



Pobreza y derechos fundamentales

La justificación y efectivización
de los derechos socioeconómicos

David Bilchitz

POBREZA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos

DAVID BILCHITZ

POBREZA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

**La justificación y efectivización
de los derechos socioeconómicos**

Prólogo de
Pius Langa

Traducción de
Jorge A. Portocarrero Quispe

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Título original: *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, de David Bilchitz (Oxford: Oxford University Press), se publicó originalmente en inglés en 2007. Esta traducción se publica de acuerdo con Oxford University Press.

© De la traducción: Jorge A. Portocarrero Quispe

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 978-84-9123-036-6

Depósito legal: M. 2.813-2017

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Impresión: Artes Gráficas Huertas, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2017

*Para mis padres,
Cynthia y Reuven Bilchitz*

ÍNDICE

PRÓLOGO, <i>por Pius Langa</i>	15
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	17
PREFACIO	23
INTRODUCCIÓN	27
CAPÍTULO I. HACIA UNA TEORÍA DÉBIL DE LO BUENO ...	35
1. Introducción	35
2. Valor y punto de vista.....	37
3. Nussbaum y la noción de vida humana.....	40
3.1. El enfoque de las capacidades: Sen y Nussbaum.....	40
3.2. La noción fáctica de vida humana	42
3.3. La noción evaluativa de la vida humana.....	44
4. Rawls y el concepto de persona	49
4.1. El concepto de persona como un mecanismo heurístico	50
4.2. Cooperación social.....	52
5. Integrando hechos y valores: experiencia y propósito	57
5.1. Experiencias.....	58
5.2. Intencionalidad	60
5.3. ¿La intencionalidad implica conciencia reflexiva?.....	62
6. En defensa de la teoría del valor propuesta	65
6.1. Objeción 1: la máquina de experiencias de Nozick	68
6.2. Objeción 2: ¿el dolor siempre es malo?	70
6.3. Objeción 3: intenciones equivocadas y preferencias adaptables	72
7. Juicios de prioridad	75
7.1. Las precondiciones necesarias para que un ser no vea amenazada su supervivencia.....	76

7.2. Las precondiciones generales necesarias para el cumplimiento de los propósitos	77
7.2.1. Definiendo el umbral.....	78
7.2.2. ¿Capacidades o recursos?.....	80
7.3. Propósitos compartidos.....	84
8. Conclusión.....	84
CAPÍTULO II. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	87
1. Introducción	87
2. Las presuposiciones de acción y los derechos fundamentales.	88
2.1. El argumento de Gewirth	88
2.2. El vacío en Gewirth.....	91
3. La estrategia de Nagel: razones impersonales y personales	95
3.1. El argumento de Nagel	95
3.2. El problema de Nagel.....	99
4. La igual importancia y la justificación de los derechos fundamentales.....	100
4.1. La premisa de la igualdad	100
4.2. Derechos iguales.....	106
5. Objeciones.....	109
5.1. Objeción 1: ¿la importancia equitativa fundamenta los derechos básicos?	109
5.2. Objeción 2: ¿por qué no una igualdad general de recursos?	112
5.3. Objeción 3: ¿quién está incluido dentro del alcance del principio de importancia equitativa?	115
5.4. Objeción 4: ¿deberes individuales para cumplir con las reglas sociales?	118
5.5. Objeción 5: ¿obligaciones en lugar de derechos?.....	119
6. Conclusión	121
CAPÍTULO III. DEFINIENDO NUESTRAS OBLIGACIONES INCONDICIONALES	123
1. Introducción	123
2. Preguntas sin respuesta en torno al contenido de los derechos.....	123
3. Derechos condicionales e incondicionales	127
4. Traduciendo derechos condicionales en derechos incondicionales.....	134
4.1. Escasez.....	134

4.2. Urgencia	137
4.3. Sacrificio	138
4.4. Efectividad	141
5. La asignación de deberes	144
5.1. El rol de la responsabilidad individual	145
5.2. Los límites de la responsabilidad	147
5.3. Reconciliando derechos y responsabilidad	149
6. El marco general de decisión	151
7. Conclusión	155
CAPÍTULO IV. JUSTIFICANDO EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDA- MENTALES.....	157
1. Introducción	157
2. Teorías sobre el control judicial de constitucionalidad	159
3. Desacuerdo, derechos y control judicial de constitu- cionalidad	165
3.1. El control judicial de constitucionalidad debilita a los derechos.....	165
3.2. El instrumentalismo de los derechos	169
3.3. El desacuerdo como justificación para el control judi- cial de constitucionalidad	170
3.4. Los límites del desacuerdo	173
4. Una teoría del control judicial de constitucionalidad ba- sada en derechos	174
5. Tomando decisiones óptimas sobre derechos fundamen- tales: ¿el judicial o el legislativo?	179
5.1. Tiempo	180
5.2. Política y principio	180
5.3. Pericia	182
5.4. Parcialidad	184
5.4.1. Parcialidad informacional	184
5.4.2. La posición de las minorías	185
5.4.3. Elocuencia	187
5.5. Responsabilidad y justificación	188
5.6. Toma de decisión particular versus toma de decisión general	189
6. Derechos socioeconómicos y control judicial de constitu- cionalidad.....	190
7. Conclusión	195

CAPÍTULO V. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PRÁCTICA: EL ENFOQUE DE RAZONABILIDAD Y SUS FALENCIAS.....	199
1. Introducción	199
2. La interpretación constitucional en Sudáfrica.....	201
2.1. Retos que enfrenta el enfoque de interpretación constitucional basado en valores.....	202
3. <i>Grootboom</i> : razonabilidad y el contenido mínimo esencial ..	204
3.1. La decisión.....	204
3.2. Dificultades teóricas del enfoque de razonabilidad en el caso <i>Grootboom</i>	207
3.2.1. Razonabilidad.....	207
3.2.2. Razonabilidad y la necesidad de un contenido mínimo esencial	210
3.2.3. Dignidad y el contenido mínimo esencial	213
3.3. La crítica al remedio en el caso <i>Grootboom</i>	216
3.1.1. El mandato.....	216
3.3.2. La implementación del mandato.....	218
4. <i>Campaña de Acción para el Tratamiento</i> : reduciendo derechos a razonabilidad	220
4.1. La decisión.....	220
4.2. Dificultades teóricas del enfoque de la razonabilidad en el caso <i>TAC</i>	224
4.2.1. La razonabilidad y el contenido de los derechos	224
4.2.2. ¿Implicó el caso <i>TAC</i> una violación a una obligación negativa?	226
4.2.3. La razonabilidad y su contenido.....	229
4.3. Crítica al remedio en el caso <i>TAC</i>	232
4.3.1. La insuficiencia práctica del mandato	232
4.3.2. El rol de la jurisdicción supervisora	234
5. ¿Una lectura alternativa de la jurisprudencia?	237
5.1. El enfoque de la igualdad.....	237
5.2. Las deficiencias del enfoque de la igualdad.....	239
6. <i>Khosa</i> : la razonabilidad y la confusión entre alcance y contenido.....	242
6.1. La decisión.....	242
6.2. Razonabilidad: ¿confundiendo cuestiones distintas?...	244
6.3. La razonabilidad y el propósito de la sección 27	246
6.4. Razonabilidad y la limitación de derechos.....	247
7. Conclusión.....	249

CAPÍTULO VI. FILOSOFÍA POLÍTICA EN ACCIÓN: DESARROLLANDO EL ENFOQUE SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL DE LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS.....	251
1. Introducción.....	251
2. Conectando a la filosofía política con la doctrina jurídica ...	252
3. Argumentos a favor del enfoque sobre el contenido mínimo esencial.....	257
3.1. Las Naciones Unidas y el enfoque sobre el contenido mínimo esencial.....	257
3.2. Primeras especificaciones sobre el umbral mínimo	260
3.3. Distinguiendo dos umbrales de interés.....	262
3.4. Una interpretación alternativa de la sección 26.1).....	267
3.5. La sección 26.2) y la noción de realización progresiva.	269
3.6. La relación entre el contenido mínimo esencial y las obligaciones de respetar, proteger y efectivizar.....	271
4. Objeciones al enfoque sobre el contenido mínimo esencial.	274
4.1. Estándares generales y el contenido mínimo esencial	274
4.2. El contenido mínimo esencial no puede ser un estándar general.....	278
4.3. ¿Puede concretizarse al mínimo esencial como un derecho individual?.....	281
4.4. El mínimo esencial y los derechos autónomos.....	285
4.5. El contenido mínimo esencial es rígido y absoluto	286
5. La noción de prioridad y el contenido mínimo esencial.....	287
5.1. Prioridad léxica.....	288
5.2. Prioridad ponderada.....	291
5.3. Respuesta a las objeciones.....	294
6. Recursos, imposibilidad y derechos.....	296
6.1. El enfoque de la Corte.....	297
6.2. La importancia de los derechos condicionales.....	298
6.3. Distinguiendo entre el umbral mínimo esencial y el umbral pragmático mínimo.....	302
6.3.1. El contenido mínimo esencial basado en principios.....	303
6.3.2. El umbral pragmático mínimo.....	306
7. La disponibilidad de recursos.....	309
7.1. <i>Soobramoney</i>	309
7.2. El conjunto de recursos disponibles.....	311
7.3. La necesidad de una consideración holista de los recursos disponibles.....	315
8. Conclusión.....	320

CAPÍTULO VII. CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS PARA LA POLÍTICA EN SUDÁFRICA Y EN OTROS PAÍSES.....	321
1. El derecho a alimentación en los Estados Unidos, India y Sudáfrica.....	324
1.1. Los Estados Unidos de América.....	324
1.2. India.....	327
1.3. Sudáfrica.....	332
2. El derecho a una vivienda adecuada en el Reino Unido, la India y en Sudáfrica.....	336
2.1. El Reino Unido.....	336
2.2. India.....	340
2.3. Sudáfrica.....	343
2.3.1. La Política Nacional de Emergencia de Vivienda.....	344
2.3.2. Alojamiento alternativo.....	347
3. Conclusión.....	351
BIBLIOGRAFÍA.....	353
TABLA DE CASOS.....	365

PRÓLOGO

Con ocasión del primer caso sobre derechos socioeconómicos que llegó ante la Corte Constitucional, el juez Chaskalson, por entonces presidente de la Corte, hizo esta pertinente observación:

«Vivimos en una sociedad en la cual existen grandes diferencias en lo que se refiere a la riqueza. Millones de personas viven en condiciones deplorables y se encuentran en grave situación de pobreza. Existe un alto nivel de desempleo, seguridad social inadecuada, y muchos no tienen siquiera acceso a agua potable o servicios de salud adecuados. Estas condiciones ya existían al momento de adoptarse la Constitución, siendo que el compromiso de abordar dichos problemas y transformar nuestra sociedad en una en la cual exista dignidad humana, libertad e igualdad sigue encontrándose en el corazón de nuestro nuevo orden constitucional. En tanto estas condiciones sigan existiendo, dicha aspiración tendrá un vacío en el centro»¹.

Con este libro, David Bilchitz ha realizado una vital contribución a la tarea de llenar dicho vacío, de manera que ahora la campana constitucional pueda sonar fuerte, orgullosa y honesta, a fin de que todos puedan llegar a oírla.

Basando su análisis en principios básicos, ha construido una impresionante teoría sobre cómo debemos pensar los derechos socioeconómicos y qué es lo que estos requieren para su efectividad. El argumento de que la justificación de los derechos civiles y políticos es equivalente a la justificación de los derechos socioeconómicos desafía el pensamiento tradicional en torno a dicha problemática y sirve para incrementar la influencia o estatus que los derechos socioeconómicos tienen tanto en el pensamiento jurídico y político en Sudáfrica, como en todo el mundo. Esto es seguido de una teoría matizada y convincente respecto de las limitaciones o condicionalidades de los derechos, además de un poderoso argumento en favor del control judicial de las leyes en el ámbito de los derechos socioeconómicos.

Estas ideas, independientemente de si coincidimos con ellas o si provocan mayor compromiso con la teoría de los derechos socioeco-

¹ *Soooramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC), párrafo 8.

nómicos, nos llevará indudablemente más cerca de la fuerza motivadora detrás de los esfuerzos de David —un profundo deseo por lograr una sociedad donde no se deje a ninguna persona padecer de hambre, de sed, sin vivienda o sin educación, sin tratamientos médicos o sin asistencia social—. Esta pasión se hace inmediatamente evidente para quien haya tenido oportunidad de dialogar con David, siendo que el libro mismo está influenciado por la implacable convicción de que todos debemos hacer de este país y del mundo un lugar mejor para todos aquellos que viven en él.

Una amplia sección del libro está dedicada de manera crítica al enfoque de «razonabilidad» desarrollado por la Corte Constitucional Sudafricana sobre los derechos socioeconómicos y un argumento en favor de un enfoque sobre el contenido mínimo esencial. Como Corte, solo podemos considerarnos como privilegiados de contar con tal evaluación cuidadosa, honesta y crítica de nuestro trabajo. Es vital para la salud de nuestra democracia constitucional que exista un debate sólido a nivel de los círculos críticos y de la sociedad civil en torno al trabajo de las Cortes y al contenido de los derechos consagrados en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*). La contribución de David incitará a que todos los jueces, abogados y académicos de este país mediten seriamente y hablen con franqueza sobre si el camino en el que nos encontramos actualmente es en realidad la mejor ruta hacia el objetivo que todos queremos alcanzar. No puedo ofrecer mayor elogio a este libro que esta afirmación.

Johannesburgo (Sudáfrica), octubre de 2006.

Pius LANGA
Presidente de la Corte
Constitucional de Sudáfrica

PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Una de las notables características presente en las Constituciones modernas que han venido surgiendo desde finales de la década de 1980 consiste en la inclusión de los derechos socioeconómicos dentro de sus Declaraciones de Derechos (*Bill of Rights*). Esto es particularmente cierto en el mundo hispanohablante, donde la mayoría de las Constituciones han sido puestas en vigor en los últimos treinta años. El reconocimiento de estos derechos es importante en sí mismo: la mayoría de las Constituciones antes de este periodo permitían la distribución de recursos en la sociedad, procedimiento que era llevado a cabo por sectores elegidos del gobierno. La «nueva ola» de Constituciones, sin embargo, limita la discrecionalidad de los sectores democráticos y exige que el Estado concrete determinadas metas de justicia distributiva y un cierto nivel de igualdad como parte de los compromisos constitutivos más básicos de la sociedad.

En los últimos años se ha venido produciendo mucha discusión académica en torno a la cuestión referente a si los derechos socioeconómicos merecen ser incluidos en una Constitución. La primera mitad de este libro proporciona una justificación sobre por qué los derechos socioeconómicos deberían ser considerados con el mismo nivel de prioridad normativa que lo son los derechos civiles y políticos. Para fundamentar este argumento emprendo una profunda justificación de los derechos fundamentales como un todo que fluye, sostengo, a partir de la exigencia básica de que las sociedades deben tratar a cada individuo con importancia equitativa o igual. El tratar vidas individuales con importancia exige respeto por las libertades individuales, así como garantizarles el acceso a recursos suficientes para permitirles alcanzar una amplia variedad de metas. Entender los derechos fundamentales de esta manera significa que incluir los derechos socioeconómicos en una Constitución coloca en la base del constructo social un compromiso de asegurar a cada individuo el acceso a un cierto nivel de recursos necesarios para vivir una vida valiosa para él.

Estos compromisos constitucionales, sin embargo, enfrentan una dura realidad en los países en vías de desarrollo en todo el mundo, en los cuales un número importante de personas en estado de pobreza se

encuentran en situaciones desesperadas, careciendo incluso de recursos necesarios para verse libres de amenazas a su supervivencia. Ante estas realidades, ¿cómo traduciríamos los derechos socioeconómicos desde los compromisos abstractos de manera que puedan tener un efecto real en las vidas de los individuos? En particular, ¿cómo debería entenderse su contenido por las Cortes y los creadores de políticas de Estado, así como qué obligaciones imponen dichos derechos?

Este libro proporciona un argumento sostenible para un enfoque particular orientado a determinar el contenido de estos derechos, específicamente el enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos. Dicho enfoque reconoce que la completa efectividad de estos derechos no es posible en el futuro inmediato. Este hecho, sin embargo, no significa que el Estado no se encuentre cargado con algún tipo de obligación a corto plazo para efectivizarlos. En efecto, al tomar en consideración la noción de urgencia, sostengo que debe proporcionarse a los individuos un nivel mínimo esencial de provisión —el cual provee con los recursos necesarios generales para verse libres de amenazas para su propia supervivencia— como una cuestión de prioridad, a no ser que exista una razón muy fuerte que justifique no poder hacerlo. El nivel mínimo esencial de provisión, sin embargo, no agota las obligaciones del Estado y este tiene el deber, a lo largo del tiempo y con un plan claro, de proseguir con la efectividad de estos derechos hasta alcanzar un umbral de suficiencia donde los individuos tengan a su disposición los prerequisites necesarios para el cumplimiento de sus propósitos. Este enfoque ofrece ciertos estándares generales en función de los cuales las Cortes pueden controlar las políticas y prácticas de otros sectores del gobierno. Al hacer esto se confiere cierta discrecionalidad a otros sectores respecto a los métodos para la concreción de estos estándares; la distinción entre estándares y métodos es, de muchas maneras, crucial para entender el verdadero rol de las Cortes en este ámbito.

Creo que el argumento plasmado en este libro sigue teniendo mucha importancia diez años después de haber sido escrito, así como tiene un significado especial en el marco de los acontecimientos que han venido ocurriendo en el mundo hispanoparlante y, en particular, en América Latina. El argumento que se plantea en este libro es de tipo universal, aplicable a cualquier parte del mundo, pero, en particular, es de gran importancia para países en vías de desarrollo que hayan incorporado derechos socioeconómicos en sus Constituciones que enfrenten altos niveles de pobreza extrema. La atención de este libro al momento de analizar casuísticas se centra en la jurisdicción de Sudáfrica y en el enfoque de la «razonabilidad» adoptado por su Corte Constitucional para dar efecto a los derechos socioeconómicos: mientras que Sudáfrica tiene fuertes cláusulas que dan expresión a estas prescripciones constitucionales, las Cortes han debilitado severamente sus efectos. No hay duda de que los derechos socioeconómicos en la

Constitución sudafricana han tenido algunos efectos importantes en su desarrollo para las personas vulnerables en áreas particulares tales como el acceso a medicamentos antirretrovirales, así como el acceso a viviendas cuando las personas se vean obligadas a dejar las suyas debido a un desalojo. Al mismo tiempo, el número de litigios ha venido siendo relativamente pequeño, lo cual podría deberse al enfoque restrictivo de la Corte. Además, un enfoque más exigente, como el expuesto en este libro, podría haber tenido un impacto mucho mayor en las vidas de la gente pobre y establecer una línea demarcatoria bajo la cual no se esté permitido dejar caer a las personas.

Una alternativa fuerte al enfoque establecido por la Corte Constitucional sudafricana ha venido siendo desarrollada en muchas Cortes en Latinoamérica: el enfoque adoptado por la Corte Constitucional colombiana es uno sobre el que me voy a centrar y quizás sea de los más impresionantes. La Constitución colombiana de 1991 garantiza a un individuo —cuyos derechos fundamentales se encuentren amenazados por las acciones u omisiones de una autoridad pública— la capacidad de plantear una acción de «tutela» ante las Cortes, la cual implica exigir una protección inmediata de sus derechos. La acción está diseñada para desarrollarse mediante un proceso rápido y flexible, siendo que los jueces se encuentran conminados a tomar una decisión dentro de los diez días posteriores a la presentación de la demanda, garantizándosele la autoridad para crear los remedios apropiados que sean necesarios para proteger los derechos fundamentales de los individuos involucrados. La acción ha sido empleada extensamente en, por ejemplo, demandas individuales para tener acceso a medicamentos que hayan sido denegados en el sector público.

Al resolver estas demandas, las Cortes han reconocido la estrecha relación existente entre los derechos socioeconómicos y los derechos civiles y políticos mediante su doctrina de los «derechos fundamentales por conexión»¹. Dicha doctrina ha permitido a la Corte extender la aplicación de la tutela al ámbito de los derechos socioeconómicos a pesar de que su objetivo inicial eran los derechos civiles y políticos. La Corte también ha reconocido ahora que los derechos socioeconómicos son derechos que tienen un carácter provisional que demandan la existencia de políticas públicas que estén dirigidas a facilitar el disfrute objetivo del derecho con mecanismos de participación para todas las partes interesadas².

Las Cortes en Colombia han buscado responder a las necesidades de los individuos que ven negados sus derechos socioeconómicos; sin embargo, tal y como busca resaltar este libro, existen algunas dificultades propias de un enfoque orientado a aliviar las necesidades individuales. Dicho enfoque prioriza a individuos que pueden plantear

¹ Cfr. T-406/92, T-571/92 y T-116/93.

² Cfr. caso T-760 de 2008.

sus causas ante una Corte, puede ser ineficiente y *ad hoc*, y puede fallar en resolver las dificultades estructurales propias de mejorar la realización de los derechos para todos. La jurisprudencia en Colombia ha reconocido estas dificultades y ha respondido desarrollando la doctrina consistente en reconocer un «estado de cosas inconstitucional». Este existe cuando hay «una violación repetida y constante de los derechos fundamentales que afecta a muchas personas debido a problemas de naturaleza estructural y que requiere la intervención de muchas autoridades estatales para lograr resolverla»³. La Corte busca con ello introducir intervenciones dirigidas a resolver los grandes problemas estructurales y mejorar la posición de todos aquellos que se vean afectados por ellos.

Esta doctrina ha venido siendo usada en casos relacionados con las necesidades de los desplazados internos (IDPs) en Colombia, de los cuales 3,9 millones son el resultado de cuarenta años de conflictos armados nacionales. La Corte determinó en dicho caso que existía una violación sistemática de los derechos de los IDPs, lo cual constituía un estado de cosas inconstitucional. A su vez planteó un importante número de definiciones en torno al contenido que los derechos socioeconómicos tendrían en dichas circunstancias. Esta afirmó que «no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales»⁴. Ello no significaba que el gobierno carecía de obligación alguna respecto a atender necesidades como la de garantizar la existencia de un nivel mínimo de provisión que había de ser implementado inmediatamente. La Corte definió dichos niveles mínimos como aquellos «de los [que] depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad como seres humanos distintos y autónomos»⁵. También reconoció la necesidad de priorizar y la especial atención en la urgencia. Así afirmó: «Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tienen la misma prioridad»⁶.

He citado estos pasajes con cierto detalle dado que los mismos proporcionan clara evidencia de la adopción a nivel de la jurisprudencia concreta de un enfoque que es muy similar al que es defendido en este libro. La sutileza y el matiz del enfoque adoptado en Colombia, así como el coraje de su Corte en erigirse en favor de aquellos que se encuentran en situación de pobreza y marginación, solo han sido reconocidos recientemente a nivel internacional. Tal vez exista todavía espa-

³ CEPEDA ESPINOSA, 2009.

⁴ Decisión T-025 de 2004.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

cio para una concepción más fuerte de la urgencia y de los umbrales o estándares en función de los cuales se puede analizar la acción del gobierno. Este libro, espero, proporcionará de alguna manera a la jurisprudencia una base teórica para desarrollar un enfoque tal como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia y estimular su profundización y desarrollo. Desarrollos promisorios en relación con los derechos socioeconómicos en las Cortes se han producido a lo largo de toda Latinoamérica, pero por razones de espacio solo he podido abordar el caso de la Corte colombiana. Espero, una vez más, que este libro sirva de catalizador para futuros desarrollos teóricos sobre el enfoque que estas sociedades adoptarán respecto al contenido de estos derechos, así como para hacer que sean máximamente efectivos para resolver las urgentes necesidades de aquellos que se encuentran en situación de pobreza.

El año 2008 contempló una de las mayores crisis financieras a nivel internacional y que afectó a la estabilidad económica del mundo. Esta crisis catapultó una crisis de deuda soberana en Europa en la cual los gobiernos —tales como el de España— buscaron reducir sus gastos. Las denominadas medidas de austeridad llevaron a la reducción de los programas de bienestar social, lo cual privó a las personas vulnerables de sus redes de seguridad. La crisis económica en sí misma planteó un importante número de preguntas respecto a los derechos sociales y el rol que estos tenían bajo condiciones de crisis económica. He buscado responder a estas preguntas de manera amplia en un artículo de investigación⁷. En dicha publicación reconozco que las circunstancias de crisis económica no suspenden la vigencia de los derechos sociales, sino que constituyen las verdaderas circunstancias en las que dichos derechos devienen en crucialmente importantes. El enfoque del contenido mínimo esencial defendido en este libro tiene una importancia singular en dichas circunstancias limitadoras, ya que centra su atención en el contenido de dichos derechos, desarrolla un umbral por debajo del cual los individuos no deben caer y exige un enfoque perspicaz para la priorización sobre la base de nociones morales centrales tales como la urgencia.

El libro también resalta la importancia del diálogo entre las jurisdicciones para afrontar quizá el reto más importante de nuestro tiempo: diseñar instituciones humanas de manera que sean capaces de resolver las urgentes necesidades que tienen los individuos para vivir vidas decentes por sus propios méritos y reducir las disparidades de riqueza que las actuales instituciones económicas globales están contribuyendo a exacerbar. Me encuentro profundamente agradecido de que este libro haya sido traducido al español, por lo que deseo agradecer a la editorial Marcial Pons haberlo publicado, así como a la casa editorial original, la Oxford University Press, haber aceptado su traducción. También quiero expresar mi más profundo

⁷ BILCHITZ, 2014: 710-739.

aprecio al traductor Jorge A. Portocarrero Quispe por su diligente trabajo al traducir este libro. Quisiera dar las gracias a los lectores académicos de esta obra y a la colección que recomendó su traducción. Espero que este libro estimule un fértil intercambio de ideas y ayude a desarrollar la importante tarea de asegurar que las estructuras jurídicas y políticas en el mundo estén diseñadas para garantizar que las prerrogativas básicas de los individuos a contar con vivienda, alimentación, agua, sanidad, vestido, cuidado médico y educación se vean realizadas.

Marzo de 2016.

David BILCHITZ

PREFACIO

En mi experiencia diaria en Sudáfrica he encontrado individuos que sufren severas privaciones económicas; individuos que carecen de alimentación suficiente, vestido, vivienda o cuidado médico básico. Millones de personas alrededor del mundo viven en similares o incluso peores condiciones. Algunas de estas personas perecen; otras viven una vida de dificultades. Sudáfrica adoptó un compromiso en su Constitución de 1996 a fin de asumir sus deberes respecto a esta problemática. La mayoría de los países en la comunidad internacional han firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuando tuve la oportunidad de trabajar en el caso *Grootboom* en la Corte Constitucional de Sudáfrica llegué a la conclusión de que los derechos socioeconómicos, adecuadamente interpretados y aplicados, tienen el potencial de ayudar a aliviar mucho del sufrimiento de aquellos que se encuentran en grave necesidad. Estuve agobiado por estas acuciantes preguntas: ¿Cómo es que existen personas que pasan hambre en un país que posee abundante comida? ¿Por qué existen personas que mueren de hipotermia en las calles de un país con abundante territorio? ¿Por qué la violación de estos derechos socioeconómicos ha sido tratada con menos urgencia que las violaciones de derechos civiles o políticos tales como la libertad de expresión o el derecho al voto?

Estas preguntas me motivaron a escribir una tesis doctoral referida al tema de la justificación y aplicación de los derechos socioeconómicos, constituyendo este trabajo la base para el presente libro. En el proceso me di cuenta de que la prioridad normativa otorgada a los derechos civiles y políticos no podía estar justificada, que la base filosófica para ambos derechos era similar y que podría ser usada para proveer una teoría de contenido que pudiese ayudar en la interpretación y efectividad de los derechos socioeconómicos. Esta teoría de contenido provee un argumento en favor de otorgar prioridad a los intereses fundamentales de los menos favorecidos en la sociedad por parte de los políticos, servidores civiles y jueces. Dicha prioridad puede ser expresada en términos legales a través de una versión modificada del enfoque sobre el contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos, los cuales tienen importantes implicaciones políticas tanto a nivel

nacional como internacional. Este libro fue escrito con la esperanza de que los legisladores alrededor del mundo no se conformen con la retórica política oportunista, sino que adopten de manera urgente políticas diseñadas a asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos los individuos. Quizá esto requiera revisar alguna de las conjeturas dominantes a nivel de la economía, el derecho y la política en el pasado reciente. Las posibilidades de un mundo diferente y más justo devinieron en evidentes y urgentes para mí a través de mi experiencia al haber crecido en Sudáfrica durante un periodo importante de transición desde una sociedad fundada en la injusticia y la desigualdad hacia un Estado constitucional basado en los valores de la democracia, derechos fundamentales y justicia social. Espero que este libro pueda contribuir a otorgar mayor prioridad a las necesidades de los menos favorecidos y, por ende, allanar el camino para la erradicación de la pobreza extrema en el futuro cercano, lo cual es un fin completamente alcanzable.

