislación ecuatoriana se inclina en el mismo sentido³⁴.

Sin embargo, en el plano de los derechos sociales la cuestión queda librada a las tensiones teóricas, donde se debaten nociones amplias y restrictivas y conviven inclinaciones tendientes a la plena exigibilidad con aquellas proclives a entenderlos como proclamas aspiracionales o meros objetivos de gobierno.

³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Artículo 35.1.

³¹ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Artículo 348.

³² CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, Artículo 957.

³³ CÓDIGO CIVIL CHILENO, Artículo 102.

³⁴ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Artículo 81.

En consecuencia, es menester encausar el estudio iusfilosófico hacia sitios donde se respalde la reflexión en torno a los conceptos fundamentales que, en infinidad de contextos, se emplean sin criticismo. Como subraya Saskia Sassen “las categorías de análisis dominantes son invitaciones a no pensar”³⁵ y la Universidad debe empujar, abrir nuevas fronteras y despojarse de las enseñanzas que inclinan a los estudiantes a ser prudentes. Ése merece ser el propósito de nuestro tiempo.

³⁵ SASSEN, Saskia, “Las categorías dominantes son invitaciones a no pensar”, Buenos Aires, Página 12, 01 de abril de 2016.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian en “La protección judicial de los derechos sociales”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ALEXY, R. “Teoría de los derechos fundamentales” Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, Revista Discusiones, Año 4, Número 4, Editorial Universidad Nacional del Sur, 2003.

BAZÁN, Victor, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Chile, 2010.

BIDART CAMPOS, German J., “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario”, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1998.

BLACKBURN, Simon, “Pensar. Una incitación a la filosofía”, Barcelona, Paidós, 2001.

BOBBIO, Norberto y Otros, “Diccionario de Política”, México, Siglo XXI editores, 1994.

BOBBIO, Norberto, “Derecha e izquierda”, Madrid, Santillana-Taurus, cuarta edición, 1995.

BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

BULLARD, Alfredo y otros “El derecho como objeto e instrumento de cambio social”, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A.; “La protección internacional de los derechos económicos sociales y culturales”; en: Estudios de Derechos Humanos, autores varios, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Tomo I, 1994.

CAPELLA, Juan Ramón, Entrevista personal, Revista Teína, “Pobreza”, Número 16, 2007.

CARBONELL, Miguel, en “La protección judicial de los derechos sociales”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2009.

CARRIÓ, Genaro, “Notas sobre derecho y lenguaje”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, “Defensa del Estado social”, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

COPI, Irving, “Introducción a la lógica”, Buenos Aires, Eudeba, 1º, 1994.

DE ROUX, Carlos Vicente y RAMIREZ, Juan Carlos, “Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad”, serie Estudios y perspectivas, N° 4, Bogotá, D.C., Oficina de la CEPAL en Bogotá, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, “Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional”, Madrid, Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, “Democracia y garantismo”, Madrid, Trotta, 2010

FERRARI, G.F, “La tutela dell’aspettativa all’abitazione nel costituzionalismo contemporaneo” en La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive.

Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza, Vol I (Aspectti costituzionali ed amministrative), Milán, Giuffrè editore, 1986.

HART, H.L.A, "El concepto de derecho"; 2da. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

HOPENHAYN, Martín "Derechos sociales, deudas pendientes y necesidad de un nuevo pacto social" Notas de Población número 85, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.

NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos", Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

NINO, Carlos Santiago, "Ética y derechos humanos", Buenos Aires, Paidós, 1984,

NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", Buenos Aires, Astrea, 1980.

NORDMAN, Charlotte, "Bourdieu/Ranciere. La política entre sociología y filosofía", Buenos Aires, Nueva Visión, 2010.

NOVOA MONTREAL, Eduardo, "Crítica y desmitificación del derecho", Buenos Aires EDIAR, 1984.

RIBOTTA, Silvina y Otros, "Los derechos sociales y su exigibilidad", Madrid, Dykinson, 2015.

ROSS, Alf, "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, EUDEBA, 1994.

RUIZ, Alicia, "Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho", Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Reinventar la democracia, reinventar el Estado”, Buenos Aires, CLACSO, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa “Una epistemología del sur: la reivindicación del conocimiento y la emancipación social”, México, Siglo XXI- CLACSO, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Para descolonizar occidente”, Buenos Aires, CLACSO, 2010.

SASSEN, Saskia, “Las categorías dominantes son invitaciones a no pensar”, Buenos Aires, Página 12, 01 de abril de 2016.

TRUJILLO PÉREZ, I, “La questione dei diritti social” en Ragion Patrica 14, 2000.