Quisiera expresar mi profundo agradecimiento a los supervisores de mi tesis doctoral, Matthew Kramer y Christopher Forsyth, por su ayuda, estímulo continuo y colaboración. Sus comentarios incisivos y exigentes tuvieron un rol importante en el desarrollo de este libro, razón por la que me encuentro en deuda para con ellos. Onora O'Neill me proporcionó una excepcional orientación durante mis estudios de maestría previos, dirigiendo mis actividades académicas. El St. John's College de Cambridge me permitió acceder a una atmósfera maravillosa y agradable en la cual pude desarrollar mi pensamiento.

De la misma manera me encuentro profundamente agradecido para con la Bradlow Foundation, quien aportó el apoyo financiero necesario para realizar mis estudios doctorales. La Skye Foundation, la Wingate Foundation y la Universidad de Witwatersrand Appeal Fund me proveyeron también de contribuciones financieras importantes a fin de solventar mis estudios en el Reino Unido, por lo que les estoy muy agradecido.

Pius Langa, presidente de la Corte Constitucional de Sudáfrica y para quien trabajé en el año 2000, me motivó a continuar mis estudios de posgrado y constituye para mí un ejemplo de juez humano, sabio y reflexivo. Le estoy profundamente agradecido por haber escrito el prólogo de este libro. Soy afortunado de haber recibido una excelente educación secundaria en el King David High School de Linksfield, así como una educación superior maravillosa en la Universidad de Witwatersrand. En particular quisiera agradecer a Mark Leon, David Zeffertt y a Sharon Seftel por haber sido una influencia intelectual importante en mi vida. Ross Kriel me ha dado recientemente una excelente orientación después de mi entrada en la práctica legal en su firma Ross Kriel Attorneys; le estoy agradecido a él y a Hazel Gumede-Shelton por haberme permitido hacer las revisiones necesarias para la publicación de este libro.

Quiero dar las gracias a Rebecca Smith de la Oxford University Press, quien desde un inicio me brindó todo su apoyo para la publicación de este libro, así como me dio importantes recomendaciones sobre el proceso de publicación. También quiero agradecer a John Louth por su compromiso y asesoría. Hugh Logue me ha brindado su hábil y eficiente ayuda a lo largo del proceso de producción, por lo cual también expreso mi gratitud. Quisiera también agradecer a Deborah Hey por su corrección de los textos y a Robert Spicer por su excelente trabajo en el índice.

Finalmente, y de manera especial, quiero expresar mi agradecimiento a mis maravillosos padres, Reuven y Cynthia Bilchitz, y a mi hermano, Leonard Bilchitz, por su perenne amor y preocupación, aspectos que constituyen los cimientos de mi vida. Es imposible expresar cuánto de este trabajo emana en distintas maneras de la atmósfera estimulante que ellos crearon en casa y su devoción en asegurarme todas las oportunidades que pude haber deseado. Quiero hacer una mención especial a mis dos adorables y únicas abuelas, Minnie Bilchitz y Muriel Kaplan, quienes fallecieron durante el periodo en el que estuve dedicado a escribir mi tesis en Cambridge. Asimismo quiero mencionar a mi abuelo, Sharaga Bilchitz, quien también falleció poco después de mi retorno. Mi abuelo que aún vive, Moris Kaplan, queda como una inspiración para mis ambiciones académicas debido a su aguda y curiosa mente. Estoy también agradecido para con nuestra dedicada trabajadora doméstica, Jemaina Mabanga, quien siempre buscó crear condiciones extremadamente apropiadas en las cuales yo pudiese trabajar. Nuestra amada mascota, Simcha, también tiene un lugar especial en mi vida. Asimismo he obtenido importante apoyo por parte de mis otros familiares, colegas, compañeros y amigos. Muchas gracias por darme el sustento espiritual necesario para poder asumir el reto de trabajar por un mundo mejor.

INTRODUCCIÓN

«Mientras se encuentren formalizados en instrumentos legales, los derechos económicos, sociales y culturales permanecerán como los hijastros normativamente subdesarrollados de la familia de los derechos humanos»¹. Los derechos socioeconómicos son generalmente considerados como fines aspiracionales, retóricamente útiles, pero con pocas consecuencias prácticas para políticas de gobierno y, por ende, para la distribución de los recursos dentro de un sistema de gestión. No es sorprendente, por tanto, que los derechos socioeconómicos hayan venido siendo negados de manera sistemática, considerados como argumentos que tienen muy poco que ofrecer a un mundo lleno de altos grados de pobreza y falta de igualdad².

Ochocientos cincuenta y dos millones de personas en el mundo sufren de desnutrición crónica³. Diez millones de personas mueren por causas relacionadas con el hambre cada año⁴. Las enfermedades relacionadas con la desnutrición y el hambre causan la muerte de seis millones de niños en los países en vías de desarrollo⁵. Mil cien millones de personas en los países en vías de desarrollo carecen de acceso al agua potable⁶. Se estima que más de mil millones de personas en el mundo entero carecen de vivienda adecuada, mientras que cien millones de personas viven sin hogar⁷.

En contraste con estos hechos es lamentable notar que las 500 personas más ricas del mundo tienen un ingreso combinado que supera el de los 416 millones de personas más pobres⁸. El 11,6 por 100 de la población total del mundo —aquellos que viven en Estados Unidos y la Unión Europea— son responsables del 60 por 100 del gasto privado

¹ Woods, 2003: 767.

² Me concentraré en un subgrupo de estos derechos, los cuales denominaré «derechos de subsistencia»: derecho a la alimentación, a la vivienda y a la atención médica.

³ Cfr. <http://www.fao.org/newsroom/en/news/2005/1000151/index.html>.

⁴ Cfr. http://www.wfp.org/aboutwfp/introduction/hunger_who.asp?section=1&sub_section=1.

⁵ Cfr. http://www.wfp.org/aboutwfp/facts/hunger_facts.asp.

⁶ Cfr. <http://www.unicef.org/wash/mdgreport/waterCoverage0.php>.

⁷ Cfr. el informe del reportero especial sobre vivienda adecuada Miloon Kuthari en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/117/55/PDF/G0511755.pdf?OpenElement>.

⁸ Cfr. http://hdr.undp.org/en/reports/global/2005/pdf/hdr05_summary.pdf.

en consumo a nivel mundial⁹. Se estima que proveer de agua limpia para todos costaría alrededor de diez mil millones de dólares, mientras que eliminar el hambre y la desnutrición costaría unos diecinueve mil millones de dólares. En contraste con estas estadísticas es interesante notar que catorce mil millones de dólares son gastados en cruceros de lujo cada año y que dieciocho mil millones de dólares se gastan en maquillaje¹⁰. Estadísticas como estas demuestran vívidamente como muchos individuos son incapaces de obtener los bienes más básicos para sobrevivir, mientras que otros son capaces de costear numerosos lujos. Dichas estadísticas también tienden a mostrar que la tarea de satisfacer las necesidades básicas de los individuos no es imposible y que puede ser lograda.

Los derechos socioeconómicos han venido siendo reconocidos a nivel internacional desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948¹¹ y consagrada en un tratado internacional —el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— en 1966¹². Sin embargo, las pocas estadísticas que hemos citado son suficientes para evidenciar que estos derechos brillan más por su inobservancia que por su efectividad. ¿Por qué estos derechos son objeto de tan baja prioridad si tienen que ver con materias tan críticas como las necesidades básicas de los individuos? Más aún, ¿por qué las personas tienden a dar prioridad a los derechos civiles y políticos mientras que otorgan escasa importancia a los derechos socioeconómicos?

Existen muchas razones que pueden ser dadas para justificar este lamentable estado de cosas, desde el egoísmo de aquellos que salen ganando con el tratamiento dispar de estos derechos, hasta dificultades reales en el aseguramiento de que estos sean implementados adecuadamente. Sin embargo, quizá una de las causas más importantes para su descuido ha venido siendo hasta hace poco el fracaso a nivel de las comunidades filosóficas y jurídicas en proporcionar un entendimiento claro de por qué su reconocimiento es importante y cuáles son las consecuencias legales que los mismos traen para la doctrina jurídica y las políticas de gobierno. Gran parte de la literatura académica actual sigue evidenciando confusión respecto de la importancia normativa de dichos derechos, proponiendo doctrinas y mecanismos de aplicación muy débiles, mostrando quizá que tales derechos de alguna manera no merecen realmente tal denominación.

Este libro busca contrarrestar esta tendencia al proporcionar un entendimiento claro de la justificación normativa de los derechos socioeconómicos. Tal justificación, como se verá, radica en una teoría fi-

⁹ Cfr. <http://www.worldwatch.org/press/news/2004/01/07/>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cfr. el art. 25 en particular. La Declaración puede ser consultada en <http://www.un.org/Overview/rights.html>.

¹² El Pacto fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

losófica general de los derechos fundamentales, la misma que provee las bases tanto para los derechos civiles y políticos, como para los derechos sociales y económicos. No puede considerarse que algo tenga mayor importancia, por tanto, acompañando a la justificación de los derechos fundamentales, se buscará asegurar que los derechos socioeconómicos alcancen el estatus que ellos merecen al lado de los derechos civiles y políticos.

Comúnmente se objeta que los derechos socioeconómicos carecen de un contenido determinado y que, por ende, no pueden hacerse efectivos¹³. Este trabajo se centrará en proveer un marco analítico para la comprensión del contenido de los derechos socioeconómicos. Donde sea que exista un control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), el hecho de contar con una comprensión del contenido de dichos derechos permitirá el desarrollo de la doctrina jurídica en el sentido de cómo es que estos derechos han de hacerse efectivos por las Cortes. Incluso ahí donde no exista control judicial de la constitucionalidad de la leyes, una comprensión del contenido de dichos derechos ayudará a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales (y domésticas) en este aspecto.

Además, únicamente cuando se logre un entendimiento más claro sobre el contenido de estos derechos será posible descubrir cómo es que estos derechos deben hacerse efectivos y las consecuencias políticas que dichos derechos tienen. Debería ser evidente que este proyecto presupone consideraciones teóricas y prácticas. El tener en cuenta la base normativa de tales derechos hará posible dotarlos de efectos para la vida real¹⁴. Sin embargo, las consideraciones y limitaciones que emergen del campo de la práctica pueden ayudar también a modificar y desarrollar la teoría. Por tanto, este libro busca alcanzar un «equilibrio efectivo» entre la teoría y la práctica¹⁵, y con ello busca desarrollar, en la mayor medida posible, el mejor enfoque analítico para la aplicación de los derechos socioeconómicos.

Por tanto, la primera mitad de este libro girará en torno a la justificación filosófica de los derechos socioeconómicos. La justificación a ser desarrollada proporcionará una base normativa común tanto para los derechos civiles y políticos, como para los derechos socioeconómicos. Además, la teoría pretende proporcionar una justificación que pueda ser aceptada por un amplio grupo de individuos y que permita una pluralidad de concepciones respecto de lo bueno. Como tal, está construida sobre un grupo de asunciones mínimas y basada sobre un amplio rango de verdades fácticas y normativas que pueden permitir lograr un alto número de acuerdos. La teoría que ha de ser desarrollada aquí es, por tanto, una teoría filosófica general que busca

¹³ Por ejemplo, DE WET, 1996: 42.

¹⁴ Como se verá, esta es una cuestión que presenta cierta complejidad debido a la amplitud de aspectos que están vinculados a estos derechos.

¹⁵ Este enfoque está inspirado en RAWLS, 1999a: 18.

proveer un postulado respecto del contenido sustantivo de dichos derechos. Dicha teoría también tiene muchas aplicaciones más allá de la esfera particular de los derechos socioeconómicos que no pueden ser tratados en este trabajo, pero, por ejemplo, incluye consecuencias para los derechos civiles y políticos, así como para nuestro tratamiento de animales no humanos.

Los capítulos en esta sección están estructurados de la siguiente manera: primero toman en consideración una o dos de las teorías dominantes en el área y luego, mediante el desarrollo de algunas objeciones importantes a estas teorías, continúan un desarrollo partiendo de ellas a fin de proporcionar bases teóricas más adecuadas para los derechos fundamentales. Debido a que el objetivo central consiste en construir un argumento que sirva de base para una teoría de los derechos fundamentales y en delinear sus consecuencias a nivel de la doctrina jurídica y política, no es posible abordar todas las complejidades filosóficas que surgen de cada capítulo de manera exhaustiva¹⁶.

El primer capítulo de este libro aborda el tema del entendimiento de la base principista en función de la cual podemos hacer juicios acerca de aquello que es importante en nuestras vidas como seres sensibles. Todos los seres sensibles están incluidos en esta discusión, ya que no existe justificación alguna para considerar que solo los intereses de los seres humanos deben ser los únicos que importen. También abordaré la pregunta en torno a cómo podemos hacer juicios de prioridad dentro de la clase de aquello que es importante para tales seres. Sostendré que existen dos fuentes principales de valor en la vida de los seres en general: experiencias y propósitos. Existen algunas capacidades y recursos que son prerequisites necesarios para los individuos que les permiten realizar sus propias experiencias y propósitos. Se puede decir que los individuos tienen intereses fundamentales en estas capacidades y recursos. Incluso en relación con estos intereses existen dos umbrales que pueden ser identificados, de suerte que el primero de ellos tiene mayor prioridad normativa que el segundo. Los individuos tienen un interés prioritario en el primer umbral, el cual implica verse libre de todas aquellas condiciones generales que amenazan la supervivencia de un ser. Los individuos también tienen intereses importantes en las condiciones generales necesarias para alcanzar distintos propósitos.

El segundo capítulo se refiere a cómo es que nos movemos desde una teoría de los intereses o del valor hacia una teoría de los derechos y las obligaciones. Soy de la opinión de que los derechos surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el Derecho debe tratar las vidas de cada ser individual con igual importancia. Se pondrá un ar-

¹⁶ En efecto, se han escrito muchos libros respecto de cada uno de los capítulos de este trabajo, pero dichos libros no determinan cómo es que todos los elementos de una teoría de los derechos fundamentales encajan entre sí, ni tampoco identifican las implicaciones que tal teoría tiene para la doctrina jurídica y la política.

gumento de por qué la igualdad de importancia debe por lo menos exigir que se garantice a los individuos las precondiciones necesarias para vivir vidas valiosas para ellos.

El tercer capítulo establece que los derechos que fueron abordados en el capítulo anterior no son absolutos y pueden ser superados por otros factores normativos de mayor peso. Una distinción importante debe ser delineada entre «derechos condicionales» y «derechos incondicionales». Se sostiene que el capítulo II proveyó una justificación para los derechos condicionales de cada individuo, pero tales derechos solo devienen en incondicionales después de que otras múltiples consideraciones normativas y pragmáticas importantes sean tomadas en cuenta. En este capítulo se discutirá acerca de cinco factores involucrados en el paso desde derechos condicionales a derechos incondicionales, que son: escasez, urgencia, sacrificio, efectividad y distribución. Finalmente se sostiene que, para determinar las obligaciones incondicionales a cargo del Estado, se debe hacer un juicio consecuencialista del tipo «tomando todo en cuenta» (*all-things-considered*) respecto de qué estado de cosas tiene mayor éxito al tratar a los individuos de manera igual.

Dada la complejidad para alcanzar tal tipo de juicio, se hace importante entender quién es aquel que dentro de la sociedad está encargado de tomar tales decisiones. El capítulo IV gira en torno a un argumento en favor del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), en la medida en que permite a los jueces tomar decisiones definitivas respecto a materias relacionadas con los derechos fundamentales. El tema central de este libro no se refiere a la justificación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*); sin embargo, el argumento expuesto en los capítulos previos respecto al concepto de los derechos, proporciona un poderoso argumento en favor de la intervención judicial y la legislación respecto a la efectividad de los derechos fundamentales. Este argumento requiere de una teoría que haga referencia a cuáles son las instituciones dentro de una democracia que son más adecuadas para tomar las mejores decisiones respecto a los derechos fundamentales. Existen muchas razones para pensar que, en relación con las preguntas basadas en principios sobre derechos fundamentales, es la jurisdicción la que se encuentra en mejores condiciones para tomar decisiones finales. Argumentos similares son aceptados a menudo respecto de los derechos civiles y políticos; muchos comentaristas, sin embargo, se resisten cuando se trata de permitir a la jurisdicción controlar la legislación y las políticas en función de su conformidad con los derechos socioeconómicos. El capítulo concluye aplicando al caso de los derechos socioeconómico la justificación general desarrollada en el mismo.

Esto prepara el escenario para la segunda parte del libro, la cual se concentra en un enfoque que debería ser adoptado a fin de determinar el contenido de los derechos socioeconómicos en el Derecho. En

el capítulo V, el mismo que gira en torno a la Corte Constitucional Sudafricana, se desarrollará un análisis más detallado sobre el enfoque que debería ser adoptado a fin de determinar el contenido de los derechos socioeconómicos en el Derecho. En el centro de esta discusión se encuentra Sudáfrica, dado que este país considera que los derechos socioeconómicos están incluidos en su *Bill of Rights*. Por tanto, representa un caso importante de estudio a fin de desarrollar el contenido de los derechos socioeconómicos y sus consecuencias para la política de un gobierno que enfrenta un alto grado de pobreza. Me referiré a algunos de los casos que han tenido que ver con estos derechos y, en particular, al «enfoque de razonabilidad» de la Corte Constitucional. Este enfoque es deficiente en múltiples aspectos: quizá el defecto más relevante es su fallo al intentar conceder demasiado contenido determinado a tales derechos¹⁷.

El sexto capítulo se ocupará de proporcionar un enfoque alternativo a la interpretación y la aplicación de los derechos socioeconómicos. El enfoque que yo defiendo es una versión modificada del «enfoque sobre el contenido mínimo esencial» adoptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Tercera Observación General. Sin embargo, la base normativa para el enfoque sobre el contenido mínimo esencial no ha sido desarrollada adecuadamente, así como no se han tomado en cuenta todas sus implicaciones. Estos problemas pueden ser abordados basando dicho enfoque en la teoría filosófica que fue desarrollada en la primera parte de este libro. El enfoque implica entonces distinguir entre dos distintos umbrales de intereses que los individuos poseen y otorgar a la vez mayor prioridad al primero de estos umbrales. Cualquier fallo en satisfacer el primer umbral impone una pesada carga de justificación en el gobierno para explicar por qué los intereses más básicos de los individuos no han sido satisfechos. El gobierno también tiene la obligación de tomar medidas a fin de realizar progresivamente el segundo umbral, así como también tiene la obligación de justificar sus acciones en este sentido. Una amplia gama de objeciones en contra de este enfoque serán tomadas en cuenta, de tal suerte que el enfoque propuesto irá desarrollándose en la medida en que se responda a estas objeciones. Por tanto, intentaré mostrar cómo un entendimiento de la base normativa de los derechos socioeconómicos puede ayudar a los jueces y a otros actores en la sociedad a determinar el contenido de estos derechos y, de esta manera, contribuir a su efectividad.

Una teoría o doctrina a la que pueda reconocérsele como tal no solo debe reflejar el mundo en el que vivimos, el mismo que contiene tanta miseria e injusticia causada por el propio hombre, sino también proveer una vía para cambiar estas injusticias y abordar la problemática

¹⁷ En donde se conceda un contenido a los derechos y se obtengan buenos resultados, ellos generalmente se derivan de argumentos normativos procedentes del enfoque sobre el contenido mínimo esencial.

del sufrimiento. Una de las virtudes principales del postulado del enfoque sobre el contenido mínimo esencial consiste en que posee un número de implicaciones importantes para la política de los gobiernos. A fin de tornar la discusión doctrinaria más concreta, el capítulo final toma brevemente en consideración las consecuencias políticas que tiene el postulado del enfoque sobre el contenido mínimo esencial para Estados Unidos, Reino Unido, la India y Sudáfrica. Esta discusión aborda numerosos aspectos importantes relacionados con trasladar el postulado del enfoque sobre el contenido mínimo esencial desde la teoría hacia la práctica. Se espera que esta discusión demuestre la importancia de adoptar una teoría sólida para la aplicación de los derechos socioeconómicos, así como que permita vislumbrar las posibilidades de tales derechos cuando son adecuadamente interpretados y entendidos, además de abogar para que los gobiernos y la comunidad internacional en su conjunto aborden seriamente los intereses individuales más fundamentales.

CAPÍTULO I

HACIA UNA TEORÍA DÉBIL DE LO BUENO

INTRODUCCIÓN

durante el transcurso de nuestras vidas aprendemos a diferenciar por que tienen ciertos bienes y capacidades con relación a nosotros. El poder adquirir alimentos es considerado generalmente como más importante que tener la posibilidad de adquirir un perfume. El tener un abrigo es considerado generalmente como más importante que poseer un objeto ornamental¹. Estos ejemplos resaltan dos caracteres importantes de nuestras vidas. Primero, nosotros consideramos que ciertos recursos y capacidades tienen un valor determinado para nosotros. Segundo, nosotros consideramos que algunos recursos y capacidades tienen mayor valor que otros. Este capítulo se concentra en tratar de entender el basamento que subyace a estos dos tipos de juicio.

Este basamento tiene una gran importancia para la elaboración de una teoría de los derechos fundamentales. Para explicar por qué ciertos individuos requieren que sus derechos sean protegidos es necesario tener una comprensión clara de por qué «algo» tiene un valor determinado para estos. Dado que los derechos surten efectos a través de otros individuos, esta pregunta requiere a su vez contar con un entendimiento claro de las razones valorativas comunes que subyacen a los individuos. Sin embargo, se deben poner ciertas restricciones a la teoría de los valores que se pretende desarrollar. Primero, la teoría de los derechos debe tomar en consideración el hecho de que en cada caso los individuos se diferencian entre sí en innumerables formas. La teoría debe pretender ser correcta y proveer una explicación de qué cosas representan en realidad las razones valorativas co-

1. No podemos deliberadamente hacer obvia esta diferencia apelando a las necesidades de los lujos. Sin embargo, la distinción se muestra un tanto simple. Una computadora, por ejemplo, no parecería ser una necesidad, pero tampoco parece ser un tipo de lujo en el mundo moderno. Las computadoras sirven para que el hombre realice una serie de funcio-

munes en la vida de un gran número de individuos. No se d
 tender imponer puntos en común donde no existen. Es prob
 el área en que se superponen los bienes para diferentes indivi
 quiera que la teoría sea bastante general y limitada. Segundo,
 ría de los derechos como la que se desarrollará en el prese
 está dirigida a influenciar en la forma en la que los derechos
 dos e interpretados en distintas sociedades políticas y, como t
 ser entendida como el mandato de alcanzar tantos acuerdos c
 posible entre el mayor número de individuos. Un acuerdo r
 sariamente es una indicación de verdad, pero se hace necesar
 miembros de una sociedad deben considerarse como obligad
 esquema de derechos que gobierna tal sociedad. A su vez, tal
 permite alcanzar un alto grado de estabilidad y cohesión so
 estas razones este capítulo buscará arribar a una teoría «débil
 bueno»². Dicha teoría no es exhaustiva, en tanto que espec
 fuentes de valor comunes en la vida de los individuos, a pes
 diferencias que puedan existir entre ellos. Además, una teor
 esta busca evitar, en la mayor medida posible, incorporar asu
 que no puedan ser justificadas desde la perspectiva de cada ur
 distintos individuos.

Procederé entonces a analizar qué es lo que implica que alg
 valor para un «ser» en general³. Ofreceré un argumento para
 cer que la noción primaria de valor se refiere a aquello que es
 tante para los seres capaces de tener experiencias subjetivas de
 consciente en el mundo. Este argumento limita la gama de cri
 las cuales pueden ser aplicados dichos juicios. Esto también o
 zones para pensar que la cualidad de las experiencias subjeti
 los seres en general tienen, será importante si proporcionan ur
 cación de la idea de valor.

Luego me referiré a los postulados sobre el valor aporta
 Nussbaum y Rawls que también buscan proveer una verdader
 cación de las fuentes comunes de valor compartidas por dive
 res que tienen la capacidad de prestar su total asentimiento.
 mará que ninguno de estos postulados, por sí solos, puede exp
 manera satisfactoria el valor dentro de la vida de los seres en
 Para desarrollar una explicación más adecuada afirmaré que es
 tante tener en cuenta las características empíricas de los seres
 seen una dimensión evaluativa. Me enfocaré en dos de tales ca
 ticas —la capacidad de tener experiencias y la de tener propó
 intentaré demostrar cómo una explicación de valor puede ba
 ciertas características naturales de tipo general en los seres.

² La noción de teoría «débil» de «lo bueno» puede remontarse originalmente
 1999a: 348 ff

En el marco de esta explicación general de valor se hace necesario determinar si es posible llegar a una explicación «débil» respecto a qué bienes o capacidades pueden ser consideradas como de particular importancia para los seres. Una teoría de los derechos posiblemente no pueda asegurar que a cada individuo le está garantizado todo aquello que considere valioso, sino más bien debe intentar determinar qué tipo de bienes tienen una urgencia en especial para cada uno de los individuos. Concluiré el capítulo afirmando que es posible identificar dos umbrales importantes, siendo que el primero tiene mayor urgencia que el segundo. El primer umbral implica un interés prioritario en poseer los recursos y las capacidades necesarias para verse libres de amenazas a la propia supervivencia. El segundo umbral implica un interés importante en poseer los recursos generales y capacidades necesarias para tener y realizar un amplio espectro de propósitos.

2. VALOR Y PUNTO DE VISTA

Consideremos, en primer lugar, la idea referente a que existen recursos y capacidades que tienen un valor determinado para los seres en general. Esta idea presupone la noción de que existe una manera en la cual la vida de los seres en general puede ser mejor o peor. Los recursos y las capacidades que tienen valor para los seres en general son aquellas que contribuyen a convertir la vida de dichos seres para mejor o para peor.

Es importante reconocer que existen dos sentidos en los cuales las cosas pueden tornarse mejores o peores para un ser: el primero de los sentidos es «primario» y el otro de los sentidos es «derivativo». A fin de comprender en qué radica la diferencia entre estos dos sentidos tomemos en consideración el caso de las plantas: si uno priva de agua a una planta de macetero, por ejemplo, por lo general se marchitará, y si, por el contrario, se la pone a la luz del sol y se le proporciona humedad dicha planta florecerá ¿Tiene sentido hablar de que la vida de una planta puede mejorar o empeorar?

La verdadera dificultad al realizar dichos juicios radica en el hecho de que la planta carece de lo que se denomina «punto de vista». La falta de punto de vista significa que la planta por sí misma carece de perspectiva alguna que le permita juzgar el daño que sufre. Este hecho implica que no podemos saber qué es lo que constituye un daño desde el punto de vista de una planta. Para poder juzgar si una planta ha sido dañada o no, tenemos dos posibilidades. La primera posibilidad consiste en que el daño infligido a una planta puede ser juzgado en función de nuestros intereses. Consideremos como ejemplo el hecho de que Mary disfruta comiendo tomates frescos y, por tanto, recolecta tomates diariamente de la planta que crece en su jardín. Si la planta de tomates se marchita y muere, entonces Mary no podrá recolectar y comer sus tomates frescos. Podemos, por tanto, afirmar que la planta de

tomates se verá dañada si ella perece, dado que ya no será capaz de producir tomates para el consumo de Mary, lo cual es algo que ella valora en particular. Asimismo, es claro que el daño producido a la planta en este caso es de tipo derivativo: el mismo depende en su totalidad del hecho de que Mary se vea afectada, lo cual es primario.

La segunda posibilidad consiste en que existe un determinado método objetivo para establecer cuándo es dañada una planta. La posibilidad más plausible para explicar esta idea implica justificar la noción de que una planta es dañada cuando es incapaz de completar su función biológica. El enunciado «la vida es buena para X» puede ser concebida en términos de función biológica (o mecánica), lo cual se especifica de manera independiente del punto de vista de una criatura o cosa viviente. Nosotros intentamos capturar los estándares que son apropiados para un tipo particular de especies o seres y definir un buen o mal funcionamiento en relación con dichos estándares⁴. En el caso de las plantas especificamos que existe un fin a ser alcanzado (continuar con vida) y evaluamos distintos estados de cosas en relación con dicho fin.

El problema, sin embargo, consiste en especificar por qué el cumplimiento de cierto tipo de funcionamiento biológico es valioso en sí mismo. El problema de asignar un valor primario a entidades tales como plantas o ríos radica en que no podemos identificar los fines y estándares en función de los cuales su florecimiento ha de ser juzgado. En última instancia, no existe un único punto de vista a partir del cual se pueda juzgar que algo es malo para una planta, sino algún marco externamente impuesto. Si una planta se marchita y muere no está claro por qué su función biológica deba ser considerada como valiosa de todas formas. En consecuencia, nuestra capacidad para realizar juicios de valor acerca de las plantas depende de estándares que adoptamos en relación con ciertas entidades. Esta necesidad no implica que las plantas solo puedan ser valoradas de manera instrumental cuando cumplan con nuestras necesidades. Quizá también deban ser intrínsecamente valiosas en el sentido de que nosotros las valoramos debido a ciertas cualidades que componen la idea de una vida buena para nosotros —ellas proporcionan belleza, por ejemplo, o un sentimiento de gratificación—⁵. En ambos casos, sin embargo, la capa-

⁴ Cfr. la discusión de ATTFIELD y TAYLOR en SUMMER, 1996.

⁵ RAZ (1986: 177; cfr. también 1999: 296) distingue entre valores supremos —valores que no se derivan de su contribución con otra cosa— y valores intrínsecos —valores que no son instrumentales: no derivan su valor a partir del valor de sus consecuencias—. En la terminología de RAZ, quiero llamar la atención respecto al hecho de que las plantas pueden poseer valor intrínseco sin ser un valor supremo. No he empleado las distinciones de RAZ debido a que tengo dudas respecto a si existe una distinción clara entre valores intrínsecos y valores instrumentales. Ambos tipos de valor son vulnerables en el sentido de que contribuyen a las vidas de los seres con valor supremo; la diferencia consiste en la forma en que contribuyen a las vidas de tales seres. Una cosa valiosa en un sentido instrumental es aquella que representa un medio para alcanzar un fin valioso, mientras que una cosa intrínsecamente valiosa es aquella que forma parte del fin valioso perseguido.

cidad de hacer juicios de valor sobre plantas depende de la existencia de seres dotados de experiencias subjetivas conscientes del mundo que les rodea, seres para quienes tales entidades puedan tener valor o para quien pueda especificar los estándares en función de los cuales su valor pueda ser juzgado.

Sin embargo, una vez surja la conciencia subjetiva, un ser tiene la capacidad de ser beneficiado o dañado en sus propios derechos. Respecto a esto yo adopto la explicación de Nagel⁶ de lo que significa ser un sujeto: tiene que ser «algo se siente como ser un X». El surgimiento de un punto de vista distinto implica que no hay meramente una perspectiva interna a partir de la cual se pueda juzgar el daño. Un ser con experiencia subjetiva consciente del mundo puede percibir que la vida le está yendo mal independientemente de lo que cualquier otro ser pueda juzgar.

La razón por la cual la subjetividad es tan importante radica en que hace que tomemos en consideración que existen cosas que son valiosas y no valiosas desde el punto de vista del «ser» respecto del cual se emite el juicio. Tan pronto se adopte un punto de vista se tendrá una perspectiva clara desde la cual el valor podrá ser juzgado, y dicho punto no es otro que el punto de vista del propio sujeto. Por tanto, la noción de que algo es valioso para un ser tiene aplicación primaria con relación a los seres que tienen experiencias subjetivas en el mundo. El hecho de que otras entidades vivientes o materiales carezcan de punto de vista significa que no hay un criterio que nos permita juzgar o saber qué es lo que constituye un daño para tales entidades en sus propios derechos. Como resultado, todo juicio de valor que hagamos respecto a tales entidades será derivado de aquello que hace que la vida de un «ser» con subjetividad sea mejor o peor⁷.

⁶ NAGEL, 1979a: 166.

⁷ Habiendo alcanzado esta conclusión, es importante preguntar si es posible entender en qué consiste realmente dicho punto de vista de seres con conciencia subjetiva, la cual les permite ser beneficiados o dañados en sus propios derechos. La existencia de un punto de vista está intrínsecamente conectada con ciertas características de los seres, las cuales vienen a ser —como más adelante sostendré— las fuentes de valor comunes para dichos seres. Primero, la existencia de la conciencia subjetiva está generalmente acompañada por la capacidad de tener experiencias. Estas experiencias tienen una cualidad particular que puede ser, o bien placentera, o bien desagradable para los seres que las experimentan. Los seres generalmente encuentran deseables aquellas experiencias que tienen una sensación fenomenológicamente placentera, mientras que encuentran no deseables aquellas experiencias desagradables. Por tanto, la capacidad de tener experiencias de una cualidad en particular puede ser conectada estrechamente con una explicación acerca de qué es lo valioso para la vida de los seres. En segundo lugar, muchos seres con experiencias subjetivas conscientes son capaces de generar propósitos en función de los cuales actúan. Ellos consideran que el logro de estos propósitos es deseable y, por tanto, que la frustración de los mismos es no deseable. En consecuencia, una segunda característica general que puede ser una fuente de valor para un ser vendría a ser la capacidad de tener y concretar propósitos. Abundaré más adelante en este capítulo sobre cómo es que considero que estas dos características constituyen el fundamento de una explicación sobre qué es lo que tiene importancias en las vidas de los seres.

Me ocuparé en este capítulo de la pregunta acerca del valor en el sentido en el que este tiene aplicación primaria a los seres. Seguidamente tomaré en consideración dos postulados respecto de las fuentes comunes de valor en las vidas de los seres. Estos postulados giran en torno al caso particular de los seres humanos y estos explican por qué la atención en lo que sigue a continuación se centrará en los seres humanos⁸.

3. NUSSBAUM Y LA NOCIÓN DE VIDA HUMANA

3.1. El enfoque de las capacidades: Sen y Nussbaum

Martha Nussbaum ha planteado una teoría de la bondad humana que considera como un desarrollo del enfoque de Amartya Sen sobre las capacidades. El enfoque de las capacidades busca generar un espacio entre una visión «bienestarista» y una visión «recursista» de lo bueno. Dicho enfoque no indaga acerca de si una persona se siente satisfecha con lo que tiene o hace, así como tampoco se ocupa meramente con los recursos que dicha persona tiene a su disposición. Por el contrario, dicho enfoque sostiene que el valor en la vida de un individuo tiene que ser entendido en términos de funcionamientos y capacidades: «Nosotros no nos preguntamos únicamente acerca de la satisfacción de una persona con lo que ella hace, sino acerca de qué es lo que ella hace y qué es lo que dicha persona podría hacer (cuáles son sus oportunidades y sus libertades)»⁹.

Sen caracteriza los «funcionamientos» como «parte representante del estado de una persona —en particular de las diversas cosas que él o ella logra hacer o ser en su vida—»¹⁰. Esta es una noción muy amplia e incluye estados pasivos de la persona tales como estar bien alimentado y estar sano, así como actividades en las cuales la persona está comprometida, tales como debatir o tocar el piano. Las «capacidades», de otro lado, representan combinaciones alternativas de funcionamientos que una persona puede lograr¹¹. El concepto reconoce que la vida de una persona podría tomar rumbos alternativos y que la elección de uno de estos rumbos es un valor importante para aquellos que sean capaces de tomar tal decisión. La noción de «capacidad» también reconoce que el logro de «funcionamientos» está limitado por un número de factores, incluyendo las habilidades individuales, los recursos a disposición de un individuo y la existencia de restricciones sociales, ambientales y físicas.

Para Sen, la vida de un individuo ha de ser vista como una «combinación de varios “haceres y seres”, valorando la calidad de vida en

⁸ Considero que esto es un error y, como se demostrará, estos puntos de partida explican algunos de los defectos de estas concepciones.

⁹ NUSSBAUM, 2000a: 70.

¹⁰ SEN y NUSSBAUM, 1993: 31.

¹¹ SEN, 1992: 40.

función de la capacidad de alcanzar funcionamientos valiosos»¹². En consecuencia, la cuestión central del enfoque de las capacidades se orienta a determinar si una persona es capaz de ser o hacer X. Sin embargo, visto de esta manera, la falencia del enfoque de Sen puede ser vista claramente. Sen nos ofrece poca orientación para determinar qué funcionamientos y capacidades pueden ser consideradas como valiosas. Sin embargo, es simplemente incorrecto afirmar que todos los «estados de ser y hacer» mejoran nuestras vidas. Algunos funcionamientos tienen un menor impacto en nuestras vidas: por ejemplo, ser capaz de elegir una determinada marca de jabón para el lavado, que no se diferencia en mucho de cualquier otro tipo de jabón en polvo, difícilmente contribuirá a mejorar la vida de un individuo¹³. Otros funcionamientos tienen un valor negativo y menoscaban nuestra habilidad para vivir bien: tener náuseas, ser obsesivo y ser altamente nervioso. Por tanto, necesitamos alguna base sobre la cual podamos juzgar qué capacidades son importantes para nosotros y si existen distintos grados de importancia entre las capacidades¹⁴.

Nussbaum busca resolver este problema proporcionando un postulado respecto a los fundamentos de principio sobre los cuales es posible valorar la importancia de diversos «funcionamientos» y «capacidades» de los seres humanos. Ella sostiene que existen dos umbrales distintos que expresan el valor de los «funcionamientos» y de las capacidades en los seres humanos¹⁵. El primer umbral se refiere a aquellos funcionamientos que tienen particularmente un rol central en la vida humana: su presencia o ausencia es entendida típicamente como una señal de la presencia o ausencia de la vida humana. La autora indica que aquellos que presentan una severa deficiencia en sus capacidades para razonar, pensar, hablar, moverse o reconocer a una persona amada caerían dentro de este umbral¹⁶. El segundo umbral se refiere a aquellos funcionamientos que caracterizan el florecimiento de la vida humana, el cual «toda vida humana se merece»¹⁷. Este umbral se basa en la idea de que es de especial importancia para nosotros ejercitar diversas capacidades de una manera que sea verdaderamente humana, esto es, según Nussbaum, a través del uso de los poderes de sociabilidad y de la razón práctica, que diferencian y caracterizan a los seres humanos con respecto a otros animales.

Sobre la base de la noción de qué es vivir una vida humana y, además, que esta sea una buena vida, Nussbaum desarrolla una lista de funcionamientos humanos centrales y capacidades que determinan qué es importante para los seres humanos y cómo están posiciona-

¹² SEN y NUSSBAUM, 1993: 31.

¹³ WILLIAMS, 1987: 98.

¹⁴ *Ibid.*: 100.

¹⁵ NUSSBAUM, 1995: 81.

¹⁶ *Ibid.*: 82.

¹⁷ NUSSBAUM, 2000a: 73.

dos económicamente. Al elaborar esta lista no tomó en consideración que ha llegado a un tipo de verdad externa preordenada ahistóricamente sobre la bondad humana¹⁸. Por el contrario, la lista ha sido elaborada con base en una discusión entre los seres humanos y un análisis de narraciones y mitos en diferentes culturas que dan contenido a la noción de qué es vivir lo que se denomina «una verdadera vida humana». A pesar de que este método de discusión y análisis es provisional e indefinido, Nussbaum cree que los seres humanos llegarán a un consenso yuxtapuesto (*overlapping consensus*) respecto a qué es vivir una vida humana y una vida humana floreciente¹⁹. La autora procede a delinear una lista compilada a través de sus discusiones interculturales. La lista es extensa y va desde «estar adecuadamente alimentado» hasta «ser capaz de usar la imaginación y el pensamiento en conexión con experimentar y producir trabajos autoexpresivos, así como eventos relacionados con las propias decisiones, con la religión, con la música, etcétera»²⁰.

La tesis de Nussbaum posee muchas virtudes. A diferencia de Sen, ella busca abordar el complicado tema de cómo valorar las diferentes capacidades. A pesar de la noción de los dos umbrales, Nussbaum también reconoce niveles diferentes de prioridad dentro de las capacidades²¹.

3.2. La noción fáctica de vida humana

Nussbaum describe su primer umbral en la forma de la exigencia respecto a que existen ciertas funciones que son particularmente centrales en la vida humana, «ya que su presencia o ausencia es entendida típicamente como un signo de presencia o ausencia de vida humana»²². La idea central aquí es precisamente la idea sobre qué es lo que constituye una vida humana²³. Ahora bien, existen dos posibles vías para entender la idea de vida humana a la cual Nussbaum se está refiriendo. La primera forma de entenderlo se refiere a aquellas funciones que marcan fácticamente la presencia de una vida que se corresponde con la caracterización biológica de la especie *homo sapiens*. Por ejemplo, una vida humana implica típicamente la habilidad de desplazarse en dos piernas. Un ser humano que no posea la capacidad de desplazarse en dos piernas carecería de una capacidad central.

Sin embargo, el hecho de pretender emplear esta noción factual de ser humano implica múltiples limitaciones para darnos una idea clara

¹⁸ *Ibid.*: 74-77.

¹⁹ *Ibid.*: 76.

²⁰ *Ibid.*: 78-80.

²¹ En este punto discrepo con ALKIRE y BLACK, quienes consideran que los dos umbrales representan una complicación innecesaria (cfr. 266).

²² NUSSBAUM, 2000a: 72.

²³ Mi crítica aquí comparte ciertos puntos en común con las planteadas por ANTONY, 2000.

de qué es valioso para la vida humana. Primeramente, los seres humanos son habitualmente capaces de muchas cosas. Un ser humano puede normalmente escupir a alguien, puede procrear, puede abstenerse de comer. Por sí sola, la capacidad de hacer habitualmente algo no nos dice si algo es valioso para los seres humanos o cuánto valor tiene ese algo para ellos. Alguien privado de la vista es considerado por nosotros como privado de una capacidad valiosa; una persona que no puede silbar no es considerada normalmente como privada en un sentido similar al de aquella. Además, la importancia de no poseer una capacidad poseída habitualmente por los seres humanos depende en gran medida de los propósitos que tenga cada individuo. Por ejemplo, a pesar de que la habilidad de procrear es típica de la especie humana, muchas personas se embarcan en relaciones en las cuales la procreación no es una posibilidad o simplemente eligen no procrear niños. La falta de capacidad de procrear, a pesar de ser típicamente humana, puede no ser de importancia para algunas personas. Por tanto, el hecho de que nuestra especie puede habitualmente realizar determinadas tareas de manera natural no es un indicador relevante para definir qué tipo de tareas son importantes para los miembros de nuestra especie.

En segundo lugar, si el enfoque de Nussbaum estuviese basado en función de estas tesis, dicho enfoque conduciría a la siguiente trivialidad: toda función que pueda ser habitualmente realizada por un miembro de la especie humana podría ser considerada como un signo de la presencia o ausencia de vida humana. En consecuencia, todas las funciones que los seres humanos pueden realizar normalmente podrían estar en condiciones de cumplir con el primer umbral postulado por Nussbaum, y con ello dicho postulado fallaría en identificar aquellas funciones que los seres humanos pueden realizar típicamente y que son de particular importancia para ellos. De ahí que el primer umbral de Nussbaum falla en su pretensión de proveernos de una base para identificar las funciones que son de importancia.

Estos argumentos sugieren que hay un problema más general aquí: si apelamos a hechos genéricos respecto de la especie humana, los cuales carecen de una dimensión evaluativa, entonces no se puede entender cómo es que tales hechos pueden servir para generar juicios evaluativos sobre qué es valioso para los miembros de dicha especie²⁴.

Finalmente, a mi modo de ver, se puede objetar al primer umbral postulado por Nussbaum que caracteriza a los seres como «no humanos» si ellos carecen de características típicamente humanas. Los seres humanos que carecen de dos piernas o que no pueden mantenerse en pie o que carezcan de habilidades para razonar no serían considerados como seres completamente humanos. Con todo, esto es errado. En un nivel puramente fáctico, la carencia de ciertas capacidades no deter-

²⁴ Cfr. ANTONY, 2000: 15, donde pone en relación este punto con el valor ético.

mina a qué especie pertenece uno. Personas física o mentalmente discapacitadas siguen perteneciendo a la especie *homo sapiens*.

Además, a pesar de que el tratamiento de un ser no varía necesariamente si se le caracteriza como poco menos que un «humano completo», la categoría referida a ser humano es crítica en el pensamiento de Nussbaum. Es solo respecto a seres humanos que uno tiene el deber de actuar de acuerdo con el principio consistente en que se debe tratar a cada persona como un fin en sí misma²⁵. Por tanto, en el sistema de Nussbaum la caracterización de un ser como humano o no indica qué tipo de tratamiento debe ser empleado para con tales seres. Además de fallar en proveernos de alguna idea sobre cómo debemos tratar a los animales no humanos, tal sistema crearía una estratificación dentro del reino de la especie humana: entre aquellos que son «verdaderamente» humanos y aquellos que no lo son. Tal distinción no está debidamente motivada y ha sido, en el pasado, el centro de algunos de los sistemas más repulsivos como el nazismo o el *apartheid*²⁶.

3.3. La noción evaluativa de la vida humana

Parece ser entonces que Nussbaum requiere ir más allá de la caracterización fáctica de una especie en particular y desarrollar algún tipo de noción evaluativa de la vida humana que pueda servir para determinar qué es valioso para nosotros. En efecto, en un artículo posterior, Nussbaum sostiene que su proyecto implica hacer referencia a un «concepto de ser humano (persona) que es evaluativo y, en un sentido amplio, ético: debido a las muchas cosas que hacemos y somos, dicho concepto deberá tener capacidad de identificar algunas de ellas como particularmente centrales e importantes que al punto que sin ellos no se podría pensar que la vida humana pueda seguir existiendo»²⁷. Tenemos que preguntarnos a nosotros mismos sobre la importancia de ciertas capacidades tales como el razonamiento y la sociabilidad en la vida humana, y, en ese sentido, ella sostiene que existe un amplio consenso en torno a que una vida sin estas cualidades no es una vida verdaderamente humana.

En primer lugar es importante notar nuevamente que la terminología de Nussbaum es muy confusa. Ella mantiene la noción de vida

²⁵ NUSSBAUM, 2000a: 73-74. En sus *Tanner Lectures* realizadas en la Universidad de Cambridge en 2003, NUSSBAUM reconoce deberes respecto a seres que no son humanos o no son «completamente humanos». Sin embargo, su visión corregida sigue siendo vulnerable a las objeciones dirigidas a la categoría de ser «humano» o «verdaderamente humano», en un modo que estigmatiza y desenfatisa el único valor que reside en las vidas de aquellos que son menos que un «humano completo».

²⁶ Esto ilustra la fina línea que puede existir entre la teoría que fundamenta los resultados graduales y aquella que tiene consecuencias repugnantes; al entender cómo la segunda es generada mediante, por ejemplo, funciones jerárquicas injustificadas presentes en el trabajo de NUSSBAUM, podemos apuntar a obtener fundamentos éticos más sólidos.

²⁷ NUSSBAUM, 2000b: 119.

humana como su categoría ética central, en la medida en que nos preguntamos a fin de evaluar qué es, a nuestro criterio, central para el ser humano. Con todo, la cuestión real consiste en preguntar por qué la especie a la que pertenecemos debe determinar qué es lo importante para nosotros. A pesar de que nosotros podemos ser criaturas de cierto tipo, puede que aquello que es importante en nuestras vidas esté conectado con aquello que es importante en las vidas de otras especies. No está claro por qué aquello que diferencia a nuestra especie de otras deba servir de criterio para definir qué es lo más importante para nosotros. Por ejemplo, nosotros compartimos la habilidad de experimentar placer y dolor como muchos otros animales y ello parece ser una parte importante de lo que es bueno para nosotros.

Además, podría ser el caso que existan diferencias entre los miembros de la misma especie. Nuevamente no está claro por qué lo que es más valioso para un individuo deba responder a aquello que es común entre los miembros de una especie. Por tanto, Nussbaum presupone una conexión entre «la categoría construida al preguntarme sobre qué es aquello que yo valoro más profundamente en mi vida y la categoría biológica que me clasificará conjuntamente con muchos otros seres independientemente de que yo quiera ser clasificado así o no. Pero es la conexión en sí misma la que requiere ser explicada»²⁸. Nussbaum falla en explicar por qué la pregunta ética central consiste en ¿qué es lo que hace a tu vida una vida humana?, en lugar de la pregunta ¿qué hace a tu vida importante para ti, qué es lo que la hace una vida digna de ser vivida para una persona como tú?²⁹

Esta objeción despierta dudas respecto del rol que deben jugar las especies en la determinación de lo bueno para criaturas como nosotros. Tal y como se afirmará más adelante en este capítulo, es importante reconocer que no es la especie a la que pertenecemos la que determina qué es lo bueno para nosotros; por el contrario, es la posesión de ciertas habilidades y características —sobre todo la capacidad de experimentar el mundo y emprender comportamientos en función de propósitos determinados— lo que lleva nuestra valoración hacia determinadas capacidades y recursos. Las experiencias y propósitos actuales que son valorados variarán constantemente como resultado de pertenecer a diferentes especies y en algunos casos llevará a diferentes capacidades a ser valoradas. Un delfín vive en el agua y realiza todas las actividades importantes para su vida en el agua: su habilidad para nadar es, por tanto, de central importancia en su habilidad para experimentar y actuar en el mundo. Lo mismo podría ser aplicado a una ballena o a un tiburón. De otro lado, un humano no puede vivir en el agua: por esta razón ser capaz de nadar no es una capacidad central para los seres humanos. Lo mismo es aplicable a un cercopiteco verde o a un elefante. Por ello, en todos estos casos lo que es de central im-

²⁸ ANTONY, 2000: 34.

²⁹ *Ibid.*

portancia es la posesión de experiencias positivas y el cumplimiento de nuestros propósitos. Estas características trascienden cualquier especie y, por ende, aseguran que el hecho de pertenecer a nuestra especie no determina la fuente de valor en nuestras vidas. Debido a que el tipo de experiencias y propósitos que un ser valora variarán a menudo en función de la especie a la cual pertenezcan, la barrera de las especies podría ser, sin embargo, un indicador conveniente de la importancia de ciertos recursos o capacidades para seres particulares.

Un problema adicional que presenta la noción evaluativa de vida humana planteada por Nussbaum radica en que dicha noción debería proporcionar el principio mediante el cual nosotros podríamos identificar lo que es importante y valioso para nuestras vidas. Pero, ¿qué es la noción evaluativa de vida humana sino una visión en sí misma de aquello que es de central importancia en nuestras vidas? Definir qué es valioso en la vida humana recurriendo a una concepción evaluativa de vida humana es, por tanto, una pregunta pendiente de respuesta. Lo que necesitamos es una concepción que explique por qué una vida vivida de una manera sociable y empleando la razón práctica es mejor para un ser humano particular que una vida en la cual una persona deliberadamente trate de vivir de acuerdo con sus emociones o sus reticencias de convivir con otros en una sociedad.

Por tanto, la verdadera cuestión implica decidir cómo arribar a una concepción evaluativa de la vida humana. El método empleado por Nussbaum para responder a esta cuestión se basa, desde nuestro punto de vista, en que ciertos tipos de vida son «dignos de ser vividos» mientras que otros no lo son. A fin de identificar aquello que puede ser denominado como nuestra noción evaluativa de vida humana, Nussbaum sostiene que debemos buscar llegar a un consenso superpuesto o yuxtapuesto (*overlapping consensus*) entre seres humanos. La idea de un consenso yuxtapuesto empleado por Nussbaum ha sido tomada de Rawls, quien lo desarrolló a fin de delinear una teoría del liberalismo político que supuestamente estaba libre de asunciones metafísicas controvertidas. La idea, según Rawls, consistía en que todos los ciudadanos que viven en una sociedad democrática y que poseen diferentes visiones de aquello que significa vivir una vida buena pueden, a fin de erigir una estructura básica de sociedad, llegar a un acuerdo respecto de ciertas asunciones a partir de las cuales empezar a construir un sistema³⁰. Siendo consciente de los problemas que acarrea el método aristotélico de comprobar el bien humano, Nussbaum busca emplear el método basado en alcanzar un consenso yuxtapuesto en el cual participen todos los seres humanos a fin de obtener una concepción de bien humano.

Sin embargo, existen muchos problemas en la empresa de tratar de llegar a un consenso yuxtapuesto como base de una concepción

³⁰ RAWLS, 1993: 15.

del bien humano. Primero, no es claro cómo Nussbaum pretende juzgar si existe o no un consenso yuxtapuesto respecto del bien humano. Ella sostiene provisionalmente que su lista imparcial puede conformar la base de tal consenso universal, pero no es claro cuán extensivamente dicha lista ha sido debatida y cómo se puede alcanzar una posición donde el consenso universal pueda ser obtenido. Rawls limita sus postulados respecto al consenso únicamente a un contexto determinado —un sistema democrático—³¹. Su postulado de llegar a un consenso yuxtapuesto es más plausible debido precisamente a lo limitado de su enfoque.

En segundo lugar, un presupuesto de la metodología empleada por Nussbaum consiste en que un consenso yuxtapuesto es posible. Sin embargo, no parece haber evidencia alguna para creer que tal consenso pueda surgir a no ser que exista algún tipo de profunda verdad metafísica respecto de la «esencia» de la naturaleza humana que todos podamos compartir. Por tanto, un consenso yuxtapuesto solo podría surgir si y solo si existe algún tipo de profunda verdad metafísica sobre la naturaleza humana³².

En tercer lugar, si existiese tal profunda verdad, entonces no sería claro por qué un consenso yuxtapuesto podría proveer la menor base epistemológica a tal verdad. Un consenso yuxtapuesto incluirá seguramente también a personas con concepciones irreflexivas o equivocadas respecto de la idea de lo bueno, incluyendo a aquellas con concepciones racistas y exclusionarias. Para que una concepción logre alcanzar el consenso tiene que aspirar a comprender al denominador común más bajo entre las diversas concepciones de lo bueno en una sociedad. Como resultado es poco probable que este postulado sea la mejor manera de descubrir la verdad en esta cuestión³³.

El consenso yuxtapuesto no funciona en Rawls como un medio para descubrir la verdad, sino como un medio para llegar a un acuerdo en torno a los principios de justicia en una sociedad diversa. Si lo que busca alcanzar Nussbaum es el acuerdo, entonces es posible que el consenso se yuxtaponga en la forma equivocada de manera que solo exprese la prevalencia de una ideología compartida, pero equivocada, sobre qué es lo realmente valioso para los individuos. Por ejemplo, muchas asunciones patriarcales que diferencian entre la vida buena para el hombre y la mujer fallan en concebir qué es lo importante para muchas mujeres, a pesar de haber sido casi universalmente compartidas en el pasado. Con ello, el proyecto de definir lo

³¹ *Ibid.*: 12.

³² El problema de alcanzar un consenso sin recurrir a base alguna en la naturaleza de los seres humanos sería parecido a aquel problema que yo identifiqué más adelante en relación con la concepción heurística de RAWLS sobre la persona.

³³ Yo pretendo establecer aquí solamente que el consenso no es la mejor manera de descubrir la verdad; no obstante, es un resultado deseable para una teoría política a la que esperamos se pueda llegar al reconocer la verdad.

bueno para los seres humanos no solamente se refiere a qué es aquello que nosotros consideremos como bueno —lo cual puede estar equivocado—, sino con aquello que es realmente bueno.

El último problema del postulado de Nussbaum consiste en que no parece probable avizorar un consenso yuxtapuesto en una concepción imparcialmente detallada de la vida humana tal y como ella plantea. En un mundo distinto es más probable que surjan concepciones sustancialmente diferentes sobre aquello que es valioso en la vida humana, y dichas concepciones variarán de acuerdo con las convicciones filosóficas y religiosas de las personas. Una de las asunciones centrales que subyace al trabajo de Rawls es su aceptación del pluralismo razonable en una sociedad democrática en función de determinadas concepciones de lo bueno³⁴. Hay fuertes razones para pensar que las concepciones comprensivas de lo bueno difieren considerablemente incluso respecto a los requerimientos de aquellas vidas que pueden ser consideradas «humanas» o «verdaderamente humanas».

Consideremos, por ejemplo, el hecho que en la concepción de Nussbaum, las personas con formas severas de discapacidad mental no están viviendo «vidas verdaderamente humanas»³⁵. Existe un número considerable de concepciones religiosas y seculares que se pondrán en franca discrepancia con la posición de Nussbaum. Muchas de las formas de judaísmo y cristianismo, por ejemplo, consideran a todo miembro de la especie humana como poseedor de una chispa divina, la cual es el único estatus que es relevante para aquellos tipos particulares de pensamiento. Algunas ideologías en nuestra sociedad también deniegan el estatus de humano a aquellos que no comparten las mismas convicciones (por ejemplo, los «judíos») o un cierto estatus («mujeres», por ejemplo); otros podrían considerar algunas prácticas o características como no «verdaderamente humanas» (ciertos dogmas respecto de la homosexualidad). O'Neill³⁶ resalta el hecho de que tales diferencias se producen dentro de las filas aristotélicas. Mientras que autores aristotélicos contemporáneos de habla inglesa tienden a considerar al florecimiento humano como una variable importante y sensitiva a ser tomada en cuenta, autores aristotélicos más tradicionales tienen una visión del florecimiento humano que es determinada y ejemplificada por la visión tomista de lo bueno. Estas dos concepciones divergentes postulan diversos juicios de valor respecto de lo bueno y, por tanto, es necesario contar con un método que rompa el punto muerto existente entre ellos. Postulados que apelen a un consenso irrealizable respecto de qué es lo que significa ser realmente humano no son suficientes como para lograrlo. Por ello es improbable que nosotros podamos compartir un concepto evaluativo de ser hu-

³⁴ RAWLS, 1993: 36.

³⁵ NUSSBAUM, 2000a: 73.

³⁶ O'NEILL, 1995: 145.

mano que sea suficiente como para justificar una distinción entre qué es lo valioso y qué no lo es.

En mi discusión con Nussbaum he buscado mostrar que la noción de una «vida humana» no puede ser lograda de la forma en que ella intenta hacerlo. Una concepción fáctica «débil» falla en proveer criterios respecto a qué es lo valioso en la vida humana. Sin embargo, una noción evaluativa «fuerte» de vida humana falla por otras razones, principalmente por su incapacidad para imponer el consenso que Nussbaum busca. La diversidad de los seres humanos hace improbable que se pueda lograr un consenso respecto de una concepción determinada y detallada de valor. Por tanto, parece ser que solo una teoría evaluativa «débil» puede realizar las funciones de delinear los recursos de valor importantes en la vida y lograr un acuerdo significativo sobre ellos. A continuación paso a evaluar el concepto propuesto por Rawls de persona a fin de ver si el mismo puede ofrecernos una concepción más satisfactoria sobre qué hace a una vida valiosa para los seres humanos.

4. RAWLS Y EL CONCEPTO DE PERSONA

A fin de llegar a sus principios de justicia, Rawls necesita entender qué es lo valioso para las personas en sus vidas. Pero, al mismo tiempo, él quiere concebir a los principios de justicia (o derecho) como principios que restringen las capacidades de las personas para perseguir sus propias concepciones de lo bueno³⁷. Rawls también reconoce que existen numerosas concepciones divergentes de lo bueno y busca establecer principios que no descansen en lo que él denomina como una controvertida noción comprehensiva de lo bueno. Con ello, Rawls busca desarrollar lo que él denomina una teoría «débil» de lo bueno, la cual está restringida a las meras esencialidades necesarias para llegar a los principios de justicia³⁸.

Fundamental para la teoría de Rawls es la concepción de persona y la de una sociedad debidamente organizada³⁹. Una persona, sostiene, tiene que ser considerada como movida por dos intereses de orden jerárquicamente superior para entender y ejercer los dos poderes de la personalidad moral: la capacidad de tener un sentido de justicia (la capacidad de honrar términos equitativos de cooperación) y la capacidad de decidir sobre revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno. Las personas morales también tienen un interés de

³⁷ RAWLS, 1999a: 347.

³⁸ *Ibid.*: 348.

³⁹ Al tratar de formular un resumen de las ideas de RAWLS surgen algunas complejidades introducidas por el hecho de que la forma en la que él caracteriza su visión ha venido modificándose con el paso del tiempo. Yo me concentro en las ideas de RAWLS tal y como fueron postuladas en su artículo «Social Unity and Primary Goods» (1982), En su *Revised Edition of the Theory of Justice* (1999), él considera este artículo como su visión más acabada sobre este tema. (cfr. xiii).

orden jerárquicamente superior al fomentar sus concepciones determinadas de lo bueno⁴⁰. Este último interés está subordinado a los intereses de orden jerárquicamente superior en el sentido de la búsqueda de lo bueno para sí mismo; así como las exigencias de las demandas que uno puede hacer a otros deben conformar los principios públicos de justicia que todos razonablemente están en capacidad de aceptar. «[E]sta concepción de persona otorga una primacía regulativa a los dos intereses de orden jerárquicamente superior, de modo que las personas morales han de tener la capacidad y el deseo de cooperar en términos equitativos con otros con base en una ventaja recíproca»⁴¹. Por su parte, para Rawls una sociedad correctamente organizada es una donde todos los individuos cooperan para obtener provecho mutuo con base en términos equitativos, los mismos que todos estarían en la capacidad de aceptar. ¿Cómo entonces podemos formarnos un concepto de la ventaja de cada persona?

Rawls desarrolla su teoría de los «bienes primarios» a fin de responder a esta pregunta. Rawls sostiene que los bienes primarios están definidos en función de los intereses de orden jerárquicamente superior que las personas tienen y son los medios para realizar dichos intereses. Por tanto, los bienes primarios son las condiciones necesarias para la realización de las competencias de la personalidad moral y son medios multipropósito adecuados para un amplio rango de bienes finales⁴². Entre ellos se encuentran las libertades básicas —por ejemplo, la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación—, la libertad de tránsito y las oportunidades laborales, la habilidad de asumir el oficio público, los ingresos y el bienestar, y, finalmente, la base social del autorespeto. Los intereses que Rawls identifica como parte de su concepción de personalidad moral no solo individualizan los bienes primarios, sino que también especifican su importancia relativa. Con ello, la prioridad de la libertad sobre el principio de la diferencia en la teoría de Rawls refleja la «preminencia y la relación entre los intereses de orden jerárquicamente superior en la concepción de persona»⁴³.

4.1. El concepto de persona como un mecanismo heurístico

Al especificar estos intereses y prioridades entre ellos, Rawls provee un postulado general «débil» de lo que en su teoría ha de ser considerado como valioso en la vida humana. Sin embargo, lo que es importante resaltar es que la concepción de Rawls de persona es en efecto heurística y definida con la finalidad de erigir su teoría de la justicia. Rawls se refiere al uso que hace de los bienes primarios como una «práctica social razonable que intentamos diseñar a fin de lograr el

⁴⁰ RAWLS, 1999b: 365.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*: 367.

⁴³ *Ibid.*

acuerdo factible requerido para la cooperación social efectiva y deseada entre los ciudadanos cuyo entendimiento de unidad social se basa en una concepción de justicia»⁴⁴. De esta manera, no plantea que el concepto de persona con el que está trabajando describa en efecto aquello que nosotros consideramos como valioso. Por el contrario, su noción de persona es un modelo diseñado a fin de encajar en una teoría construida para alcanzar la unidad social.

En este extremo existe una tensión entre definir una concepción teórica de persona y relacionarla con la noción más empírica de cómo es que somos nosotros y qué es lo que consideramos como valioso⁴⁵. Sostendré que Rawls enfrenta un dilema difícil en este punto: o bien su postulado es una construcción puramente teórica de uso limitado solamente al mundo de la política, o, si se le entiende como un postulado respecto a aquello que es realmente valioso en la vida humana, el mismo deviene en controversial, además de ser incompleto y, en algunos aspectos, erróneo.

En primer lugar, tomemos en consideración el problema respecto del modelo de persona entendida como un constructo puramente teórico. Primero, si el modelo de persona no se relaciona con lo que consideramos valioso, entonces el modelo carecerá de relevancia para el mundo real en el que vivimos. ¿Por qué debemos escoger principios de justicia que están basados en una teoría de lo bueno que se encuentra disociada de lo que nosotros consideramos valioso en la realidad?

En segundo lugar, si el modelo no puede ser defendido en razón a que el mismo refleja de una mejor manera aquello que hacemos de valioso, entonces surge la verdadera cuestión referida a por qué debemos adoptar cualquier constructo particular por encima de otro. Si Rawls proporciona meramente un modelo de persona que no requiere ser aceptado, entonces es factible que sociedades políticas adopten un modelo diferente que los conduzca hacia diferentes principios de justicia. La aceptación de los principios rawlsianos sobre la justicia deviene en contingente en tanto se acepte este modelo particular de persona. Una sociedad religiosa como la iraní, por ejemplo, puede argumentar que el modelo de persona que ella adopta es el de un ser que adecúa su voluntad con la voluntad de Dios (tal y como está expresado en el Corán). De manera similar, una sociedad no liberal como la de China podría argüir que ella concibe a la persona como una entidad cuya principal función consiste en contribuir con el bien colectivo. Por

⁴⁴ *Ibid.*: 386-387.

⁴⁵ Ante la influencia de KANT en RAWLS no sorprende que KANT haya enfrentado una dificultad similar. En el contexto de la discusión en torno a la «igualdad», WILLIAMS (1972: 116) captura esta tensión cuando sostiene que la concepción trascendental kantiana en torno a que todas las personas son agentes racionales por igual parece vacía, «si se tiene en cuenta que la cuestión, por ejemplo, sobre la responsabilidad del hombre sobre sus acciones es una concepción en la que las consideraciones empíricas son claramente relevantes, y una en la cual además obtiene respuestas en diferentes grados de responsabilidad y diferentes grados de control racional sobre las acciones».

tanto, hay múltiples concepciones heurísticas de persona que son diferentes e incompatibles. A fin de decidir entre estas concepciones y proponer una teoría aplicable universalmente, necesitamos formular afirmaciones respecto a si tales concepciones reflejan adecuadamente qué es en efecto importante en nuestras vidas. De otra manera, no sería claro por qué solo una sociedad basada en la concepción de persona postulada por Rawls debe ser considerada como justa.

Un problema final que presenta una concepción puramente heurística de persona consiste en que dicha concepción no explica por qué se asume que las personas han de tener interés en valorar las cosas valiosas particulares que ellas hagan. El punto de partida parece relacionarse con la teoría particular que se pretende obtener: en el caso de Rawls implica especificar una teoría de la cooperación social. «Si la noción de cooperación es aplicada a la estructura básica de la sociedad, es natural considerar a las dos competencias morales como características esenciales de los seres humanos»⁴⁶. Sin embargo, no está claro por qué una teoría de cooperación social necesita adoptar la concepción particular de persona que Rawls adopta. Hobbes, por ejemplo, delineó una teoría de la cooperación social empleando para ello una concepción muy diferente de persona: los individuos son concebidos como seres inquietos, egocéntricos e interesados principalmente en proteger su interés de autopreservación.

Por ende, a fin de que el modelo de persona planteado por Rawls sea una base plausible en función de la cual construir una teoría de la justicia, debe ser conectada con una teoría respecto de cuáles son en efecto las fuentes de valor en nuestras vidas. Sin embargo, el postulado de Rawls falla en gran medida en capturar adecuadamente cuáles son nuestros intereses de orden jerárquicamente superior.

4.2. Cooperación social

En primer lugar me concentraré en las afirmaciones de Rawls respecto de la centralidad de la cooperación social dentro de la estructura de las preferencias humanas. Rawls compara su concepción de persona con una visión alternativa: «[E]n la justicia como equidad los miembros de la sociedad son concebidos en primera instancia como personas morales que pueden cooperar entre sí a fin de obtener ventaja mutua, y no simplemente como individuos racionales orientados a satisfacer sus propias aspiraciones y deseos»⁴⁷. Aunque las personas morales no solamente tienen la capacidad de cooperar, sino que tal capacidad constituye uno de sus intereses de orden jerárquicamente superior: «Los ciudadanos en una sociedad bien organizada en función de la justicia como equidad tienen la capacidad y el deseo regulador

⁴⁶ RAWLS, 1999b: 385-386.

⁴⁷ *Ibid.*: 385.

de cooperar en términos equitativos con otros a fin de obtener provecho recíproco a lo largo de sus vidas»⁴⁸.

La idea de que la cooperación social es uno de los intereses de orden jerárquicamente superior de las personas plantea una noción de persona controversial y altamente cuestionable en las bases fundantes de la teoría de Rawls. No niego la importancia de la cooperación social: después de todo, un ser humano nace en una sociedad con otros seres humanos y, por ende, el marco de reglas que regulan las relaciones entre las personas devendrán en importantes para los individuos, independientemente de sus concepciones sobre lo bueno. Pero hay una gran diferencia entre las teorías que conciben a los seres humanos como poseedores de un interés primario en la cooperación social y aquellas teorías que postulan que el interés en la cooperación social deriva su importancia a partir de otro tipo de intereses que son de importancia primaria para las personas.

Por ejemplo, Hobbes considera que los individuos están interesados primariamente en sí mismos. Ellos buscan asegurar su autopreservación y lograr aquello que consideran como lo mejor para sí mismos incluso a expensas de otros⁴⁹. Sus intereses en la cooperación social son producto del hecho de que la cooperación social posibilitará de una mejor manera que los individuos logren sus fines que si tal situación no existiese. La visión hobbesiana ha sido ampliamente aceptada y se podría incluso afirmar que muchos de los postulados de la moderna economía están basados en una visión similar de persona. Rawls, tal y como he indicado, en su postulado inicial se opone directamente a la visión hobbesiana al colocar la cooperación social como uno de los intereses primarios que tienen los seres humanos. El primer problema que tiene este enfoque radica en que constituye un postulado altamente controvertido en las bases de la teoría de la justicia de Rawls, teoría que supuestamente está en capacidad de convencer a personas con concepciones filosóficas diversas. Esto va en contra del proyecto liberal de Rawls respecto a intentar anclar una teoría de la justicia sobre la base de premisas básicas relativamente libres de discrepancia⁵⁰. Cualquiera que no comparta la visión de Rawls respecto de ligar la cooperación social dentro de la estructura de los intereses humanos no se vería persuadido por su postulado. De ser posible, sería preferible tener una teoría del valor que evite colocar tal objetable afirmación en su centro.

⁴⁸ *Ibid.*: 386.

⁴⁹ HOBBS, 1991: 87.

⁵⁰ La visión de Rawls puede ser considerada también como contraria al proyecto liberal de ser neutral entre las concepciones comprensivas de lo bueno consagrando una concepción particular de lo bueno basada en la cooperación social dentro de su teoría. Esto podría ser visto como perjudicial por aquellos que no ven en la cooperación social su proyecto fundamental y desean, por ejemplo, llevar una vida solitaria.

A pesar del hecho de que la visión de Rawls sea controversial esto no significa que sea equivocada. Pero hay razones suficientes como para pensar que no es adecuado clasificar la cooperación social como uno de los valores primarios dentro de la vida de los individuos. Mientras que la noción hobbesiana de la naturaleza humana es muy desoladora, la visión de Rawls es demasiado optimista. La cooperación social implica estar preparado para trabajar en conjunto para la obtención de fines comunes. El tener un interés primario en la cooperación social implicaría que si los intereses de uno entran en conflicto con los fines cooperativos, uno debería estar preparado a subordinar dichos fines a fin de favorecer la cooperación. Si muy pequeños intereses personales podrían causar que la gente actúe de forma que violen los términos de la cooperación social, entonces se evidenciaría que este último interés es un tanto débil.

Es evidente que en nuestra amplia experiencia existen múltiples casos en los cuales las personas no están dispuestas a subordinar la búsqueda de sus fines personales en favor de la cooperación. Muchas personas están preparadas para obtener beneficios obrando por sí mismas y a expensas de otros. Por ejemplo, si las personas pueden encontrar métodos para evadir el pago de impuestos ilegalmente, muchos buscarán hacerlo, a pesar de que tal tipo de acciones son contraproducentes en una sociedad basada en la cooperación social. Las agencias encargadas de aplicar la ley en nuestras sociedades siempre están ocupadas precisamente porque las personas entablan demandas para obtener provecho personal antes que para favorecer la cooperación social. Por tanto, existen muchos casos en el mundo que nos indican que las exigencias de cooperación social aparecen como poseedoras de escasa relevancia para muchas personas cuando ellas deciden qué es lo que quieren hacer. Esto sugiere que la cooperación social no es en efecto un interés primario compartido por todos los individuos; por el contrario, es la búsqueda de sus propios intereses lo que es fundamental para todos. El punto de vista de Rawls es, por tanto, no solo controvertido, sino que también parece ser equívoco en varios de sus aspectos.

En el *Liberalismo político*⁵¹, Rawls reformuló la forma en que el concepto de persona ha de ser entendido. En dicho trabajo él sostiene que el concepto de persona ha de ser entendido como una noción moral latente en la cultura pública de una democracia constitucional. El concepto de persona no solo es un constructo de tipo teórico, sino más bien una noción evaluativa que se encuentra en el corazón de las sociedades democráticas modernas y la cual puede formar la base para un consenso yuxtapuesto dentro de tales sociedades.

Sin embargo, esta concepción modificada del concepto rawlsiano de persona también adolece de graves limitaciones. Primero, el poder

⁵¹ RAWLS, 1993: 13-14.

justificador del concepto de persona se ve significativamente limitado por esta concepción revisada. El proyecto de Rawls consistió en delinear a qué debería parecerse una sociedad justa⁵². Pero su nueva metodología asume que un cierto modelo de sociedad es justo, y luego busca determinar qué tipo de persona sería propia del mismo. El concepto de persona al que se llega reflejará meramente la naturaleza del sistema a partir del cual ha sido deducida. Por tanto, no sorprende que el concepto de persona postulado por Rawls ponga especial énfasis en la libertad personal y política debido a que es obtenido a partir del análisis de las asunciones latentes en sociedades que enfatizan tal libertad. El hecho de que el concepto de persona sea derivado de esta manera significa, por tanto, que no es adecuado para justificar un sistema particular —la democracia constitucional— debido a que es obtenido precisamente en función de un análisis de dicho sistema.

Asimismo, una teoría de la justicia obtenida con base en una concepción de persona derivada de esta manera no puede servir de base para criticar sociedades en las cuales no se comparte la misma concepción de persona. Entonces, la teoría de la justicia que uno adopte será relativa al tipo de sociedad en la cual uno viva. Además, el método de Rawls de llegar a una teoría de la justicia puede llevarnos potencialmente a conclusiones de tipo conservador incluso dentro del ámbito de las democracias constitucionales. Al basar la teoría en estas asunciones sobre sociedades particulares es probable que la teoría que se obtenga a partir de ella no sea sustancialmente distinta al *statu quo* instaurado.

Es también objetable si Rawls ha identificado correctamente los presupuestos de la democracia constitucional. Muchas democracias constitucionales evidencian agudas diferencias de riqueza entre ricos y pobres. Estados Unidos, por ejemplo, tiene un grave problema en lo concerniente a la falta de viviendas y alimento⁵³. La gente que carece de vivienda es generalmente incapaz de competir de modo equitativo con otros. Pese a ello, las garantías socioeconómicas por lo general no han recibido presupuesto suficiente como para asegurar que dichas personas reciban un hogar y, por ende, lleguen a disfrutar de las mismas oportunidades que otras personas tienen. En algunos países, el Estado de bienestar ha sido recortado. Es poco creíble que el deseo de cada uno en cooperar equitativamente sea un presupuesto en donde la estructura constitucional permite situaciones en las cuales las necesidades socioeconómicas más básicas de los ciudadanos no son satisfechas. Ciertas democracias constitucionales podrían ser comprendidas mejor si se las analiza en función de la premisa en la que las personas son concebidas como criaturas altamente competitivas dispuestas a beneficiarse a costa de otros. En tal visión,

⁵² Con exactitud, él quiere entender cuáles son los principios de justicia que regularían la estructura básica de una sociedad justa.

⁵³ Ver el capítulo final del presente libro (capítulo VII).

las reglas de la estructura básica estarían ahí meramente para preservar un marco dentro del cual las personas de naturaleza competitiva puedan ser entendidas de forma que no se frustren sus intereses primarios en tener experiencias positivas y realizar sus propósitos individuales. Por tanto, no es claro si Rawls está en lo cierto al interpretar a todas las democracias constitucionales modernas como basadas en un modelo de persona que coloque su deseo por cooperar en términos equitativos como uno de los intereses humanos de orden jerárquicamente superior.

Me veo obligado a mostrar, a través de una crítica al postulado débil de valor propuesto por Rawls, las limitaciones de una concepción heurística de persona con escasa aplicación a aquello que las personas hacen en realidad. Cuando la teoría de Rawls es considerada como un enfoque sobre aquello valioso que hacemos en la realidad, me veo en la necesidad de sostener que su afirmación respecto a que la cooperación social equitativa es un interés primario de todos los seres humanos es controvertida y, posiblemente, equivocada. Hasta este momento no he podido criticar la identificación de los intereses personales de segundo orden en jerarquía efectuada por Rawls: un interés en ser capaz de decidir sobre analizar y buscar racionalmente una concepción de lo bueno. A pesar de que Rawls ha identificado un valor de importancia, hay dos razones que justifican la necesidad de buscar una teoría más adecuada.

Primero, Rawls nos ofrece una visión altamente intelectualizada de los intereses de orden jerárquicamente superior que tienen las personas. Muchos individuos, incluso los individuos racionales sobre los cuales se concentra Rawls, no tienen una «concepción» completamente coherente de lo bueno. Ellos tienen un número de proyectos y propósitos que desean cumplir, careciendo de un entendimiento comprensivo y general que contenga una «concepción». Para algunos estas pretensiones y deseos son un tanto caóticos. Como resultado, es probable que muchos individuos racionales carezcan de una «concepción» general de lo bueno, sino, antes bien, poseen una variedad de aspiraciones, metas y preferencias que son de valor para ellos y que contribuyen a su bienestar⁵⁴.

Además, el postulado de Rawls respecto de este interés de orden jerárquicamente superior excluye automáticamente tanto a los seres humanos como a los seres no humanos que no sean completamente racionales. Una «concepción de lo bueno» parece exigir la habilidad de tener un entendimiento explícito de qué es valioso en la vida de uno. Aunque las criaturas no racionales pueden carecer de tal entendimiento explícito, no es claro que esto excluya que sus vidas tengan valor para ellos. Las criaturas no racionales también pueden formar propósitos y experimentar la satisfacción y la frustración en formas que

⁵⁴ Estoy en deuda con Onora O'NEIL por este argumento.

afectan a su bienestar. En lo que a esto respecta, su situación parece análoga a la satisfacción o frustración de la concepción que un ser racional tenga sobre lo bueno. Es, por tanto, poco claro si al desarrollar una teoría del valor es necesario restringir nuestras consideraciones únicamente a los seres racionales. Consecuentemente, sería preferible encontrar un modo de describir este interés sin asumir que el mismo implica una concepción coherente, explícita y reflexiva de lo bueno. Sostendré más adelante que la noción de intencionalidad puede describir de mejor manera este interés fundamental.

Segundo, Rawls enfatiza la importancia de la autonomía moral, siendo capaz de tomar decisiones y cumplir con los objetivos propios⁵⁵. Sin embargo, falla en reconocer que no solo aquello donde tengamos éxito es valioso para nosotros, sino que también lo es la manera en la cual experimentamos el mundo. Se tornará evidente cuando defienda mi propia concepción de valor que las afirmaciones de Rawls respecto a los intereses de orden jerárquicamente superior están gravemente incompletas debido a que omiten la dimensión experiencial.

5. INTEGRANDO HECHOS Y VALORES: EXPERIENCIA Y PROPÓSITO

Hasta este momento he sostenido que no podemos recurrir directamente a los postulados fácticos sobre ser humano a fin de entender qué es lo importante para nosotros. Las dos concepciones evaluativas de persona a las cuales me he referido tampoco proporcionan bases satisfactorias en función de las cuales se pueda determinar qué es lo valioso para nosotros. Louise Antony pretende individualizar un problema general confrontado por todos los intentos de proporcionar una teoría del valor basada en la naturaleza humana: «Las exhortaciones a teorías externas de la naturaleza humana puede que encuentren adhesión interpersonal independientemente de juicios normativos, pero precisamente por esa razón no tienen capacidad de generar razones para aceptar proposiciones éticas sobre aquello que los seres humanos deben hacer o no hacer. Exhortaciones respecto de teorías internas pueden generar conclusiones éticas, pero la premisa trascendental sobre la naturaleza humana solo será aceptable para alguien que previamente respalde el valor de los juicios corporizados por él, dejando a la exhortación en sí misma como superflua»⁵⁶.

Al plantear este dilema, Antony construye una posición estricta entre las nociones fácticas y valorativas. Ciertamente, en la historia de la filosofía se ha dado muchas veces el caso de filósofos que dis-

⁵⁵ En este punto, RAWLS cae dentro de la tradición de los teóricos liberales, desde KANT hasta RAZ.

⁵⁶ ANTONY, 2000: 15-16.

tinguen estrictamente entre hecho y valor, criticando a otros por hacer inferencias ilícitas de valores a partir de hechos⁵⁷. No deseo discutir el hecho de que existen ocasiones en las que las distinciones son importantes: lo que quiero sugerir, sin embargo, es que hecho y valor no se encuentran tan separados uno del otro de la manera en la que se los suele ver, y es este reconocimiento el que nos permitirá progresar en la identificación de aquello que es de central importancia para los seres.

En todo ámbito de investigación debe existir una finalidad de derivación o inferencia⁵⁸. A pesar de que nuestros puntos de partida para nuestra investigación ética tendrán un estatus epistémico especial, necesitamos proporcionar alguna justificación para comenzar con ellos. Tal y como nuestro conocimiento respecto del mundo que nos rodea empieza con la experiencia, me parece que los puntos de partida para la investigación ética pueden ser hallados al observar las características del mundo en el que vivimos. Llama la atención que cuando lo hacemos somos capaces de encontrar características fácticas genéricas en los seres, las mismas que se encuentran intrínsecamente relacionadas con la dimensión valorativa de sus vidas.

5.1. Experiencias

Tomemos como ejemplo el caso del dolor. El dolor implica un tipo particular de experiencia fenomenológica, una que puede ser considerada como poseedora de un particular contenido descriptivo. Si esta experiencia no tuviese ese «dato sensitivo» no podría ser considerada como dolor⁵⁹. Pero el dolor también es un estado que todos los seres subjetivamente conscientes que lo experimentan consideran como desagradable: es una experiencia que todos los seres consideran como indeseable. Mi tesis consiste en que la indeseabilidad de tal experiencia está íntegramente ligada con un particular contenido fenomenológico de la experiencia. Experimentar dolor es tener una experiencia de algo que no es valioso para un ser.

A fin de justificar esta afirmación se recurrirá a dos métodos de corroboración. Primero, se puede pedir a cada individuo evaluar si esta afirmación es verdadera para sí desde el punto de vista de primera persona. Segundo, el comportamiento lingüístico de los seres que acompañan experiencias dolorosas puede aportar pruebas sobre cómo

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, MOORE, 1965: 19 y 67.

⁵⁸ Esto parte de la asunción de que nuestro modelo de justificación de teoría ética o política debe conectarse con el mundo en algún sentido.

⁵⁹ PUTNAM, 1975: xi, afirma: «Todo aquello que una persona normal que ponga atención no pueda distinguir de un dolor [...] es necesariamente un dolor [...] el término "dolor", tal y como ocurre con otras muchas sensaciones, posee la lógica de la apariencia». КРИПKE, 1980: 152, expresa un punto de vista similar: «El dolor, por otro lado, no es reconocido simplemente por una de sus propiedades accidentales; por el contrario, es reconocido por la propiedad de ser dolor en sí mismo, por su cualidad fenomenológica inmediata».

ellos consideran esas experiencias desde su punto de vista en primera persona. Estos métodos proporcionan, a mi modo de ver, una evidencia esclarecedora con base en la cual se puede concluir que cierto tipo de experiencias fenomenológicas (las cuales conocemos como «dolor») son consideradas como poseedoras de un desvalor para los seres que tienen experiencias subjetivas conscientes ⁶⁰.

Sin embargo, el dolor no es solo un tipo particular de experiencia. Existen muchos tipos de experiencia: experiencias frustrantes, experiencias aburridas, experiencias hilarantes. Cada tipo de experiencia está asociada con un sentimiento fenomenológico particular, pero dicha experiencia está asociada también o con un estado que es valioso para nosotros —uno que enriquece nuestras vidas— o con uno que no es valioso para nosotros —uno que empobrece nuestras vidas—. Una vez se es consciente, las cosas pueden ir bien o mal para uno. Por tanto, lo que se aplica al dolor es también aplicable a muchos otros tipos de experiencia: existe una estrecha conexión entre el contenido de tales experiencias y su valor para nosotros.

En el epígrafe 2 de este capítulo he definido a un ser consciente de sus experiencias como uno para quien hay «algo se siente como ser X». Mi punto de vista ahora consiste en que «qué es ser como X» en varios puntos en el tiempo implica no solo tener una experiencia fenomenológica particular, sino que tal experiencia también implica un estado cualitativo particular que tiene, o bien valor positivo, o bien valor negativo para dicho ser. Por tanto, la capacidad de experimentar el mundo conscientemente proporciona un puente entre hecho y valor: nuestras experiencias fenomenológicas del mundo son en sí mismas una fuente importante de valor en nuestras vidas ⁶¹.

El hecho de que la experiencia consciente esté estrechamente conectada con una dimensión evaluativa proporciona alguna explicación para la afirmación previamente formulada respecto a que la noción de valor tiene aplicación primaria a seres que pueden experimentar el mundo. El mismo también provee una razón no arbitraria para in-

⁶⁰ Existen casos como el de los ascetas y los sadomasoquistas que representan cierta dificultad, la cual discutiré más adelante.

⁶¹ COETZEE, 1999: 44-45, el famoso autor sudafricano, alude a este importante punto cuando escribe: «¿Qué es ser un murciélago?». Antes de que podamos contestar a esta cuestión, NAGEL sugiere que necesitamos ser capaces de experimentar la vida de un murciélago a través de las modalidades sensoriales de un murciélago. Pero se equivoca, o por lo menos nos está dando una pista equivocada. Ser un murciélago es ser completamente un ser: ser completamente un murciélago es como ser completamente humano, lo cual es también un ser completo. Ser murciélago en el primer caso, un ser humano en el segundo, quizá, pero esas son consideraciones secundarias. Ser un ser completo es vivir como un cuerpo-alma. Uno de los nombres empleados para designar a un ser completo es «alegría». Yo entiendo que este pasaje pretende explicar que no necesitamos entender exactamente en qué consiste la experiencia particular de otra entidad a fin de ser conscientes de que existe una cualidad que las experiencias de los otros seres poseen que los hace ser como nosotros. Estoy de acuerdo con la afirmación de COETZEE sobre que para los seres conscientes no hay experiencias neutras: ser capaz de existir y estar libre de experiencias negativas significaría estar en alguna forma en un estado positivo, lo cual denomina «alegría».

cluirla dentro de los alcances de una investigación respecto del valor de todos los seres que pueden tener experiencia subjetiva consciente del mundo. Es una cuestión empírica la referida a que los seres tienen esta capacidad que dependerá de un juicio basado en una adecuada evidencia conductual y psicológica ⁶².

5.2. Intencionalidad

Una segunda característica de los seres, que implica una relación intrínseca entre hecho y valor, es la capacidad de tener intenciones y de actuar de conformidad con las mismas. Hay muchas criaturas que actúan en función de ciertos fines e intenciones. La frustración de tales intenciones es un desvalor para tales seres, mientras que su cumplimiento representa un valor para ellos. Alan Gewirth ⁶³ desarrolla esta idea como punto inicial de su teoría de los derechos humanos. Tomando en cuenta su teoría buscaré explorar la complejidad que conlleva la noción de tener «intenciones» o una «concepción de lo bueno».

La acción concebida por Gewirth tiene dos características primarias: voluntariedad e intencionalidad. La voluntariedad presupone una acción sujeta al control de una decisión tomada por un agente libre de coacción y debidamente informado. La intencionalidad implica actuar en función de algún fin o intención, los cuales constituyen la razón para que una persona actúe. La gente que realiza un comportamiento voluntario controla sus movimientos en función de razones propias. Estas razones o deseos son intenciones de acción ⁶⁴. Todas las formas de deseo implican una actitud propositiva respecto de algo, la cual implica poseer una atención selectiva orientada por una intención. Dicha atención busca lograr la intención y una actitud favorable para la consecución de dicha intención o propósito. Por tanto, buscar realizar una acción implica un ser intencional al poseer una actitud útil hacia la realización de dicha acción.

Partiendo de esta concepción de acción, Gewirth construye un argumento para los derechos fundamentales. En este capítulo abordaré los dos primeros pasos que desarrolla en su razonamiento. Su primera afirmación consiste en que cada agente hace un juicio implícito respecto a que las intenciones por las que él actúa son buenas ⁶⁵. En el momento de actuar el agente se imagina algunos resultados que busca al-

⁶² Algunos filósofos de la mente investigan cómo es posible saber qué tipo de criaturas tienen experiencias cualitativas similares a las nuestras. He sostenido una tesis respecto a este tema en BILCHITZ, 1998. Por ejemplo, podemos atribuir justificadamente experiencias conscientes a mamíferos, algunas aves y algunos reptiles, mientras que, por otro lado, no es claro si los insectos tienen tales experiencias (cfr., por ejemplo, Wise, 2001: 133).

⁶³ GEWIRTH, 1978.

⁶⁴ Las intenciones pueden ser disposicionales y no estar claramente establecidas. Cfr. *ibid.*: 38.

⁶⁵ *Ibid.*: 52.

canzar. Al actuar voluntariamente considera este fin como digno de ser perseguido y, por tanto, valora dicho fin como suficiente para actuar en función del mismo ⁶⁶.

Desde que el agente valora la obtención de sus propósitos debe valorar también las características generales de toda acción —voluntariedad e intencionalidad—, las cuales son fundamentales para su capacidad para perseguir todo tipo de propósitos (Gewirth se refiere a estas características con el encabezado de «libertad»). Además de estas características de acción debe valorar otros tres tipos de bienes. Primero, «bienes básicos», que son aquellas precondiciones necesarias para la realización de cualquiera de sus acciones. Entre dichas precondiciones se encuentran, por ejemplo, la alimentación, la integridad física o el vestido, sin las cuales no sería capaz de actuar en función de propósito alguno. Segundo, debe valorar los «bienes no sustractivos», que son capacidades y condiciones que aseguran que el nivel de cumplimiento del propósito no se vea disminuido ⁶⁷. Esto implica, por ejemplo, no estar atado tanto a condiciones debilitantes de la labor física o de vivienda. Finalmente, debe valorar los «bienes aditivos», que son las habilidades y condiciones requeridas para incrementar el propio nivel de realización de los objetivos. Esto incluye tener protegida la autoestima, tener acceso a la educación y no ser objeto de discriminación ⁶⁸. La valoración de la capacidad general propia para realizar los propósitos individuales es, por tanto, la base para estos otros tipos de bienes. Los mismos que Gewirth sostiene que forman parte del «bienestar» de una persona ⁶⁹. Por ende, «libertad» y «bienestar» representan en conjunto las condiciones necesarias más generales y próximas para la acción intencional del agente.

Dado que un agente valora sus intenciones o propósitos, también se ve obligado a cumplir con los requisitos que son necesarios para lograr dichos propósitos. Consecuentemente, se llega a la segunda proposición: todo agente debe poseer necesariamente la libertad y el bienestar necesarios para poder lograr sus propósitos o intenciones ⁷⁰.

⁶⁶ *Ibid.*: 49.

⁶⁷ GEWIRTH, 1982c: 56.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ En la visión de GEWIRTH hay una jerarquía entre estos tres tipos de bienes, la cual constituye el bienestar de una persona, siendo además dicha jerarquía equiparable con los distintos grados de urgencia de los individuos. Los bienes básicos tienen en tal medida el más alto grado de necesidad, a tal punto que sin ellos no sería posible cumplir propósito alguno. Los bienes aditivos, por otra parte, son menos necesarios dado que, si bien por un lado su ausencia excluye el incremento de la realización del propósito, por otro permite un grado de intencionalidad.

⁷⁰ GEWIRTH, 1978: 63.

5.3. ¿La intencionalidad implica conciencia reflexiva?

No tengo intención de reconstruir en este capítulo el resto de argumentos planteados por Gewirth⁷¹. Dado que la acción intencional es la noción clave en la teoría de Gewirth es importante considerar además qué es lo que esta noción implica. Para Gewirth solo los seres capaces de usar el lenguaje y realizar implicaciones lógicas son capaces de realizar acciones intencionales. La razón para que Gewirth plantee esta afirmación se basa en su concepción de acción, la cual no consiste simplemente en movimientos corporales, sino que también implica procesos de pensamiento tales como elegir y entender. Tales procesos de pensamiento, sostiene, están conectados con el lenguaje. Por tanto, si se atribuyen acciones intencionales a un ser, entonces dicho ser debe estar en capacidad de formular juicios expresables mediante el lenguaje⁷².

Sin embargo, esta afirmación sugiere que Gewirth se basa en una concepción estrecha y simplista de lo que es el actuar. El punto crucial radica en reconocer que es posible actuar por una razón sin reconocer y sin ser capaz de formular un juicio lingüístico que corporice dicha razón. Tomemos en consideración dos ejemplos. Primero, echemos una mirada al proceso de desarrollo de un niño. En las primeras etapas de la niñez, el niño se mueve mucho y gran parte de ese movimiento parece ser involuntario. Al madurar, pero antes de adquirir lenguaje, el niño señalará a menudo algo que desea (una botella o un juguete, por ejemplo) y hará un esfuerzo por asirlo. Al explicar tales acciones, nosotros normalmente atribuimos un deseo o intención a un niño —el hecho que quiera su botella o su juguete— sin afirmar que sea capaz de reconocer la razón para su acción en términos lingüísticos. Al desarrollarse, el niño crece (esperemos) para ser capaz de ser un usuario competente del lenguaje y reconocer juicios lingüísticos. Sin embargo, incluso cuando alcanzamos la adultez, no todas nuestras acciones provienen del reconocimiento autoconsciente de nuestros propósitos. Emociones fuertes como la ira o el deseo apasionado por comida o placer sexual pueden llevarnos muy bien a actuar sin una examinación autoconsciente de las razones para hacerlo.

El segundo ejemplo se refiere a casos documentados en los que chimpancés emplean ciertas herramientas (tales como la corteza de un árbol) para abrir una nuez. Al tratar de explicar tales acciones atribuimos ciertas intenciones a los chimpancés: que ellos desean la nuez y que creen que el emplear la corteza del árbol les permitirá comerla. Parece plausible entender al chimpancé como un agente que actúa en el mundo a fin de alcanzar sus intenciones⁷³. Sin embargo, por lo general el chimpancé no puede formular o conocer estos juicios en las formas

⁷¹ El resto de estos argumentos serán abordados en el capítulo II.

⁷² GEWIRTH, 1978: 42.

⁷³ Cfr., por ejemplo, REGAN, 1988: 74-75.

lingüísticas que nosotros usamos⁷⁴. Por supuesto, con toda probabilidad el chimpancé posee un tipo de lenguaje o sistema de representación que le permite procesar información cognitiva. Este sistema de representación, sin embargo, no parece ser de tal naturaleza como para que podamos afirmar que el chimpancé es consciente de una proporción y que puede seguir obligaciones o implicaciones lógicas del tipo que Gewirth exige para el pensamiento⁷⁵.

En consecuencia, existen seres que tienen intenciones y parecen controlar sus acciones en función de propósitos o intenciones, pero no son autoconscientes sobre dichos propósitos y no deliberan en forma lingüística tomando en cuenta el curso de acción que ellos seguirán. En esta categoría caen también los niños —por lo menos hasta la edad en que adquieren el lenguaje—, muchas personas con enfermedades mentales y muchos animales no humanos. También hay, como sabemos, una categoría de seres que tienen intenciones y controlan sus acciones de acuerdo con sus propósitos, pero que son capaces de ser autoconscientes de sus propósitos y de deliberar en forma lingüística qué tipo de acción han de seguir para lograrlos. Por lo que hasta ahora sabemos, solo los seres humanos adultos que no padezcan de enfermedades mentales caen en esta categoría. Llamemos a la primera categoría como «seres humanos no reflexivos» y a la segunda como «seres reflexivos».

Gewirth afirma que los seres reflexivos no requieren ser autoconscientes de los juicios e inferencias que él les atribuye para poder, con base en esto, derivar su principio moral supremo. Podemos atribuir cometidos a tales seres, a pesar de que ellos no son conscientes de dichos cometidos. Esta es, en efecto, una característica central de su método «dialécticamente necesario», el cual implica analizar qué es lo que conmina a un agente a emprender una acción⁷⁶. En gran medida esto depende de ser capaz de atribuir un juicio a un agente incluso si el agente en sí mismo no puede reconocer el juicio: «El método opera para trazar los juicios y afirmaciones que todo agente lógicamente debe hacer dentro de su punto de vista»⁷⁷. Por tanto, un agente quizá

⁷⁴ En efecto, existe un debate a nivel de la filosofía de la mente en torno a si el lenguaje es necesario a fin de ser capaces de pensar. GEWIRTH pasa por alto este debate y parece asumir que solo aquellos capaces de expresar juicios mediante el lenguaje pueden pensar adecuadamente: «Desde hace mucho tiempo se ha venido reconociendo que el lenguaje está conectado con el pensamiento, en la medida en que lo expresa y lo comunica» (GEWIRTH, 1978: 42). A mi modo de ver, la verdad parece ser mucho más compleja y requiere separar los estados mentales que nos permiten operar en el mundo del reconocimiento autoconsciente de esos estados. El lenguaje puede ser necesario para este último tipo de reconocimiento, pero no es necesario para las creencias anteriores. Mi posición se contraponen a la visión adoptada por DAVIDSON, 1984, «Pensamiento y habla», la cual he criticado en BILCHITZ, 1998. Algunos animales pueden ser capaces incluso de procesos mentales de alto nivel. Cfr. los ejemplos proporcionados por DENNETT, 1983.

⁷⁵ Cfr., por ejemplo, MALCOM, 1991: 458, y WISE, 2001: 158-159.

⁷⁶ GEWIRTH, 1978: 42-2.

⁷⁷ *Ibid.*: 44.

no sea autoconsciente de las inferencias que Gewirth delinea; no obstante, podemos seguir afirmando que tal persona está vinculada por tales juicios.

Si esto es así, ¿por qué no podemos atribuir tales obligaciones a seres que no son reflexivos? La diferencia entre los dos casos consiste en que un grupo puede llegar a ser reflexivamente consciente de estos juicios mientras que el otro no puede. Sin embargo, si hay miembros del primer grupo que nunca llegarán a ser reflexivamente conscientes de estos juicios y se los seguimos atribuyendo, no es claro que respecto a estos juicios ellos difieran en cualquier forma relevante de aquellos seres que nunca llegaron a ser reflexivamente conscientes de ello. Es claro que existen personas que nunca han llegado a ser conscientes de los juicios de Gewirth sobre aquello que están obligados a hacer, después de todo, dado que su teoría incluye un elemento de originalidad, presumiblemente nunca nadie ha llegado exactamente a estas inferencias. Por tanto, si nosotros podemos seguir atribuyendo estas obligaciones a aquellos que nunca los han reconocido conscientemente, entonces podemos hacerlo respecto a seres que nunca llegarán a ser reflexivamente conscientes de ellos.

Este argumento puede parecer extraño a primera vista en cuanto implica atribuir juicios a aquellos que no pueden llegar a ser reflexivamente conscientes de ellos. El punto importante a tener en cuenta es el rol de la conciencia reflexiva en la teoría de Gewirth. La característica crucial de un ser que permite a Gewirth atribuirle juicios radica en que dicho ser es un agente intencional. Gewirth vincula la intencionalidad con el hecho de poseer un lenguaje. He intentado separar estas dos características y demostrar que se puede ser un agente intencional sin poseer lenguaje humano⁷⁸. Si esto es así, entonces es posible que el argumento de Gewirth pueda ser aplicado tanto a seres reflexivos como a seres no reflexivos.

Tomemos en consideración las dos afirmaciones que componen su argumento a la luz de lo que se ha venido diciendo hasta aquí. Un agente intencional, sostiene Gewirth, está vinculado a la valoración positiva de sus intenciones o propósitos. Un ser no reflexivo no puede ser autoconsciente de esta valoración, pero, por el mero hecho de que busca lograr un propósito particular, podemos inferir que lo juzga como favorable. Por ende, cualquier criatura a la cual se le pueda atribuir propósitos acepta solo aquello que le es favorable y evita lo que le es dañino⁷⁹. Dado que tales criaturas valoran sus intenciones, cada

⁷⁸ Véanse, por ejemplo, los fascinantes ejemplos de seres humanos que desarrollan un lenguaje solo mucho después en sus vidas y el hecho que se ha reportado sobre que ellos han tenido pensamientos e intenciones por sí mismos antes de adquirir un lenguaje. Cfr. WISE, 2001: 158ff.

⁷⁹ Esto es importante para distinguir entre seres que responden meramente a estímulos y aquellos que están en capacidad de embarcarse en comportamientos propiamente intencionales. A mi modo de ver, tal diferencia debe basarse en la distinción entre tener un fin que puede ser identificado pero puede ser perseguido sin ningún acto de «aprobación» por

criatura no reflexiva también debe desear poseer los bienes necesarios implicados en la realización de sus intenciones.

Si esta línea de pensamiento tiene sentido, entonces la pregunta sería: ¿por qué Gewirth se limita a la clase de los seres reflexivos? Existe, en efecto, una razón poderosa de por qué una teoría de la moralidad debe dirigirse a sí misma hacia seres reflexivos. Un ser que no sea reflexivamente consciente no considera sus propósitos a la luz de la moralidad y no delibera respecto del curso correcto de la acción a seguir. Solamente un ser que sea reflexivamente consciente puede considerar las exigencias de moralidad sobre la base de su acción y, por tanto, regular su conducta de acuerdo con la teoría de Gewirth. Una teoría de la moralidad se dirigirá, así, hacia seres reflexivos.

Sin embargo, el hecho de aceptar esta verdad es distinto de aceptar que la problemática de la moralidad tenga solo que ver con seres reflexivos o que la vida puede ser mejor o peor solo para seres que son reflexivos. Gewirth, en efecto, nos proporciona poderosas razones para pensar que la realización de propósitos o intenciones para todo ser que los tenga es moralmente relevante. Con ello he buscado arrojar alguna luz sobre determinadas complejidades respecto de la noción de qué constituye un agente intencional, las cuales Gewirth no toma en cuenta. Estas complejidades nos permiten reconocer que es posible, tanto para seres reflexivos como para seres no reflexivos, tener intenciones cuyo cumplimiento es valioso para los individuos en cuestión ⁸⁰.

6. EN DEFENSA DE LA TEORÍA DEL VALOR PROPUESTA

He intentado identificar dos características generales de los seres las cuales proporcionarían los fundamentos necesarios para emitir juicios respecto del valor o desvalor en sus vidas: la capacidad de poseer experiencias conscientes con una cualidad particular y la capacidad de desear el cumplimiento de los propósitos o intenciones propias ⁸¹. Al situar las frecuentes del valor en ciertas características naturales de los seres, la teoría provee un criterio según el cual las criaturas caen dentro del espectro de nuestro interés moral. Ello ofrece razones fundadas para su interés en seres que pueden tener experiencias subjetivas o

el organismo y la búsqueda consciente y voluntaria de un fin en particular. Por ejemplo, solo aquellas criaturas que muestren alguna flexibilidad en su comportamiento y la capacidad de aprender pueden ser consideradas como capaces de realizar un comportamiento intencional [véase, por ejemplo, el comportamiento de las avispas excavadoras, las cuales parecen exhibir meros mecanismos de estímulo-respuesta (DENNETT, 1984: 11)]. Una teoría completa sobre intencionalidad deberá hacer referencia a tales cuestiones en la filosofía de la mente, pero por razones de espacio no puedo pretender abordar todas estas cuestiones aquí.

⁸⁰ Como resultado, esta noción puede resolver también ciertas dificultades relacionadas con la teoría de RAWLS referida a colocar al valor en una «concepción de lo bueno».

⁸¹ Es posible que existan otras características; sin embargo, las que he identificado parecen ser, a mi modo de ver, las candidatas más importantes y plausibles para desarrollar este rol.

propósitos, y no excluye arbitrariamente a las especies no humanas de la esfera del interés moral.

Es evidente que la teoría que propongo tiene elementos objetivos y subjetivos. Características del mundo —tales como consciencia e intencionalidad— son objetivas en el sentido de que ellas existen en los seres independientemente de la perspectiva de cualquiera. A su vez, estas características nos proporcionan una base objetiva sobre la cual reconocemos las fuentes de valor dentro de las vidas de los seres. Sin embargo, si algo en particular tiene un valor positivo o no debe ser juzgado analizando cómo el ser en cuestión percibe las experiencias o si tal ser considera ciertos propósitos o intenciones como importantes para sí⁸². Por tanto, esta característica de mi teoría nos permite reconocer fuentes comunes de valor en las vidas de los seres, mientras que, al mismo tiempo, nos hace capaces de tomar conciencia de la diversidad de experiencias y propósitos en el mundo. El contenido de lo que constituye «experiencias positivas», por ejemplo, variará de acuerdo con la «forma de vida» de las criaturas, sus sociedades, sus naturalezas individuales y sus circunstancias.

Estas características permiten a la teoría que he desarrollado adecuarse a los requerimientos de una teoría del valor que fue delineada al inicio de este capítulo. En este sentido es instructivo comparar mi teoría con la de Rawls. Primero, en una sección anterior de este capítulo intenté mostrar las dificultades de la naturaleza heurística y constructivista de la teoría de Rawls. La teoría que he propuesto no es meramente un constructo teórico, sino que busca ser una verdadera teoría de las fuentes del valor en nuestras vidas. Ella posee un elemento naturalista, el cual vincula el valor con la posesión de ciertas características existentes en las criaturas del mundo. Por tanto, puede ser evaluada a la luz de las características empíricas del mundo y no está definida en relación con una teoría en particular o los deseos de un régimen corrupto. Esta característica naturalista de la teoría nos permite engarzar nuestros constructos teóricos en el mundo.

Si es cierto que las características naturalistas del mundo son las fuentes de valor en nuestras vidas, es muy probable que los individuos sean capaces de alcanzar un consenso sobre las fuentes de valor en la vida. El llegar a un consenso no determina en sí mismo aque-

⁸² No necesitamos estar confinados a examinar qué es el caso para el ser en cuestión, sino también se debe analizar cuál podría ser el caso para tal ser. Por tanto, mi visión permite la posibilidad de que podamos hacer predicciones respecto a que cierto estado será de mayor valor vivencial para un ser incluso si dicho estado no es su estado actual. La diferencia entre el valor de los estados reales que experimenta el ser y aquellos estados que es posible que dicho ser llegue a experimentar abre la posibilidad de criticar un entendimiento propio e individual de qué es lo mejor para él. La dificultad de hacer juicios sobre cuándo a los otros les irá mejor podría llegar a la circunspección en este punto y podría explicar parcialmente nuestra reticencia a hacer tales juicios en relación con los otros. Para los fines de este capítulo no es necesario desarrollar más estos puntos. Desarrollaré una tesis similar en conexión con las intenciones o propósitos más adelante.

lo que es valioso en la vida de los seres. Dicho hecho es determinado por características reales del mundo; sin embargo, la existencia de tales características objetivas naturalistas lo hace aceptable en tal medida que los individuos eventualmente estarán en la capacidad de alcanzar un acuerdo sobre estas cuestiones. Tal y como es el caso de la teoría científica, sigue siendo posible que surja un consenso equivocado; sin embargo, la existencia de ciertas características fuertes del mundo significa que tal consenso pueda ser interrumpido si falla en tener en cuenta tales características y, por tanto, sus errores han de ser descubiertos con mayor facilidad.

La teoría que he propuesto también busca delinear una teoría general mínima de las fuentes comunes de valor en el mundo. Dicha teoría, sin embargo, no requiere acuerdo acerca del valor de experiencias específicas o propósitos y, por tanto, permite a las opiniones individuales diferir respecto a estas cuestiones. Ella, por ende, busca definir un pequeño ámbito de coincidencia a la vez que reconoce el amplio espectro de diversidad en los individuos. Esta característica le permitirá, esperamos, dirigir un alto grado de consenso.

Estas consideraciones respaldan la teoría que he propuesto. Es más, existe un argumento adicional en favor de esta teoría, el cual se basa en otra característica interesante del mundo: a pesar de la diversidad de las diferentes criaturas, es sorprendente que podamos llegar a entendernos en gran medida entre nosotros. Si los individuos fuesen completamente diferentes, suponiendo que no tienen nada en común, sería imposible que se entendiesen el uno al otro. Davidson sostiene que «el proceso de hacer inteligibles para nosotros las creencias o las actitudes proposicionales de los demás implica necesariamente que adaptemos a los demás dentro de nuestro esquema en algún grado»⁸³. Por tanto, a fin de entenderse el uno al otro es necesario que tengamos al menos un marco compartido de valores.

John Finnis⁸⁴ proporciona una teoría del bien humano que puede ser entendida como una búsqueda por identificar ese marco compartido de valores necesario para entenderse con los demás. Él define siete valores básicos característicos en la vida humana: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión. Estos valores pueden ser definidos, sostiene Finnis, a través del uso de la razón práctica: empleando la razón para «identificar lo deseable»⁸⁵. Ello supone analizar la acción humana y entender las pretensiones e intenciones generales, las cuales generalmente hacen a tal acción inteligible.

Sin embargo, a fin de entendernos los unos a los otros no necesitamos una teoría detallada o específica de lo bueno tal y como es pro-

⁸³ DAVIDSON, 1986: 205.

⁸⁴ FINNIS, 1980.

⁸⁵ FINNIS, 1983: 35.

puesta por Finnis. Pensemos en un dictador como Robert Mugabe. Busquemos explicar por qué llegó hasta el extremo de amañar las elecciones de marzo de 2002 en Zimbawe. Digamos que nuestra explicación es: «Mugabe quería retener el poder político». Esta es una forma familiar de motivar que a menudo atribuíamos a los líderes políticos y siervos para otorgar una aclaración plausible sobre su comportamiento. Por tanto, nuestra propia habilidad para entender a los otros depende, así parece, de la adecuación a ciertos patrones de presuposiciones conductuales y motivacionales que son reconocibles para nosotros.

Sin embargo, el ejemplo resalta dos problemas en la teoría de Finnis. Primero, el deseo por el poder no está incluido en su lista de siete valores básicos de la vida humana. A pesar de que él podría haber cometido un error en torno a esto, la omisión sugiere un serio problema para identificar una lista exhaustiva y específica de los bienes básicos en la vida humana debido a la diversidad existente entre los individuos. Segundo, y más grave, no está claro que al intentar explicar el comportamiento de Mugabe debamos compartir el valor *específico* que subyace a su accionar: el deseo de retener el poder político. De manera similar, tampoco es claro que debamos compartir el valor específico del conocimiento o de la experiencia estética para poder entender las acciones de aquellos que buscan estos valores. Lo que es necesario para explicar las acciones de los otros no parecen ser ciertos valores *específicos*.

Lo que nosotros en verdad necesitamos es una teoría mínima de ciertas fuentes generales de valor que compartimos con aquellos que tienen ciertas similitudes con nosotros. A mi modo de ver, la identificación de las experiencias y los propósitos como las fuentes generales de valor es suficiente para permitirnos entender las acciones de los demás. El accionar de Mugabe es inteligible para nosotros porque entendemos que él está intentando cumplir con sus propios propósitos, incluso a pesar de que nosotros consideremos sus propósitos o intenciones específicas como desviadas. Las acciones de un adicto a las drogas son inteligibles para nosotros dado que podemos entender el deseo de tener experiencias positivas, a pesar de que nosotros consideremos sus acciones como desfavorables. Por tanto, la teoría débil de lo bueno que he postulado identifica el marco de valores compartido necesario para hacer inteligibles las acciones de los demás. Esto no va más allá de aquello que es estrictamente necesario para este propósito y, por tanto, evita algunos terrenos controvertidos que teorías más específicas de lo bueno atraviesan —tales como las teorías de Finnis o de Nussbaum—.

6.1. Objeción 1: la máquina de experiencias de Nozick

Hasta este momento he presentado razones en favor de la teoría del valor que propuse. Una de las características que distingue mi teo-

ría del valor de la de Rawls es el hecho de que esta no considera que todo valor en la vida se derive del logro de metas o propósitos. También he intentado llamar la atención respecto a otra fuente de valor en nuestras vidas: la capacidad de tener experiencias que son de calidad particular ⁸⁶.

Finnis ⁸⁷, sin embargo, sostiene que es un error moderno pensar que la experiencia tiene un rol imprescindible a fin de teorizar respecto de aquello que es de valor en la vida humana. Él emplea el famoso experimento mental empleado por Nozick —la «máquina de la experiencia»— para justificar su caso ⁸⁸. Imagínense que se nos concede decidir si queremos conectarnos a una «máquina de la experiencia» la cual estimula nuestro cerebro mientras que estamos flotando en un tanque, transmitiéndonos de esta manera todas las experiencias positivas que uno podría desear tener. Sin embargo, la condición es que si nos conectamos a la máquina debemos hacerlo para toda nuestra vida, sino no es posible conectarse. Finnis afirma que nadie escogería conectarse con tal máquina dado que cada persona «quiere *hacer* ciertas cosas (no solo tener la experiencia de hacerlo), así como *ser* una cierta persona a través de su propia autenticidad, libre autodeterminación y autorrealización» ⁸⁹.

Es importante ser claro respecto a qué es lo que representa la «máquina de la experiencia». Este experimento mental se basa en nuestras intuiciones sobre la calidad de vida que está conectada con tal máquina. Incluso si algunas personas no desearan conectarse con la máquina de la experiencia ⁹⁰ no significa que no habrá valor alguno en la vida de aquellos que decidan conectarse con ella. Es precisamente debido a la posibilidad de acceder a una existencia de placer puro que dicho experimento mental es tan poderoso. Aquellos que se conecten con la máquina de la experiencia tendrán experiencias positivas y así accederán a alguna forma de valor en sus vidas. Pero muchos piensan que otras características de dicha experiencia oscurecen el valor experimental que se deriva.

Al especificar en qué consisten esas características de la situación no nos vemos obligados a concluir que las experiencias carezcan de valor intrínseco para los seres vivos. Todo lo que tal experimento logra establecer es que nosotros consideramos que es importante que la calidad y el contenido de nuestras experiencias estén conectados con la forma en que las cosas se dan en el mundo. Pero no implica de ninguna manera que la experiencia sea de alguna manera irrelevante; por

⁸⁶ Sin embargo, no es que ambas características deban estar presentes a fin de que exista valor en nuestras vidas como seres. Una de las características es suficiente.

⁸⁷ FINNIS, 1980.

⁸⁸ NOZICK, 1974: 42.

⁸⁹ FINNIS, 1980: 85.

⁹⁰ El experimento mental se basa en personas que comparten esta intuición. En mi experiencia, la reacción de las personas a dicho experimento no es tan uniforme como FINNIS o NOZICK plantean.

el contrario, muestra que una vida buena es aquella en la cual se tienen experiencias positivas que se encuentran conectadas sólidamente con la forma en que las cosas se dan en el mundo. El hecho de que uno no desee vivir en un mundo de ensueño no significa que uno no encuentre valor en tener experiencias positivas en el mundo real ⁹¹.

Este punto dirige nuestra atención al hecho de que el valor en la vida de los seres que tienen conciencia subjetiva para vivir en un mundo externo implica considerar la interrelación entre los seres y el mundo. No podemos ignorar el componente que nosotros aportamos al mundo (nuestra experiencia), pero queremos experimentar cosas del mundo y hacer cosas en el mundo mismo. La teoría del valor que he desarrollado puede reconocer este punto, sostener que la experiencia debe conectarse sólidamente con el mundo.

El segundo componente de valor que he definido requiere implícitamente que no exista conexión entre agentes intencionales y el mundo. El hecho de que los seres tengan intenciones o propósitos y deseen que los mismos lleguen a ser cumplidos significa que no estarán satisfechos con la mera ilusión de tenerlos cumplidos. Solo una realización real de sus intenciones o propósitos puede ser una fuente de valor para ellos. Por tanto, el hecho de que en mi teoría el cumplimiento de propósitos es una de las fuentes de valor significa que los individuos no se encontrarán satisfechos con una vida vivida en el mundo ilusorio de la máquina de la experiencia.

6.2. Objeción 2: ¿el dolor siempre es malo?

Al definir una de las fuentes de valor como basada en la experiencia he sugerido que existen algunos tipos de experiencia que virtualmente siempre tienen un valor negativo en los individuos que los experimentan. Se puede objetar, sin embargo, que incluso en el caso de las experiencias dolorosas existen aquellos que las consideran como positivas. Por ejemplo, los sadomasoquistas consideran las experiencias dolorosas como «positivas»; los ascetas consideran la experiencia de pasar hambre como «buena». Por tanto, se puede afirmar que una experiencia solo es negativa si uno la considera como tal. El hecho de que consideremos alguna experiencia como negativa puede deberse a muchos tipos de factores, tales como las propias intenciones, así como al tipo de sociedad en la que vivimos. Como resultado, no existen estados de experiencia que puedan ser identificados incontrovertidamente como «negativos».

Contrario a este argumento, quiero defender la tesis consistente en que existen, en efecto, ciertas experiencias —tales como el dolor y el hambre— que son negativas para todos los seres que las experimen-

⁹¹ Es una cuestión interesante el por qué nosotros queremos que nuestras experiencias estén conectadas con el mundo. No puedo desarrollar esta cuestión en este lugar.

tan. Los críticos usualmente aceptarán que este puede ser el caso la mayoría de las veces, pero señalan casos excepcionales para desvirtuar la afirmación generalizadora. Intentaré ofrecer una explicación alternativa para dos casos excepcionales —el caso del asceta y el caso del sadomasoquista— que no requiere que creamos que el dolor es «bueno» en ciertos casos.

¿Cómo abordar el ejemplo del asceta? Para responder a este ejemplo debo incorporar un elemento de complejidad a mi teoría. Los seres tales como los seres humanos son capaces de tener experiencias y de elegir los propósitos que desean cumplir. Algunas veces existe un conflicto entre estas dos fuentes de valor. En ocasiones elegimos las experiencias de sufrimiento que son negativas a fin de satisfacer nuestras intenciones o propósitos. Posiblemente estemos dispuestos a sufrir el dolor momentáneo de la vacunación a fin de poder ir de vacaciones a una isla tropical. De igual manera, seguramente estemos preparados para sufrir el dolor y las heridas que comúnmente ocurren cuando estamos preparándonos para participar en una maratón a fin de obtener los beneficios para nuestra salud que ello implica o para cumplir una meta personal. Lo que es importante reconocer es que las experiencias negativas a las que nos sometemos nosotros mismos no devienen en «positivas» por el mero hecho de optar por ellas. Siguen siendo negativas, pero existe otro ámbito —en relación con el cumplimiento de nuestros propósitos— donde pueden ser conmisericordias como positivas. El caso del asceta se puede explicar de una mejor manera, desde mi punto de vista, afirmando que atraviesa por muchas experiencias negativas pero las considera como valiosas en tanto complementan el cumplimiento de ciertas intenciones o propósitos que él mismo ha elegido libremente. A su vez, la realización de los propósitos del asceta genera ciertas experiencias positivas (que generalmente acompañan el cumplimiento de sus propósitos) en él. En este caso, las dos dimensiones de valor que he identificado colisionan entre sí, teniendo como resultado que una reemplaza a la otra ⁹².

El caso de los sadomasoquistas puede, sin embargo, aparecer un tanto más dificultoso para mi teoría. Aquí una experiencia que en circunstancias normales es considerada como negativa es valorada como positiva por los sadomasoquistas. Existen tres posibilidades que con mi teoría se pueden explicar. Primero, puede ser que la experiencia usualmente dolorosa es, en efecto, placentera para los sadomasoquistas. En este ejemplo no se produce colisión alguna con mi teoría, dado que solo existirían «experiencias positivas». Parece poco probable,

⁹² El valor que representa para la criatura el cumplimiento de sus diversos propósitos habrá de ser juzgado en contraste con el desvalor de sus experiencias negativas. La importancia relativa del propósito o la experiencias determinan a menudo para el ser qué curso de acción ha de seguir el mismo. La actitud de uno hacia la commensurabilidad afectará si se cree que es posible realizar juicios exactos en todas las instancias en las cuales la fuente de valor tendrá prevalencia.

pero puede ser que los sadomasoquistas tengan un sistema nervioso distinto al resto de nosotros.

Alternativamente, puede ser que los sadomasoquistas experimenten dolor tal y como nosotros lo experimentamos. Sin embargo, tal experiencia dispara en ellos una experiencia placentera también. El fenómeno es genuinamente combinado: placer y dolor combinado en una experiencia. Dado que el placer excede al dolor, los sadomasoquistas se someten a sí mismos a tales experiencias⁹³.

La otra posibilidad sería que tenemos ante nosotros un caso comparable con el de la estética: los sadomasoquistas tienen ciertos propósitos —sometiéndose a sí mismos o a otros al dolor, el cual consideran como bueno— y esta dimensión de valor entra en conflicto con la dimensión experiencial del valor. Independientemente de cuál de estas interpretaciones respecto de la conducta de los sadomasoquistas sea aceptada, sigue siendo posible identificar ciertas experiencias tales como el dolor que representa un desvalor para todo aquel que las experimenta. Esta es, a mi modo de ver, una característica básica de las criaturas que son conscientes.

Algunos objetan que el dolor sea en efecto «bueno» para un ser, ya que él mismo tiene un valor de supervivencia. Sin embargo, es precisamente la «negatividad» del dolor el que conduce a los seres a evitar fenómenos que sean perjudiciales. Los «beneficios» del dolor surgen precisamente de su «negatividad»: tener una experiencia dolorosa nos lleva, en general, a evitar otras experiencias dolorosas similares y, de esta manera, somos capaces de llevar vidas que están colmadas de valor experiencial positivo y el cumplimiento de nuestros propósitos. Para la mayoría de los individuos, vivir en un estado continuo de dolor sería una existencia miserable que contiene poco valor.

6.3. Objeción 3: intenciones equivocadas y preferencias adaptables

Así como en el caso del componente experiencial del valor, existen múltiples objeciones que pueden presentarse en contra de la intencionalidad como fuente de valor. Abordaré brevemente dos objeciones que requieren ser mencionadas, pero que no podrán ser desarrolladas completamente en este libro. Postularé respuestas solo en tanto y en cuanto sea necesario para desarrollar mi teoría de los derechos fundamentales.

El primer problema está relacionado con el hecho de que los propósitos individuales pueden variar de acuerdo con el grado de información que se tenga y con la racionalidad de los mismos. Un individuo

⁹³ Por tanto, al decidir qué hacer, un curso particular de acción puede llevar tanto hacia experiencias negativas como positivas. En tanto las experiencias sean conmensurables, los individuos preferirán el curso de acción que tienda ante todo a producir una experiencia positiva en la mayor medida posible.

puede querer fumar en un primer momento. Sin embargo, después de descubrir que fumar genera cáncer de pulmón, el individuo podría decidir que no desea fumar. Por tanto, cuando se decide qué es aquello que es de valor para los individuos, la pregunta deviene en si consideramos los propósitos actuales de los individuos como determinativos de aquello que dicho individuo valora. La alternativa es considerar qué es aquello que el individuo valoraría bajo ciertas condiciones favorables de evaluación como completamente informativo o racional⁹⁴. Tanto los postulados que se enfocan exclusivamente en los propósitos reales como aquellos que realizan juicios contrafácticos sobre los propósitos reales de los seres enfrentan dificultades que requieren ser resueltas aquí. Lo que he buscado establecer en este capítulo es que el cumplimiento de los propósitos es una fuente de valor en las vidas de los agentes intencionales: esta breve discusión ha sugerido que no necesitamos restringirnos a nuestros propósitos reales al evaluar este valor en la vida de los seres.

El segundo problema se refiere al hecho de que los seres a menudo adecuan sus propósitos subjetivos a sus condiciones particulares. Por tanto, un ser puede verse satisfecho en condiciones tremendamente miserables. Sin embargo, la mayoría de las personas juzgaría que los individuos en tales situaciones no viven bien. Consideremos un ejemplo mencionado por Nussbaum: mujeres viviendo en el área desértica en las afueras de Mahabubnagar que padecen desnutrición severa y viven en condiciones que transgreden las normas básicas de salud, salubridad y provisión de agua potable de las Naciones Unidas⁹⁵. A pesar de tales condiciones, estas mujeres no tienen deseo alguno de cambiar sus circunstancias de vida y se resignan a aceptar que, a pesar de todo, tienen mucho en la vida. Ellas adaptan sus intenciones o propósitos acondicionándolos a su posición en la sociedad.

Las teorías del valor que incluyen un componente subjetivo se ven forzadas a aceptar la idea propia de los individuos en función de la cual sus propósitos o deseos son valiosos para ellos. Precisamente esa determinación elevada por un individuo es factible de verse influenciada por las condiciones del entorno en el cual un individuo se encuentra a sí mismo. Por tanto, las teorías del valor con un componente subjetivo están obligadas a legitimar la tiranía, así como a validar juicios que reflejan meramente una adaptación de las expectativas humanas a las circunstancias. «Pensemos en una persona sujeta a duras privaciones, que es pobre, explotado, sobrecargado de trabajo y enfermo, pero que ha venido estando satisfecho mediante el condicionamiento

⁹⁴ Ciertas teorías del bienestar no enfocan los deseos reales, sino los deseos «verdaderos» de una persona, los cuales están definidos como aquellos que «dicha persona tendría si poseyera toda la información factual relevante, siempre razone con el mayor cuidado posible y donde tenga un estado mental que sea el más propicio para llegar a una decisión racional» (HARSANYI, 1982: 55). Cfr. también GRIFFIN, 1986: 11. Para una crítica a estas teorías *vid.* SCALON, 1993, y ROSATI, 1995.

⁹⁵ NUSSBAUM, 2000a: 113.

social (a través, digamos, de la religión, o propaganda política, o presión cultural). ¿Podríamos creer que le está yendo bien solo porque es feliz y se considera satisfecho? ¿Se puede considerar que el estándar de vida de una persona es elevado si la vida que lleva está llena de privaciones?»⁹⁶.

Este problema es llamado a menudo como el «problema de la preferencia adaptativa». Ha sido una de las primeras razones que motivaron desarrollar una teoría objetiva de lo bueno. Si los propósitos o intenciones subjetivas propias de una persona no pueden basarse en qué es bueno para ella, entonces es necesario ir más allá de esos propósitos. Sin embargo, si consideramos los componentes de valor en nuestras vidas es claro que el valor está, en efecto, conectado estrechamente con las experiencias subjetivas y propósitos de un ser. Al hacer un espacio para la subjetividad en una teoría del valor también se nos está permitiendo tomar consciencia de la naturaleza diversa de lo bueno en distintos individuos. Es por ello imposible remover el elemento de subjetividad completamente de este esquema. Sin embargo, toda teoría que haga espacio para la subjetividad enfrenta el problema de la preferencia adaptativa en una u otra forma.

No pretendo ofrecer una respuesta completa a este problema aquí, lo que busco es solamente indicar algunos recursos dentro de mi propia teoría que mitigan la fuerza del problema y podrían ofrecer una posibilidad de solución. Primero, muchos filósofos han buscado examinar las condiciones bajo las cuales nuestras preferencias, valoraciones o propósitos están constituidos. Se ha afirmado a menudo que necesitamos la habilidad para identificar condiciones bajo las cuales se puedan formar propósitos de manera autónoma tal y como ellos son considerados por las propias personas⁹⁷. La teoría que propuse sitúa la fuente de valor en el cumplimiento de los fines o propósitos propios de los seres. Un desarrollo plausible de la teoría podría con ello plantear que solo en circunstancias donde los intereses o propósitos han sido formados de manera autónoma, el cumplimiento de los mismos es valioso para los seres.

Segundo, la teoría que he propuesto no es una teoría puramente subjetivista; por el contrario, incluye postulados objetivos sobre las dos fuentes de valor en la vida individual. Sostendré brevemente que existe un elemento objetivo adicional en mi teoría del valor que nos permite identificar características del mundo que son de particular importancia para los seres. Estas características del mundo son ciertas condiciones objetivas necesarias que deben existir a fin de que los seres sean generalmente capaces de tener experiencias positivas y cumplir con sus propósitos. Estas condiciones surgen como un resultado de ciertos hechos respecto de la naturaleza física, psicológica y social

⁹⁶ SEN, 1987: 8.

⁹⁷ Al respecto, cfr. ARNESON, 1990; SUMNER, 1996, y CHRISTMAN, 1989. Esta estrategia dependerá de desarrollar una teoría adecuada de «autonomía».

de los seres que afectan su capacidad de llevar vidas valiosas. Como tales, dichas condiciones no son susceptibles de sufrir muchas variaciones entre los individuos, permitiendo de esta manera una base para juzgar que, en su ausencia, los individuos generalmente viven mal.

Esto permite una respuesta parcial al problema de la preferencia adaptativa. En la exposición del problema estaba claro que es más grave el hecho de que se nos permitiese juzgar con base en una teoría subjetiva de lo bueno si un individuo es adinerado a pesar de encontrarse severamente privado de bienestar. Si pudiésemos identificar las condiciones objetivas que son necesarias para facilitar el cumplimiento de los propósitos, entonces sería posible juzgar que los individuos viven mal ahí donde no existan estas condiciones, incluso si sus propósitos reales han sido adaptados a sus circunstancias. Sin embargo, estas condiciones objetivas cubren la mayor parte de las circunstancias de privación severa. Por tanto, una vez eliminemos la posibilidad de que los individuos puedan vivir bien incluso ahí donde estas condiciones objetivas no estén presentes, entonces habremos tenido éxito en reducir considerablemente la fuerza del problema de la preferencia adaptativa.

Es importante resaltar que estas condiciones objetivas se identifican al considerar qué es aquello que es generalmente necesario para una especie en particular (o un grupo de especies) para tener fuentes de valor en sus vidas. Son las similitudes físicas o psicológicas entre los seres lo que permite identificar dichas condiciones. La generalidad de tales condiciones proporciona una salvaguardia en contra de hacer que tales juicios estén solo en relación con las circunstancias particulares de un individuo. Ahí donde dichas condiciones no sean cumplidas, juzgaremos que los individuos viven mal. Ahí donde los individuos afirmen que les va bien a pesar de que estas condiciones objetivas están ausentes, necesitaremos analizar si este es un estilo de vida elegido libremente o es una adaptación de sus propósitos a una situación preexistente de privación. La similitud de las naturalezas físicas y psicológicas de los individuos nos llevará a ser escépticos, por ejemplo, respecto de aceptar las afirmaciones de los individuos cuando sostengan que les va bien incluso cuando estén desnutridos. Precisamente ahora me dedicaré a la tarea de identificar estas condiciones objetivas.

7. JUICIOS DE PRIORIDAD

Hasta este momento he sostenido que existen dos fuentes de valor en la vida de los individuos: la primera fuente de valor consiste en tener experiencias con un contenido fenomenológicamente positivo; la segunda fuente de valor consiste en el cumplimiento de los propósitos del ser.

Sin embargo, los individuos siempre hacen juicios sobre los diferentes niveles de importancia que diversos bienes tienen para ellos. Di-

chos juicios pueden tener un número de fuentes; pueden, por ejemplo, variar en función de propósitos individuales y experiencias, y de esta manera prevenimos de deducir cualquier tipo de conclusión sobre aquello que es de importancia particular para los seres en general. La pregunta en esta sección se refiere a si es posible identificar ciertas características generales del mundo que los seres deben considerar comúnmente como poseedoras de importancia particular para ellos. Si podemos responder a esta pregunta de forma afirmativa será posible juzgar que las vidas individuales son particularmente malas ahí donde tales características del mundo falten en sus vidas.

El argumento general en esta sección consiste en que es posible identificar ciertas precondiciones generales y esenciales en todos los seres físicos y conscientes que son necesarias para que tales seres descubran las fuentes de valor que he identificado. Si podemos identificar tales precondiciones, podemos descubrir aquello que debe ser necesariamente tomado en cuenta a fin de que los seres lleven vidas valiosas para ellos. Sostendré que podemos identificar ciertas precondiciones objetivas, las mismas que pueden ser divididas en dos umbrales. Ambos umbrales son importantes para la vida de los seres, pero el primer umbral presenta una mayor urgencia que el segundo para los individuos. La importancia de reconocer distintos umbrales dentro de la clase de las precondiciones objetivas de la mayor urgencia del primer umbral será justificada en el capítulo VI.

7.1. Las precondiciones necesarias para que un ser no vea amenazada su supervivencia

Una precondición clara para tener experiencias o propósitos es sobrevivir. Dado que es una condición necesaria para la realización de aquello que es valioso en nuestras vidas —experiencias y propósitos—, también tiene que tener una relevancia central en la vida de los seres. La capacidad de mantener la propia existencia puede ser, por tanto, identificada como un interés de importancia particular para los seres.

Existen muchos bienes y recursos que son necesarios para mantener la supervivencia de los seres. Alguno de ellos dependerá del tipo de seres al que nos refiramos. Ciertos seres requieren un cierto nivel de alimentación para su supervivencia. Para los seres humanos, cierto nivel de refugio o vivienda también es necesario para su supervivencia. Estos bienes y recursos pueden ser llamados, por tanto, como «necesidades de sobrevivencia» y tienen un claro valor particular para todo ser.

Es importante reconocer que las necesidades de sobrevivencia generalmente serán mínimas. Muy poca cantidad de comida puede mantener a un individuo vivo. Un individuo puede tener suficiente comida como para mantener su sobrevivencia, pero carecer de suficiente comida como para mantenerlo libre de padecer desnutri-

ción. De forma similar, las condiciones ambientales en las cuales se encuentra un individuo pueden ser adecuadas para mantenerle con vida, pero no adecuadas como para mantenerlo sano. Estos estados de desnutrición o de enfermedad tendrían en sí mismos un desvalor general para los seres, dado que dichos estados impedirían que los individuos tengan experiencias positivas, así como obstaculizarían la realización de sus propósitos. Como resultado, es claro que el interés en poseer recursos necesarios para sobrevivir no agota las precondiciones objetivas que pueden ser identificadas como necesarias para vivir vidas valiosas.

Sin embargo, es importante indicar que muchos de estos ejemplos —desnutrición severa o enfermedad— representan de hecho una severa amenaza para la sobrevivencia de los seres y, con ello, para su capacidad de reconocer algún tipo de valor en sus vidas. La malnutrición crónica quizá no mate de manera inmediata, pero lo hace progresivamente a lo largo de muchos años. Por tanto, el primer umbral que he identificado puede ser entendido como la exigencia de que los seres que se encuentran en tal posición se vean libres de las condiciones generales que amenazan su supervivencia⁹⁸. Esto implicaría tener acceso a un nivel de recursos más elevado que aquellos que son requeridos meramente para sobrevivir.

7.2. Las precondiciones generales necesarias para el cumplimiento de los propósitos

Sin embargo, estar libre de las condiciones generales que amenazan la sobrevivencia no agota las precondiciones objetivas que pueden ser identificadas como necesarias para realizar las fuentes de valor en la vida de los seres. Al tratar de definir una esfera de intereses objetivos que son de importancia primaria, la teoría de Rawls sobre los «bienes primarios» es a menudo considerada como un punto natural de inicio. Este autor sostiene que los bienes primarios son las «condiciones necesarias para realizar los poderes de la personalidad moral y son medios multipropósito que facilitan el alcance de un amplio rango de bienes finales»⁹⁹. Previamente ya he esgrimido una crítica contra la concepción de Rawls sobre los fines a que los bienes primarios están orientados a alcanzar; sin embargo, en este punto deseo analizar si un rango de intereses particularmente importantes puede ser identificado con base en la idea de individualizar las condiciones objetivas necesarias para la realización de los propósitos de los seres.

⁹⁸ Es necesario añadir la advertencia respecto a que estas condiciones deben ser capaces de ser eliminadas sin restringir la capacidad de las personas para alcanzar las fuentes de valor. Por tanto, las normas que prohíben a la gente conducir vehículos debido al peligro a que exponen su supervivencia no serían posibles debido al hecho de que tales vehículos también proveen la movilidad necesaria para cumplir los propósitos o intenciones personales.

⁹⁹ RAWLS, 1999b: 367.

7.2.1. *Definiendo el umbral*

Una famosa objeción ha venido siendo dirigida en contra de la teoría de Rawls sobre los bienes primarios. Ella afirma que si se quiere ser equitativo entre bienes contrapuestos, entonces los bienes primarios, entendidos como medios multipropósito, deben ayudar a promover cada uno de los fines en la misma medida. Sin embargo, se ha venido afirmando que los bienes primarios fallan en promover cada uno de los propósitos de las personas en la misma medida. Como tales, no son «medios multipropósito», sino más bien medios para realizar concepciones particulares de lo bueno. Los bienes primarios, se sostiene, serán diferenciadamente útiles para las personas dependiendo de sus aspiraciones finales y, particularmente, tenderán a ser bienes de tipo individualista ¹⁰⁰.

A fin de responder a esta objeción es importante indicar que al considerar estas precondiciones particulares no estamos buscando examinar el contenido de los propósitos que tienen los seres o cuán lejos puede llegar cada uno a fin de realizar sus propósitos particulares. Por el contrario, es importante entender si existen ciertas condiciones generales compartidas que deben ser realizadas a fin de que los seres sean capaces de concretizar sus propósitos. Si existen tales condiciones, entonces serán de importancia particular para cada ser, independientemente de sus propósitos particulares. En efecto, parece que tales condiciones generales existen. Estar sano, por ejemplo, será de importancia para todo aquel que desee cumplir con sus propósitos, así como tener una cantidad adecuada de comida será de gran importancia para todo ser intencional. Por tanto, es posible identificar ciertas condiciones generales necesarias para los seres que les permiten cumplir cualquier tipo de propósito.

Sin embargo, se podría objetar que satisfacer estas condiciones que son necesarias para el cumplimiento de cualquier tipo de propósito no nos lleva muy lejos del nivel requerido para sobrevivir. Basta con que un individuo esté vivo y pueda funcionar mínimamente para que él o ella sea capaz de realizar por lo menos algunos propósitos. También algunos individuos pueden, en efecto, decidir adoptar propósitos que son autodefinidos y, por ende, quizá solo necesitar aquello que es necesario para un nivel mínimo de sobrevivencia. Por tanto, no es claro si al identificar estas condiciones generales habremos tenido éxito en reformular el primer umbral —las condiciones necesarias para estar libres de las condiciones generales que amenazan la sobrevivencia— de una forma diferente, sin incrementar sustancialmente el nivel de recursos y bienes requeridos para adecuarse a este umbral.

¹⁰⁰ NAGEL, 1093; SCHWARTZ, 1973, y ARNESON, 1990b: 429. RAWLS ha respondido a esta objeción, así como también existen objeciones a sus respuestas. Cfr. ARNESON, 1990b.

Sin embargo, el hecho de plantear este estándar de manera tan baja es problemático. Dicho estándar solo identifica qué es aquello de particular importancia para aquellos seres con propósitos que requieren recursos mínimos para realizarlo. Por tanto, tal estándar falla en identificar las condiciones generales necesarias para la realización de una diversidad de propósitos. Pero aun así, debemos identificar un grupo de condiciones objetivas si queremos encontrar un interés común entre un grupo de seres diversos. La razón para ello es que los seres difieren entre sí y, como resultado de ello, sus propósitos o intenciones también difieren entre sí. Para identificar un interés compartido que sea de importancia particular para toda la gama de seres existentes debemos buscar un interés respecto a acceder a las condiciones generales que son necesarias para la realización de una diversidad de propósitos, antes que una mera gama de propósitos mínimos.

Los individuos posiblemente cambien también sus propósitos o intenciones a lo largo de sus vidas. Si esto es así, entonces es de importancia particular garantizar a los individuos las condiciones objetivas que no solamente impliquen el cumplimiento de sus propósitos o intenciones actuales, sino también los sitúen en una posición general que les permita cambiar sus propósitos¹⁰¹. Si este umbral es extremadamente mínimo, entonces es poco probable facultar a los individuos para que realicen diferentes propósitos en sus propias vidas de la manera en que ellos desean.

Sin embargo, es también plausible que se presente el problema inverso. Algunas personas tienen propósitos que requieren muchos bienes y otras requieren solo una mínima cantidad de bienes. Ciertamente, algunas personas considerarán que tener una televisión es una precondition necesaria para realizar sus propósitos, mientras que otros solo requerirán un poco de comida y un refugio. Para facultar a cada uno a realizar la mayor cantidad de propósitos es necesario proveer a todos ellos con todo aquello que ellos pudiesen querer. El umbral se resumiría en la afirmación de que cada persona debe tener todo lo que es necesario para cumplir con sus propósitos o intenciones. En este caso, no podrían ser identificables las condiciones generales objetivas compartidas que puedan ser de importancia particular a un amplio número de individuos.

Para responder a esto es necesario trazar una distinción importante. No hay duda de que cada criatura tiene un interés en el cumplimiento de sus propósitos particulares. Sin embargo, para poder hacerlo debemos establecer ciertas condiciones generales. Estas condiciones son tan prioritarias que, en su ausencia, la criatura buscará cumplir o realizar el propósito particular que tiene o adopta. Estas condiciones tienen tanta importancia particular que las mismas no solo son relevantes para el

¹⁰¹ BUCHANAN, 1975, ha propuesto un argumento en este sentido en su defensa de los bienes primarios de RAWLS.

cumplimiento de un propósito en particular, sino también son necesarias para ayudar a cumplir otros propósitos o intenciones¹⁰². Por tanto, existe una diferencia entre el cumplimiento de propósitos particulares y alcanzar ciertos estados del cuerpo y el control de los recursos que permitan a los seres realizar una diversidad de propósitos. Estas condiciones generales son las que proporcionan oportunidades para cumplir con una amplia diversidad de propósitos y son, por tanto, de importancia particular para todos los seres intencionales, incluso si ellos no comparten muchos propósitos particulares.

¿Existe algún grupo de condiciones necesarias que pueden ser identificadas? Hay dos puntos a tener en cuenta en esta cuestión. Primero, el hecho de que nuestra capacidad para identificar tales condiciones puede depender de restringir nuestra atención a seres de un determinado tipo. Si la naturaleza de los seres del tipo particular que consideramos diverge demasiado entre sí, entonces no será posible identificar condiciones generales compartidas para la realización de una amplia diversidad de propósitos. Por tanto, existe un importante trabajo empírico a ser realizado a fin de poder identificar las condiciones naturales y sociales comunes que deben ser alcanzadas a fin de que las criaturas de un determinado tipo puedan realizar sus propósitos o intenciones. Lo que necesitamos hacer es analizar las similitudes a nivel de estructura entre la naturaleza de ciertos seres y sus propósitos a fin de llegar a las condiciones generales necesarias para realizar diversos propósitos¹⁰³. Segundo, es importante reconocer que ningún ser se ve perjudicado al tener que cumplir ciertas condiciones que son superiores antes que necesarias para realizar sus propios propósitos particulares. Dado que uno no se ve obligado a usar estos recursos, no existen prejuicios a los que uno se vea enfrentado salvo las propias necesidades.

7.2.2. *¿Capacidades o recursos?*

Ahora es importante tomar en consideración un ejemplo en cuanto a si estas condiciones realmente permiten la identificación de un nivel de provisión que sea de prioridad y que se encuentre entre el primer umbral relativo a las necesidades de sobrevivencia y el cumplimiento completo de los fines particulares de los seres. Antes de proceder, sin embargo, es necesario considerar la forma en función de la cual este

¹⁰² GOODIN, 1988b: 39, explica de esta manera la prioridad de las necesidades por encima de los deseos.

¹⁰³ Así, RAWLS, 1993: 180, afirma que necesitamos identificar una «similaridad parcial en la estructura de las concepciones permisibles que tienen los ciudadanos sobre lo bueno». A fin de tener una idea compartida de ventaja racional es importante que la gente exija simplemente los mismos bienes primarios para favorecer sus fines. «Suponemos que todos los ciudadanos tienen un plan racional para la vida, la cual exige para su cumplimiento varios hechos de sentido común psicológico sobre los fines humanos, sus fases de desarrollo y así por el estilo» (p. 181).

nivel de provisión ha de ser especificado. La cuestión surge en el contexto de la objeción esgrimida por Sen respecto a que Rawls tiene un fetiche en relación con la idea de los bienes primarios. Rawls, sostiene, es culpable de considerar la obtención de niveles equitativos de bienes primarios como deseable en sí misma.

Sin embargo, Sen afirma que niveles iguales de bienes primarios tendrían un impacto diferente en diferentes personas. Una persona discapacitada, por ejemplo, necesitará más recursos a fin de ser capaz de moverse en comparación con una persona que no padezca tal discapacidad: «Mientras los bienes y servicios son factibles de ser valorados, no son valiosos en sí mismos. Su valor radica en qué es lo que puedan hacer por las personas o, mejor, qué es lo que las personas pueden hacer con estos bienes y servicios»¹⁰⁴. Como resultado de ello, no debemos interesarnos únicamente en el nivel de los bienes primarios que todo ser tiene, sino más bien, tal y como sugiere Sen, en si tales bienes posibilitan que las personas funcionen de una forma valiosa. Por tanto, el umbral que determina qué es de particular importancia para los seres no debe ser especificado en términos de acceso a ciertos bienes, sino en términos de funcionalidad y capacidad de los seres.

Es claro que el umbral que he identificado se ocupa de articular las condiciones generales necesarias para que los seres sean capaces de realizar diversos propósitos. Por tanto, en última instancia, lo que nos interesa son las habilidades y capacidades de los seres. Simplemente no estamos interesados en si un ser dispone de cierta cantidad de alimento para su propio bienestar, sino sobre si dicha comida permite que el ser tenga las capacidades necesarias para permitirse cumplir un amplio rango de propósitos. Por tanto, se podrá decir que mi teoría requiere ser especificada en términos de ciertas funcionalidades y capacidades objetivas.

Sin embargo, incluso si esto fuese cierto, la cuestión es un poco más compleja. Existen ciertos recursos que son generalmente necesarios para permitir que los seres adquieran estas capacidades. Mientras deseamos alcanzar las capacidades generales que nos permiten realizar nuestros propósitos, podemos también identificar bienes particulares que son condiciones necesarias para realizar estas capacidades. Las capacidades por sí mismas son un tanto abstractas y fallan en proporcionar detalles suficientes respecto a qué es aquello de importancia particular para los seres. Esto se debe a que, al especificar el umbral de prioridad en cuestión, es necesario hacer referencia tanto a ciertos bienes como a las capacidades a que están referidos. Procederé a continuación a examinar un ejemplo de una capacidad en la cual estamos interesados y luego individualizaré los bienes necesarios para realizar dicha capacidad.

¹⁰⁴ SEN, 1984: 510.

A fin de que un ser tenga propósitos o intenciones y que pueda realizarlos son necesarios dos tipos de condiciones. La primera consiste en que ciertas condiciones deben ser cumplidas en relación con el funcionamiento interno de un ser. A fin de que los seres sean capaces de realizar sus propósitos deben encontrarse en un estado saludable tanto física como psicológicamente. Para mantenerse sanos y corporalmente funcionales son necesarios ciertos bienes. Por ejemplo, es crucial para los seres humanos disponer de comida adecuada para satisfacer sus requerimientos nutricionales. Aquí es interesante notar que no basta con estar provistos de un nivel adecuado de alimentos para evitar posibles amenazas a la existencia. Como ya ha sido mencionado, tal nivel de provisión puede que nos mantenga con vida, pero sigue representando un nivel de desnutrición. Una persona que está desnutrida, sin embargo, se verá impedida de perseguir una amplia gama de propósitos. Como tal, si deseamos proteger las condiciones necesarias para perseguir diversos propósitos debemos asegurar que las personas no se encuentren desnutridas y padezcan constantemente de hambre. En tal caso, la comida debe ser suficiente como para que los seres humanos tengan la energía y la vitalidad necesaria para perseguir un amplio rango de propósitos. El nivel de alimento requerido no implica que los individuos compartan un interés prioritario respecto a lujos como los helados y el caviar. Sin embargo, esto significa que los individuos tienen un interés prioritario en mantener un nivel balanceado de comida que les permita mantenerse sanos y físicamente vigorosos, y, por ende, ser capaces de realizar un amplio rango de propósitos. A su vez, es importante darse cuenta que reconocer este umbral de prioridad no determina exactamente qué tipo de comida ha de ser la requerida. Disponer de comida nutritiva se corresponde con disponer de diferentes tipos de comida, siendo que la elección del tipo de comida no dependerá de ninguna manera del sabor o preferencias que interesen a los individuos.

Observaciones similares pueden ser formuladas en relación con los seres humanos y su acceso a vivienda, vestido y cuidados médicos. Tales bienes en su conjunto se refieren a un estado corporal y mental de los individuos que debe ser obtenido a condición de que ellos puedan realizar un amplio rango de propósitos o intenciones. Sin embargo, al describir estas condiciones necesarias no es suficiente concentrarse sólo en el estado corporal de los individuos, sino que también necesitamos considerar las condiciones sociales en las cuales ellos existen. Si uno se encuentra en un excelente estado físico, pero se encuentra limitado respecto de la realización de los objetivos propios, entonces uno se sentirá frustrado en la consecución de sus propósitos a pesar de estar en una condición corporal óptima.

Por tanto, parece que ciertas protecciones a la libertad individual son condiciones necesarias para realizar un amplio rango de propósitos. Los individuos se verán incapacitados de realizar un amplio rango

de propósitos si se les impide dicha acción mediante el miedo al daño de su sentido de seguridad corporal. Aún más, los seres humanos normalmente requieren de la libertad a fin de expresarse a sí mismos y para actuar de acuerdo con sus propósitos si pretenden tener una esperanza de cumplirlos. Por tanto, la protección de la libertad de expresión y acción es una preconditione necesaria para realizar una diversidad de propósitos. Ideas similares pueden ser postuladas respecto de la libertad de asociación y la libertad de credo. Adicionalmente, existe una necesidad general de los individuos respecto a tener control sobre los recursos en el mundo a fin de realizar un rango de propósitos. Seres con un alto interés en el cumplimiento de sus propósitos tendrán, por tanto, un interés en un sistema que les permita tener el control sobre algunos recursos.

Es posible, por tanto, alcanzar un grado equitativo de determinación en cuanto a las capacidades funcionales y los recursos que son preconditiones necesarias para ser capaz de realizar un amplio rango de propósitos. Incluso el antes mencionado análisis general indica que el nivel de provisión necesaria para satisfacer este umbral excederá aquel que es requerido para satisfacer el primer umbral de sobrevivencia. Para alcanzar determinaciones más específicas en cuanto al significado práctico de este umbral es necesario contar con hechos empíricos adicionales (respecto a qué constituye una nutrición suficiente, por ejemplo). Tales hechos significarán que, en algún sentido, las condiciones necesarias reales para realizar una variedad de propósitos variarán de acuerdo con las circunstancias particulares de los seres. En un pueblo rural donde las distancias son muy pequeñas, las personas estarán en capacidad de realizar un rango de propósitos sin tener acceso a un sistema de transporte. De otro lado, en ciudades grandes donde uno no puede hacer mucho si no es capaz de movilizarse en largas distancias, la existencia de un sistema de transporte constituirá una preconditione necesaria para la realización de un amplio rango de propósitos para las personas que se vean afectadas.

Es, por tanto, posible especificar un umbral de prioridad en un nivel mayor que el necesario para la sobrevivencia, pero que no implica el cumplimiento completo de cada propósito o intención de los particulares. La capacidad de especificar este umbral es de gran importancia para la tarea de especificar el nivel de provisión requerido en una sociedad que reconoce derechos socioeconómicos. Ello es también de gran importancia al momento de juzgar el grado de bienestar individual, pues sin el cumplimiento de estas condiciones se hace claro que los individuos se ven menoscabados en su capacidad de alcanzar una de las fuentes de valor en sus vidas.

Un umbral similar podría ser desarrollado en relación con la otra fuente de valor: el valor experiencial. Existen ciertas condiciones compartidas que generalmente dan lugar a experiencias negativas y que impedirían a un ser tener experiencias positivas. Hay un alto grado de

yuxtaposición entre las condiciones generales identificadas por un umbral enfocado en experiencias y uno enfocado en propósitos. Debido a su facilidad en uso y simplicidad, me concentraré en el umbral que he identificado como el que abarca las condiciones generales necesarias para realizar una variedad de propósitos.

7.3. Propósitos compartidos

He sostenido que la fuente de valor en las vidas de los seres no radica en el tipo de especie a la que pertenecemos, sino en ciertas características que poseemos. Estas características —ser capaces de tener experiencias o tener propósitos— son compartidas por muchas especies. Es de esperar, sin embargo, que al determinar el contenido de las experiencias y propósitos que son factibles de ser valoradas, tipos similares de criaturas encontrarán ciertas similitudes entre aquello que ellas consideran como valioso. Por tanto, la mayoría de seres humanos tienden a compartir ciertas características que les llevan a considerar ciertas actividades y prácticas como valiosas.

Es interesante notar que en la casi totalidad de sociedades humanas conocidas han sido desarrolladas algunas formas de música. Similarmente, notamos que a través de las diversas naciones existe un interés compartido por el deporte. El grado de coincidencia y amplitud de estos bienes sugiere que tienen algún tipo de importancia específica para los seres humanos en alguna o en ambas dimensiones experienciales o intencionales del valor. El mero hecho de que ellas sean compartidas, sin embargo, no puede determinar que tengan un valor positivo; por el contrario, la naturaleza compartida y universal de estos propósitos proporciona evidencia acerca de aquello que los seres humanos típicamente consideran como valioso para ellos. Tal evidencia debe ser de gran relevancia en el proceso de decidir qué tipo de propósitos debe adoptar uno o qué tipo de propósitos se deben de promover en una sociedad. Por tanto, más allá de los umbrales que he identificado, muy bien pueden existir otras características de nuestras vidas —tales como la música o el deporte— que son de particular importancia para los seres de determinado tipo. La identificación de estas cosas dependerá de factores empíricos y contextuales que no son factibles de ser teorizados en la forma en que ha venido siendo presentado en este capítulo.

8. CONCLUSIÓN

En este capítulo he intentado ofrecer soluciones a dos cuestiones importantes. El primer problema es el referido a cómo llegar a una teoría respecto a qué es lo valioso para los seres. He sugerido que esto puede ser hecho mediante la identificación de dos características ge-

nerales en los seres: la capacidad de tener experiencias con una cualidad particular y la capacidad de cumplir propósitos o intenciones. Dichas características tienen un elemento valorativo esencial. El segundo objetivo de este capítulo consistió en intentar entender si existen características en las vidas de los seres que puedan tener particular importancia para ellos: estas características pueden ser denominadas como los «intereses urgentes» de los seres. He intentado emplear la teoría del valor desarrollada en este capítulo para defender la existencia de dos umbrales referidos a los intereses compartidos que tienen una importancia particular para los seres. Estas conclusiones son útiles no solo para dotarnos de un profundo entendimiento de qué es lo que los seres valoran, sino también para guiar decisiones respecto de qué es lo que debemos hacer. El siguiente capítulo busca entender la relación entre la teoría débil de lo bueno, la misma que he desarrollado en este capítulo, y los derechos que una sociedad debe reconocer a los seres.

CAPÍTULO II

LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior intenté ofrecer una teoría del valor para seres capaces de tener experiencias subjetivas respecto del mundo, así como también desarrollé un postulado respecto a qué es lo que puede ser considerado como de «interés urgente» para tales seres. La cuestión que deseo abordar en este capítulo se refiere a la relación entre la afirmación de que «x es un interés urgente para un ser particular y» y la afirmación de que «y tiene un derecho fundamental que requiere ser satisfecho por X».

En este capítulo voy a tomar en consideración el intento de Gewirth por derivar los derechos fundamentales a partir de las presuposiciones básicas de la acción humana. Después de destacar un error fundamental en su argumento, abordaré la posibilidad de emplear un argumento utilizando por Nagel a fin de llenar ese vacío. A pesar de que el argumento de Nagel no es suficiente como para resolver las dificultades del enfoque propuesto por Gewirth, el mismo sugiere un aspecto muy importante: si deseamos evitar el solipsismo es necesario contar con una perspectiva impersonal a partir de la cual podamos entender y realizar afirmaciones respecto de las vidas de los otros seres poseedores de conciencia subjetiva.

La segunda parte de este capítulo busca proveer un argumento más adecuado en favor de los derechos fundamentales. El mismo se refiere a que, a partir de la perspectiva impersonal que identifica Nagel, el valor presente en la vida de cada uno de los seres sensibles debe ser considerado como igual al valor presente en la vida de cualquier otro ser sensible. Precisamente esa perspectiva impersonal es la que debe ser adoptada por una sociedad a fin de decidir sobre el marco básico de reglas de gobierno. Por tanto, una sociedad está obligada a reconocer el igual valor en cada una de las vidas de los seres sensibles. Si se combina esta idea con una teoría de los intereses ur-

gentes, se puede afirmar que es posible generar un argumento poderoso en favor de los derechos fundamentales. La última sección de este capítulo responderá a las objeciones que pueden ser elevadas en contra de esta teoría.

2. LAS PRESUPOSICIONES DE ACCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. El argumento de Gewirth

Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos por las Constituciones e instituciones de una amplia gama de sociedades en la actualidad: la Constitución sudafricana, por ejemplo, reconoce, entre otros, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la vida, el derecho a la libre asociación, el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada y el derecho a tener acceso a alimentación y agua suficiente. La mayoría de estos derechos también se encuentran consagrados en numerosas convenciones internacionales. ¿Por qué se afirma que los individuos son titulares de estos derechos? Una respuesta común sería la que afirma que los individuos tienen ciertos intereses apremiantes en ser capaces de hablar libremente, de vivir sin amenazas violentas para su sobrevivencia, de tener satisfechas sus necesidades básicas. Estos intereses son de tal importancia que justifican ser protegidos por derechos, los cuales aseguren que las libertades individuales son respetadas y que las necesidades básicas están satisfechas. Nussbaum, por ejemplo, afirma que «la intuición básica a partir de la cual parte el enfoque de la capacidad, en el ámbito político, consiste en que ciertas habilidades humanas exigen una reclamación moral que debe ser desarrollada»¹.

Sin embargo, es necesario decir algo más respecto a cómo pasar desde la mera afirmación de que los seres tienen ciertos intereses fundamentales hacia la afirmación de que dichos seres tienen un derecho a ver satisfechos tales intereses. Parece existir una clara diferencia entre reconocer que alguna habilidad o interés es bueno para un ser y que el ser tiene la facultad de exigir que otros seres actúen a fin de desarrollarlo o realizarlo. A nivel de la teoría del valor que presenté en el primer capítulo, está claro que las experiencias mentales placenteras son buenas para los seres, aunque es una cuestión completamente diferente si uno está facultado para exigir que los demás deban proveernos con experiencias mentales placenteras. Es, por tanto, poco claro cómo es que los intereses y habilidades en ellos y por ellos mismos pueden justificar facultades fuertes sin recurrir a premisas adicionales.

¹ NUSSBAUM, 2000: 83. De manera similar, RAZ afirma que «el rol específico de los derechos en el pensamiento práctico es [...] fundar los deberes en los intereses de los otros seres» (RAZ, 1986: 180).

Alan Gewirth ha presentado un argumento que busca superar el vacío existente entre intereses y facultades. En el primer capítulo tomé en consideración los aspectos iniciales del argumento de Gewirth en favor de los derechos humanos. La crítica no penetró en el núcleo de su teoría y se limitó meramente a tratar de poner en evidencia ciertas complejidades respecto de la noción de intencionalidad que se podría incorporar en la teoría de Gewirth sin que esta pierda su sentido. Ahora quiero tomar en consideración el resto del argumento que Gewirth plantea en favor de los derechos fundamentales y buscaré someterlo a una crítica más estricta.

Los dos primeros pasos en torno a este argumento han venido siendo discutidos desde el capítulo I. Primero, Gewirth sostiene que todo agente realiza un juicio implícito respecto a que los propósitos o intenciones que le incitan a actuar son buenos². Segundo, todo agente debe valorar la «libertad» y el «bienestar», los cuales son considerados colectivamente como las condiciones necesarias más generales e inmediatas para la acción intencional de un agente³.

El siguiente paso, en el argumento de Gewirth, consiste en afirmar que un agente que considera la libertad y el bienestar como bienes necesarios se ve lógicamente obligado a sostener que los demás deben respetar y proveerle de estos bienes. El argumento en función del cual basa esta afirmación es el siguiente: un agente está obligado a considerar sus propósitos o intenciones como buenos. Avalar la bondad de sus propósitos implica respaldar el hecho de tener libertad y bienestar, los bienes necesarios para la acción intencional. Todo agente que considere que una persona deba hacer X se ve también obligado a juzgar si dicha persona posee las condiciones necesarias que le hacen capaz de realizar X. Todo agente se ve, por tanto, obligado a concluir que los demás no deben interferir con su libertad y su bienestar y, si es necesario, proporcionar a esta persona dichos bienes. Se puede afirmar, por tanto, que dicha persona, con base en la teoría de Gewirth, posee un derecho prudencial a la libertad y al bienestar⁴. En este punto del argumento, el juicio respecto a que dicha persona posee estos derechos prudenciales depende de qué es lo que cada agente deba creer necesariamente respecto a aquello que ella requiera a fin de realizar sus propósitos o intenciones.

A fin de generar un principio moral supremo que sea vinculante a todos los agentes, Gewirth invoca el principio lógico de universalidad: «Si alguien afirma que P pertenece a determinado sujeto S debido a que S tiene la cualidad Q (en donde "debido a que" significa el cumplimiento de una razón o condición suficiente), entonces P debe pertenecer también a todos los otros sujetos S1, S2... Sn, que posean la cua-

² GEWIRTH, 1978: 52.

³ *Ibid.*: 63.

⁴ *Ibid.*: 79-80.

lidad Q»⁵. Por tanto, si una persona tiene un derecho porque tiene cierta cualidad Q, y Q es la razón suficiente para tener el derecho, entonces todos los demás con tal cualidad Q deben también tener el derecho (de otra manera Q no sería razón suficiente para tener el derecho). En la teoría de Gewirth, la propiedad Q, que justifica a cualquier persona particular a exigir derechos para sí, es precisamente que dicha persona sea un agente con propósitos o intenciones a ser realizados (y que, por tanto, requiere libertad y bienestar como condiciones necesarias para su acción intencional)⁶. Pero, si esto es así, podemos invocar el principio de universalidad para inferir que cada persona está obligada a sostener que todos los otros agentes intencionales con propósitos a cumplir también tienen derecho a la libertad y al bienestar. Por tanto, llegamos a la conclusión de que todos los agentes intencionales con propósitos a cumplir tienen derecho a la libertad y al bienestar.

Gewirth denomina «receptores» a aquellos sujetos que se vean afectados por las acciones de uno. En circunstancias en las que estos receptores sean agentes intencionales deben, de acuerdo con el argumento indicado líneas arriba, ser reconocidos como poseedores de derechos a la libertad y al bienestar, y esta atribución de derechos a los receptores requiere que el agente acate los mismos⁷. Tales derechos implican un elemento negativo, en el sentido de no ejercer coerción o daño a los receptores, y un elemento positivo, en el sentido de ayudar a que los receptores obtengan libertad y bienestar cuando no pudiesen obtenerlos de otro modo. Gewirth denomina como el principio moral supremo al principio que expresa estas exigencias: «El principio de consistencia genérica: actúa de acuerdo con los derechos genéricos de tus receptores, así como contigo mismo»⁸.

El argumento de Gewirth en favor de los derechos fundamentales puede, por tanto, ser resumido en el siguiente argumento esquemático:

1. La acción intencional tiene dos características centrales: voluntariedad e intencionalidad
2. Un agente que actúa voluntaria e intencionalmente realiza implícitamente un juicio en el sentido de que los propósitos en función de los cuales actúa son buenos.
3. Dado que un agente valora sus propósitos, debe también comprometerse en lograr aquel propósito que sea el que le permita realizar sus demás propósitos. Libertad y bienestar son bienes necesarios para la consecución de los propósitos de un agente; por tanto, cada agente debe verse comprometido en tener libertad y bienestar como bienes necesarios para alcanzar sus propósitos.
4. Un agente que considera la libertad y el bienestar como bienes necesarios está lógicamente comprometido a sostener que todas las de-

⁵ *Ibid.*: 105.

⁶ *Ibid.*: 109.

⁷ *Ibid.*: 146.

⁸ *Ibid.*: 135.

más personas deben renunciar a interferir en su (y deben proveerlo con) libertad y bienestar. Esto equivale a afirmar que él tiene un «derecho» a la libertad y al bienestar.

5. El principio lógico de universalidad sostiene que «si algún predicado P pertenece a algún sujeto S debido a que S tiene la cualidad Q (donde el "debido a que" equivale a decir que es una razón o condición suficiente), entonces P debe también pertenecer a todos los demás sujetos S1, S2... Sn, que posean la cualidad Q».

6. Dado que la razón suficiente para un agente, partiendo de que el mismo tiene derecho a libertad y bienestar, consiste en que él es un agente intencional con propósitos que cumplir, debe reconocer que todos los demás agentes intencionales con propósitos que cumplir también tienen derecho a libertad y a bienestar.

7. Por tanto, cada agente intencional con propósitos que cumplir está obligado a actuar de tal manera que respete y cumpla los derechos a libertad y bienestar de los otros agentes.

2.2. El vacío en Gewirth

Ahora tomaré en consideración si es válido el argumento que Gewirth proporciona para el reconocimiento de los derechos fundamentales. En particular, debo centrar mi atención en la etapa en la cual pasa desde la afirmación de que cada agente debe juzgar, en función de su punto de vista, que los demás no deben interferir con su libertad y su bienestar; hacia la afirmación de que cada agente debe respetar la libertad y bienestar de cada uno de los otros agentes.

Un aspecto crucial de la teoría de Gewirth consiste en el hecho de que su método es dialéctico y no asertórico; para decirlo de otro modo, busca obtener conclusiones a partir de enunciados que surgen en dependencia de cierto punto de vista particular, específicamente el punto de vista del agente. La razón que subyace a su tesis se relaciona con dos problemas que él imputa a las teorías naturalistas de los derechos. Las teorías naturalistas, sostiene, buscan obtener afirmaciones respecto del valor de ciertos propósitos o intenciones a partir de ciertos hechos naturales concernientes a los deseos, intereses o aspiraciones de las personas. Esto lleva hacia la intención ilícita de pasar directamente desde los hechos hacia los valores y, por tanto, hacia la denominada «falacia naturalista». El segundo problema es el del relativismo. Ahí donde los agentes demuestran tener propósitos o intenciones contrapuestas, no todas ellas pueden ser consideradas como buenas. El problema consiste en que las personas discrepan en función de lo que ellas consideran como bueno y, por tanto, no es claro qué es aquello que las teorías naturalistas consideran como verdaderamente bueno⁹.

⁹ GEWIRTH, 1978: 159-160.

El método dialéctico de Gewirth, por otro lado, busca retratar la acción y sus propósitos tal y como son vistos por el agente intencional desde un punto de vista volitivo. Por tanto, la diferencia se da entre las afirmaciones naturalistas de la forma «A realiza X para lograr el propósito E; por tanto, E es bueno» y las afirmaciones dialécticas de la forma «A realiza X para lograr el propósito E; por tanto, A piensa (o sostiene) que E es bueno»¹⁰.

Esta última afirmación es menos controvertida que la afirmación precedente, y con ello Gewirth propone erigir una teoría ética sobre la fundamentación de tales afirmaciones dialécticas.

Sin embargo, partir del punto de vista del agente¹¹ genera por sí mismo muchos problemas. La dificultad radica en pasar desde un enunciado respecto de qué es lo que un agente juzga como interesante para él —un enunciado prudencial— hacia un enunciado moral donde un agente se vea vinculado por una obligación moral independientemente de que sea de su interés realizarla o no. Muchos filósofos han sostenido que Gewirth falla en demostrar cómo moverse desde lo prudencial hacia lo moral, y que esto representa un vacío grave en su teoría¹². Abordaré este problema tal y como es expuesto en su más reciente formulación por Kramer¹³.

El problema surge a nivel del cuarto paso del argumento esquemático que presenté algunas líneas más arriba. En este punto de su argumentación, Gewirth desea establecer que un agente debe exigir derechos relativos a la libertad y al bienestar como resultado de reconocer que dichos derechos son bienes necesarios para alcanzar sus propósitos. Sin embargo, es importante reconocer que en este punto la exigencia de derechos refleja meramente lo que el agente debe juzgar, desde su punto de vista, como requerido de los otros a fin de que dicho agente logre obtener sus propósitos: «Al formular su exigencia de derechos, el agente no está afirmando que otras personas tienen sus razones prudenciales o de otro tipo en favor de los derechos en cuestión; está afirmando únicamente que él tiene sus propias razones prudenciales para sostener que tiene esos derechos y que los puede oponer a otras personas»¹⁴.

Claramente, el agente particular se ve obligado a juzgar que debería tener libertad y bienestar a fin de poder actuar. Pero si un principio moral ha de ser creado, tenemos que entender por qué cada agente debe aceptar que tiene que respetar los derechos de los otros a la libertad y el bienestar. ¿Por qué entonces en la teoría de Gewirth cada

¹⁰ *Ibid.*: 160.

¹¹ Estos problemas también conllevan la posibilidad de reformular el argumento de Gewirth como basado en la idea de que aquello que inicie un proceso de experiencia es necesariamente valioso.

¹² Cfr., por ejemplo, LOMASKY, 1981, y HARE, 1984.

¹³ KRAMER, 1999a: 174-199.

¹⁴ GEWIRTH, 1980: 65-66.

agente debe reconocer los derechos de los demás a la libertad y el bienestar? Kramer sostiene que un análisis sobre las condiciones necesarias para el actuar en cada agente no puede generar en sí mismo un principio moral para respetar aquellas condiciones en el caso de los demás. El hecho de que yo, en calidad de agente, deba desear tener libertad y bienestar no le concede a otro razón alguna para cumplir con aquello que yo deseo. El problema consiste en que los juicios que los agentes intencionales están obligados a realizar no proporcionan razones para la acción de otros agentes cuando dichos juicios están dirigidos hacia esos agentes. No existe razón de autointerés que sea suficiente como para reconocer los derechos genéricos de los demás, así como tampoco que se genere un principio moral. Esto lleva a Kramer a rechazar el uso que Gewirth hace de la noción de un derecho prudencial¹⁵: «Un agente no puede sostener correctamente que otras personas deben abstenerse de interferir, mientras que al mismo tiempo admite que los demás carecen de razones para abstenerse»¹⁶.

Kramer, desde mi punto de vista, exagera su argumento cuando sostiene que el actuar requiere que un agente no proporcione razón alguna para que otros agentes respeten tales necesidades, a no ser que sus intereses converjan. Él tiende a dividir el hecho de tener razones en dos categorías: la prudencial y la moral. Si una persona carece de razones prudenciales y morales, él tiende a afirmar que dicha persona carece de razón alguna¹⁷. Kramer matiza su afirmación en una nota al pie y es importante resaltar que los seres humanos pueden estar motivados por razones altruistas: el hecho de que una acción particular sea de interés para los demás puede ser razón suficiente para que las personas actúen al respecto. John podría decidir comprar un dulce al niño parado detrás de él en la fila del supermercado simplemente porque ello causará alegría al niño. El interés de los demás puede motivarnos incluso si no estamos obligados por una obligación moral o actuamos en nuestro propio interés.

Sin embargo, el reconocimiento de este punto no es suficiente para salvar la teoría de Gewirth. Gewirth busca generar un juicio moral sobre qué derechos deben respetar todos los agentes a partir del hecho de que cada uno de ellos está obligado a formular una exigencia respecto a que debe respetársele su libertad y su bienestar. Si bien es cierto, el hecho de que X reconozca que la exigencia de Y a ver satisfechas sus necesidades para actuar puede proveer alguna razón (altruista) para actuar de acuerdo con dichas necesidades no implica que X esté obligado a satisfacer las necesidades para actuar de Y. Mientras que Gewirth quiere generar una exigencia de derechos, la motivación altruista solamente otorga a X alguna razón para realizar las nece-

¹⁵ Cfr. SCHEUERMANN, 1987, en la discusión en torno al concepto de «derecho prudencial».

¹⁶ KRAMER, 1999b: 177.

¹⁷ *Ibid.*: 189.

sidades de Y, sin darle una razón conclusiva y vinculante para hacerlo. El argumento de Gewirth se vuelve también mucho más débil si se le hace depender de motivaciones altruistas para generar derechos. Las personas no tienen razón alguna que les comine a reconocer tales derechos, pero Gewirth desea afirmar que todos los agentes están lógicamente obligados a respetar los derechos genéricos de los demás meramente en virtud al hecho de ser agentes intencionales.

Kramer continúa en esa línea argumentando que, cuando se relativiza el argumento de Gewirth sobre la exigencia de derechos hasta la perspectiva de cada agente, el proceso de universalización no puede generar el principio supremo moral. La razón para ello es la siguiente: la universalización nos mueve simplemente desde el juicio consistente en que cada agente debe desear que otros no interfieran con su libertad y su bienestar, hacia la afirmación universal de que todo agente debe desear que los demás interfieran con su libertad y su bienestar. Sin embargo, esto no dice nada respecto de si cada agente debe cumplir con aquello que sus compañeros agentes desean. Consecuentemente, el juicio universalizado no es una prescripción vinculante dirigida hacia los otros, sino meramente un enunciado respecto de las condiciones necesarias de acción¹⁸. Kramer admite que cuando el interés de un número de agentes converge, entonces cada uno de ellos tendrá razones para respetar los derechos de los otros; pero, equitativamente, en caso de que entren en conflicto, ellos carecerán de razones vinculantes para hacerlo. Por tanto, el intento de Gewirth por derivar un principio moral supremo y universal colapsa. Este problema es resultado directo de interpretar el juicio inicial de que uno tiene un «derecho» partiendo del punto de vista de cada agente. El problema radica en identificar por qué los otros que no ocupan el mismo punto de vista que tiene el agente deben aceptar su juicio teniendo en cuenta los derechos que le asisten.

Parece que una respuesta sería rechazar la afirmación respecto a que los agentes no tienen el mismo punto de vista. El problema consiste en que el método dialécticamente necesario no opera a nivel de un punto de vista compartido. Los juicios que nosotros hacemos no son juicios universales para todos los agentes, sino que son juicios que parten desde nuestras propias perspectivas y desde nuestros propios intereses. ¿Existe alguna forma de superar este vacío? Thomas Nagel ha planteado una teoría en ese sentido. Él sostiene que las razones tienen tanto un aspecto personal como uno impersonal, y que las razones que cada uno acepta desde su punto de vista pueden ser aplicables también más allá de esta perspectiva. La teoría de Nagel tendrá como resultado el hecho que si yo, como un agente, tengo una razón para afirmar que los demás están obligados a respetar mis derechos a la libertad y al bienestar, entonces existe una razón en todos los agentes

¹⁸ *Ibid.*: 184.

para justificar por qué ellos deben respetar mi libertad y mi bienestar. Es claro que Gewirth requiere una posición como esta a fin de generar su principio moral¹⁹. Es, por tanto, importante analizar en mayor detalle la posición de Nagel.

3. LA ESTRATEGIA DE NAGEL: RAZONES IMPERSONALES Y PERSONALES

3.1. El argumento de Nagel

Gewirth sostiene que cada agente individual debe desear que otros no interfieran (o le provean) con las condiciones necesarias para su acción, específicamente con su libertad y con su bienestar. Esta es una razón a la cual Nagel denominará como una razón de tipo personal o subjetiva: se encuentra relacionada con el mundo a través de una perspectiva particular, haciendo un juicio desde un cierto punto de vista. Nagel sostiene, sin embargo, que «nosotros también somos capaces de pensar acerca del mundo abstrayéndonos de nuestra posición particular en él»²⁰. Él denomina a esta posición como la perspectiva impersonal respecto del mundo. Las razones que podemos generar a partir de la perspectiva impersonal respecto del mundo pueden ser relativas al agente, así como naturales al agente. Una razón neutral al agente es una razón que puede tener una forma general, pero que no implica una interferencia esencial con la persona que la tiene. Si la forma general de una razón no incluye una referencia esencial de la persona que la tiene, se trata de una razón relativa al agente. Por tanto, si decimos que cualquiera tiene una razón para hacer algo porque tiene interés en ello, entonces este es un juicio hecho a partir de la perspectiva impersonal, pero es relativa al agente²¹.

Nagel toma en consideración los ejemplos particulares del placer y del dolor, y acepta que casi todos tendrán como razones para su acción la búsqueda del placer y la supresión del dolor. Luego cuestiona aquello que nosotros podamos decir respecto del valor del placer y del dolor cuando son vistos en abstracción desde nuestras perspectivas personales²².

Primero, Nagel sostiene que, desde un punto de vista objetivo, debemos reconocer que el placer y el dolor son buenos o malos para nosotros. Esto se debe a que no podemos «negar desde una perspectiva objetiva cierto grado de favorecimiento a los juicios de valor subjetivos más directos e inmediatos que hacemos respecto de los contenidos de nuestra propia conciencia»²³. Lo contrario implicaría, por ejemplo,

¹⁹ LOMASKY, 1981: 252, por ejemplo, sugiere que GEWIRTH sigue la estrategia de NAGEL.

²⁰ NAGEL, 1991: 10.

²¹ NAGEL, 1986: 153.

²² *Ibid.*: 157.

²³ NAGEL, 1986: 158.

que uno se ve obligado desde un punto de vista objetivo a reconocer que no tiene razón para aliviar un dolor de cabeza, incluso cuando se encuentre subjetivamente motivado para hacerlo. Dado que esto parece absurdo, Nagel sostiene que existen por lo menos razones relativas al agente que giran en torno a «la búsqueda del placer y la supresión del dolor».

En este punto surge la pregunta de si la promoción del placer y la supresión del dolor pueden proporcionar razones neutrales al agente a partir de un punto de vista objetivo. Nagel plantea los siguientes argumentos a fin de establecer que el placer es bueno y el dolor es malo independientemente de a quién pertenezcan. Primero, como espectador objetivo tenemos que reconocer que X tiene una razón para desear detener el dolor, pero si la única razón para ello solo es una razón relativa al agente, no se puede observar razón alguna desde el punto de vista de cualquier otro agente para desear que el dolor se detenga. Sin embargo, el dolor «puede ser separado a nivel del pensamiento del hecho de que es mío sin perder nada de su atrocidad»²⁴. Esto favorece la tesis de que la maldad del dolor puede proveer una razón neutral al agente para evitarlo.

Segundo, Nagel sostiene que si asignamos un valor impersonal al placer y al dolor, entonces la gente se vería obligada a juzgar que el dolor es malo y debería ser evitado, y no solo que cada persona desde su propia perspectiva tiene una razón para desear que se vaya. De otro lado, «si nos limitamos a nosotros mismos a razones relativas, el agente tendrá que decir que, a pesar de que él posee una razón para desear un analgésico (por ejemplo), no existe razón alguna para que él tenga uno o para obligar a cualquiera en su entorno a dárselo»²⁵. Nagel sostiene que existe una disociación fundamental que le ocurre a un individuo en circunstancias como las que se presentan cuando se aceptan dos afirmaciones: la actitud de que X tiene una razón para desear que el dolor se detenga, pero no existe razón aceptable por otros por la cual deba ser detenido. Esta disociación que ocurre como resultado de una falla en aceptar la neutralidad del agente respecto al dolor es, de acuerdo con Nagel, semejante al hecho de que nos comprometamos a un tipo de solipsismo respecto del mundo. A continuación me concentraré en los argumentos empleados por Nagel en favor de esta afirmación.

El hecho de reconocer a los demás completamente como personas requiere una concepción de uno mismo como idéntico a otro habitante particular en el mundo entre varios de naturaleza similar. Desde una visión solipsista, todas las descripciones de situaciones son personales y esencialmente relacionadas con el punto de vista de la propia persona. No hay forma de trasladar afirmaciones hechas desde nuestro

²⁴ *Ibid.*: 160-161.

²⁵ *Ibid.*: 160.

propio punto de vista hacia afirmaciones respecto de las otras personas que tienen puntos de vista diferentes respecto del mundo. Una asunción central de nuestras vidas consiste en que no somos solipsistas. Un rechazo al solipsismo implica un compromiso con un mundo en el cual existen otros como nosotros y con conceptos que son aplicados más allá del ámbito de nuestras propias experiencias y circunstancias.

En el ámbito de lo práctico, dicho rechazo implica que estamos comprometidos con principios que pueden ser entendidos en una forma que no se encuentra fundamentalmente vinculada con una perspectiva en particular. Por tanto, requerimos principios prácticos motivacionales que puedan ser formulados de manera impersonal²⁶. Las razones relativas al agente solo justifican un deseo por cosas que tienen cierta relación con uno mismo. Y a pesar de que las razones relativas al agente proporcionan una justificación desde un punto de vista impersonal, solo pueden proveer la motivación necesaria para actuar desde una perspectiva personal. «El contenido motivacional, el cual forma parte esencial de un juicio práctico en primera persona, está ausente en un juicio impersonal respecto del mismo individuo si tal juicio se deriva de un principio subjetivo»²⁷.

Por tanto, las razones relativas al agente no proveen de razones que nos motivan únicamente desde el punto de vista personal. Desde un punto de vista impersonal, no podemos explicar por qué los agentes estarían motivados por tales razones personales. Si esto es así, sin embargo, uno estaría forzado a reconocer que estas razones motivacionales están vinculadas fundamentalmente a una perspectiva particular. Esto a su vez implicaría algo parecido a un solipsismo en el ámbito de lo práctico: dado que solo se pueden explicar las propias motivaciones desde un punto de vista personal, uno no puede verse obligado a considerar al ámbito personal como fundamentalmente inaccesible para los demás y disociado de ellos. Sin embargo, hemos de considerarnos a nosotros mismos desde la perspectiva de ser un individuo entre otros, entonces es necesario que nosotros no veamos nuestras razones motivacionales como vinculadas únicamente con el ámbito de lo personal. A fin de que esto sea cierto, sin embargo, debe darse el caso de que para cada razón relativa al agente exista, en efecto, una razón neutral al agente que le corresponda.

Intentaré resumir ahora esquemáticamente el argumento de Nagel:

1. El solipsismo es la visión consistente en que no hay otros a parte de uno. Dicha visión implica a menudo la suposición de que los conceptos que uno aplica a las experiencias propias no incluyen la posibilidad de ser aplicados en el mismo sentido a cualquier cosa que no sea la experiencia propia.

2. No somos solipsistas.

²⁶ NAGEL, 1970: 99-115.

²⁷ *Ibid.*: 117.

3. El rechazo del solipsismo implica un compromiso en favor de un mundo en el cual existen otros individuos como nosotros y en favor de conceptos que puedan ser aplicados más allá del ámbito de la experiencia propia. Por tanto, en ese supuesto nos encontramos comprometidos con la existencia de conceptos impersonales: aquellos que no están vinculados con nuestra perspectiva particular.

4. En el ámbito práctico, para evitar el solipsismo debemos tener conceptos que sean potencialmente aplicables más allá del ámbito de nuestras propias perspectivas.

5. Si solo existen razones para la acción relativas al agente, entonces las razones en virtud de las cuales nos motivamos se generan solo a partir de la perspectiva personal.

6. A fin de explicar por qué dichas razones solo motivan desde el punto de vista personal, debemos hacer referencia a los conceptos que son puramente personales. Pero entonces estaríamos asumiendo una posición solipsista: estamos comprometidos en vernos a nosotros mismos como fundamentalmente desconectados de los otros.

7. Para evitar vernos a nosotros mismos como solipsistas, necesitamos ser capaces de explicar la motivación de razones desde una perspectiva impersonal. Por tanto, necesitamos razones neutrales al agente.

8. No podemos vernos a nosotros mismos como solipsistas y a la vez como no solipsistas.

9. Para evitar una disociación radical entre distintas maneras en las cuales nos vemos a nosotros mismos debemos aceptar que cada razón relativa al agente tiene una razón neutral al mismo²⁸.

¿Cómo es que la posición de Nagel se hace relevante en el argumento de Gewirth? Bien, el problema de Gewirth consiste en pasar desde una razón relativa al agente a una razón neutral al agente. Este autor sostiene que existen razones para que cada agente desee, desde su propia perspectiva, que los demás reconozcan obligaciones de no interferir (proveerle) con las condiciones necesarias para su actuar. El problema consiste en entender por qué otros agentes deben apoyar una razón que es relativa a la perspectiva de cada agente. Sin embargo, si existe una razón neutral al agente correspondiente a cada razón relativa al mismo, entonces cada agente tendrá una fuerte razón impersonal para reconocer una obligación de no interferir (o proveer) con las necesidades para la acción que corresponden a los demás. La razón, que estaba vinculada a una perspectiva particular, deviene en una razón en favor de todos los agentes independientemente de su perspectiva particular. El principio de universalización entonces nos permitiría concluir que cada agente tiene una razón impersonal para reconocer una obligación de no interferir (o proveer) a cada uno de los otros agentes a nivel de su libertad y su bienestar. Tal proceso de razonamiento representaría un gran paso en la senda hacia la justificación

²⁸ En repetidas ocasiones NAGEL se ha retractado de la amplia generalidad de esta afirmación y más bien limita estas razones a un contexto particular de placer y dolor (1986: 159).

del principio moral supremo de Gewirth. Por tanto, es de crucial importancia examinar si cada razón relativa al agente está acompañada de una razón neutral al agente tal y como afirma Nagel.

3.2. El problema de Nagel

Primero, me ocuparé del primer argumento de Nagel. No es claro que este argumento sea otra cosa sino una reformulación de lo que Nagel tiene que probar: que el dolor proporciona una razón neutral al agente. Después de todo, su afirmación de que la maldad del dolor está separada del concepto de mí mismo no puede ser aceptada. No parece estar lejos de la realidad imaginar a una persona que oye el dolor que está sufriendo alguien y permanece totalmente impertérrita. Además, podemos aceptar que una persona no puede separarse a sí mismo de su propio dolor y que seguramente desea que el mismo cese. Sin embargo, ¿es imposible que tal persona pueda también reconocer que los otros no tienen razón alguna para ayudarle a aliviar su dolor? Incluso en el caso del dolor, no es claro por qué un compromiso personal dirigido a terminar con el dolor deba llevar a un juicio impersonal referido a que el dolor por sí es malo y debe ser aliviado. De ninguna manera niego que la mayoría de nosotros hace el juicio impersonal, pero la cuestión que estamos tomando en consideración consiste en la justificación de tal juicio, y el primer argumento de Nagel no nos proporciona tal justificación.

El segundo argumento es un intento más elaborado para mostrar que nosotros solo podemos rechazar tales razones impersonales si renunciamos a una asunción fundamental referida a cómo vemos el mundo: que cada uno de nosotros es una persona entre muchas otras con naturalezas similares. ¿Cómo es que se desarrolla este argumento? Claramente, este argumento no ve al solipsismo como una preocupación filosófica y no busca refutarlo. Sin embargo, Nagel está en lo correcto cuando sostiene que una parte fundamental de nuestra visión del mundo consiste en que no somos solipsistas. Si su argumento puede servir para demostrar que a fin de evitar el solipsismo necesitamos aceptar la existencia de razones neutrales al agente en cada caso donde haya razones relativas al agente, entonces dicho argumento, en efecto, tendrá mucha fuerza.

La problemática central gira en torno a la pregunta: ¿el rechazo al solipsismo requiere de una transición desde razones relativas al agente hacia razones neutrales al agente? Yo no lo creo. Lo que el argumento de Nagel muestra es que tal rechazo al solipsismo necesita que nuestros conceptos por lo menos sean potencialmente accesibles a los otros, pero ello no muestra que cada razón relativa al agente esté acompañada por una razón neutral al agente. Para poder apreciar mejor esto tomemos en consideración un ejemplo. Todd afirma que él tiene una razón X para convertirse en musulmán. A fin de evitar el solipsismo,

nuestros conceptos deben ser aplicables más allá de nosotros mismos. Por tanto, las razones de Todd para ser un musulmán no solamente deben ser comprensibles desde su perspectiva. Además, la fuerza motivacional de esta razón debe ser también entendible para los demás. Es, por tanto, necesario que seamos capaces de entender desde un punto de vista impersonal que «hay una razón (alguna en particular) que motiva a Todd a convertirse al islam».

Sin embargo, es el siguiente paso el que presenta complicaciones: a partir de esto no se sigue que «hay una razón (la que sea) para ser musulmán». El evitar el solipsismo no requiere que todas las razones relativas al agente devenguen en razones para todos. Ello solo requiere que estas razones relativas al agente sean entendibles desde una perspectiva impersonal. No existe diferencia entre ser capaz de entender una razón y su fuerza motivadora desde una perspectiva impersonal, y apoyar dicha razón y motivación desde dicha perspectiva. Este es el principal vacío en el argumento de Nagel. El argumento de Nagel establece la necesidad de razones relativas al agente que puedan ser apreciadas desde una perspectiva impersonal. Sin embargo, ello no establece la necesidad de que existan razones neutrales al agente que se correspondan con dichas razones relativas al agente. A fin de evitar el solipsismo, debemos ser capaces de adoptar un punto de vista impersonal y ser capaces de entender por qué los otros están motivados por principios prácticos particulares. Sin embargo, esto no implica que dichos principios prácticos deban en sí mismos motivar desde un punto de vista particular.

4. LA IGUAL IMPORTANCIA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. La premisa de la igualdad

Ciertamente existe un grave vacío tanto en las teorías de Gewirth como en las de Nagel. El vacío se genera al intentar partir de principios cuya aplicación es relativa a un punto de vista particular hasta aquellos cuya aplicación es general y que no se encuentran vinculados a un punto de vista particular. Dicho vacío ha significado que los argumentos propuestos hasta ahora hayan fallado en generar un principio fundamental de igualdad consistente en que la vida de cada individuo ha de ser considerada como de igual importancia en relación con los demás individuos (lo cual denominaré como la «premisa de la igualdad»). Tal premisa es importante para construir un argumento sólido en favor de los derechos fundamentales. Conjuntamente con la premisa de que existen ciertas condiciones necesarias para realizar vidas de valor, podríamos generar las condiciones necesarias para vivir vidas de valor. En esta sección buscaré proveer algunos fundamentos para aceptar la «premisa de la igualdad».

La «premisa de la igualdad» no parece deducirse de aquello que ha venido siendo denominado por Nagel como la perspectiva personal del individuo²⁹. Desde dicha perspectiva, cada individuo siempre puede intentar exigir prioridad para sus propios intereses y los intereses de aquellos que le importan por encima de los intereses de los demás. Los lazos especiales y afecciones con los cuales hemos crecido y que hemos cultivado —en relación con nuestros seres amados, amigos y compañeros— por lo general son tomados para justificar puntos de partida desde el principio de la importancia paritaria. Quizá el caso más claro consiste en que consideramos a los padres justificados para tratar a sus hijos como merecedores de una importancia especial y, en efecto, podríamos considerar a alguien como un padre defectuoso si mantuviese una imparcialidad estricta entre sus hijos y los de otras personas. Shue hace más gráficas tales intuiciones con su idea de que los deberes del sentido común que tenemos coinciden con la imagen de los círculos concéntricos generados por una piedra lanzada a un estanque, los cuales se van haciendo más débiles conforme se alejan del punto donde cayó la piedra. Los deberes más fuertes son aquellos que se encuentran más cerca de nosotros y, en la medida en que nos alejamos de ellos, devienen en débiles³⁰.

Parece que a fin de que la «premisa de la igualdad» sea una premisa plausible requiere que nosotros adoptemos una perspectiva que sea distinta a nuestras posiciones individuales. Sidgwick hace su famosa referencia al «punto de vista del universo» a partir del cual se puede decir que la felicidad de los individuos requiere de la igualdad³¹. Ciertamente, no existe un punto de vista literal del universo y, por ende, parece que Sidgwick debe haber estado refiriéndose más bien a la habilidad que tienen los individuos de abstraerse de sus propias perspectivas y considerar diversas problemáticas desde una posición imparcial. Sidgwick acepta que él no puede proporcionar razón alguna en función de la cual los individuos adopten este punto de vista a fin de guiar sus acciones.

Nagel identifica también un «punto de vista impersonal» que genera una exigencia poderosa de imparcialidad universal e igualdad³². Desde este punto de vista nos abstraemos de nuestras posiciones particulares en el mundo sin pretender dar prioridad a cualquier tipo de intereses por encima de otros. Él sostiene que «la teoría ética y política comienza cuando desde un punto de vista impersonal nos concentra-

²⁹ NAGEL, 1991: 11.

³⁰ SHUE, 1988: 691.

³¹ SIDGWICK, 1981: 421.

³² NAGEL, 1991: 10. Es necesario que seamos capaces de adoptar tal punto de vista impersonal a fin de evitar el solipsismo. Considero que NAGEL está en lo cierto cuando plantea esta proposición en el argumento desarrollado líneas más arriba, pero no así concuerdo con su siguiente proposición en el sentido de que el rechazo al solipsismo necesita la existencia de una «razón neutral al agente» que se corresponda a su vez con cada «razón relativa al agente».

mos en la información directa que nos proporcionan los deseos individuales, intereses, proyectos, herramientas, alegatos y planes de vida que definen los puntos de vista personales de una multitud de individuos distintos, incluyéndonos a nosotros mismos. Lo que ocurre en dicho punto es que nosotros reconocemos algunas de estas cosas como poseedoras de valor impersonal»³³. Me parece que Nagel comete un error en este postulado. No es correcto que, desde un punto de vista impersonal, de pronto los deseos e intereses adopten algún tipo de forma de valor impersonal distinto de su forma como valor personal. Por el contrario, este punto de vista nos lleva a reconocer que los deseos e intereses tienen valor para cada criatura poseedora de una perspectiva personal, y que no existe base alguna, desde un punto de vista impersonal, sobre la cual se pueda distinguir la importancia que tiene cada criatura respecto de su vida.

Desde que me encuentro comprometido en un proceso de razonamiento, la referencia podría poseer ciertas presuposiciones de indagación racional. Una de estas presuposiciones consiste en que aquellos casos que sean iguales deben ser tratados de igual manera³⁴. Dado que la perspectiva impersonal no nos proporciona ninguna base sobre la cual juzgar que el valor personal en la vida de una criatura es mayor que aquel presente en la vida de otra, estamos obligados a considerar desde dicha perspectiva el valor personal en las vidas individuales como poseedora de igual importancia³⁵.

En efecto, puede decirse mucho más del punto de vista impersonal y de su importancia en nuestras vidas³⁶. Nagel sitúa las perspectivas personales e impersonales dentro de cada individuo y, por ende, enfrenta el difícil problema de conciliar las exigencias de cada uno³⁷. A lo

³³ *Ibid.*: 11.

³⁴ HARRISON, 1993: 182: «Si se puede dar una razón a fin de justificar un curso particular de acción, esto se deberá a algún tipo de característica de la propia acción o de la situación en la cual ocurre. Sin embargo, si estas características sirven como razón para justificar esta acción particular, ellas también servirán como razones para justificar el mismo tipo de acciones en cualquier otro lugar donde ellas sean aplicadas. Si conseguimos las mismas características nuevamente, obtendremos la misma razón. Por supuesto, otras características pueden diferir entre los dos casos, proporcionando otras razones contravalentes. Pero, cuanto más lejos llegue, si nuestras acciones requieren de razones y ser justificadas, entonces nosotros nos encontramos vinculados por la pura naturaleza de las razones para tratar el mismo tipo de caso en la misma manera».

³⁵ Del hecho de que no tenemos razones en función de las cuales podamos distinguir el valor de la vida de las criaturas desde una perspectiva impersonal no se sigue, sin embargo, que, como una cuestión de hecho metafísico, sus vidas sean de igual valor. Nuestra incapacidad epistémica para determinar el valor relativo de las vidas de los individuos desde un punto de vista impersonal, no obstante, implica que nosotros estamos forzados a tratar a los individuos como si sus vidas fuesen de igual importancia para ellos. Actuar de cualquier otra manera podría implicar arbitrariedad y violar nociones básicas de equidad.

³⁶ Defender algún tipo de noción parecida podría ser, en efecto, fundamental para cualquier teoría de la moralidad. Cfr. SEN, 1992: 17. Sin embargo, no puedo pretender defender esto aquí; tal justificación podría requerir hacer referencia a la importancia que tiene en nuestras vidas la capacidad de la identificación simpatética.

³⁷ NAGEL, 1991.

largo de su argumento, sin embargo, no se puede determinar en qué consiste la fuerza de la perspectiva impersonal y por qué los individuos deben aceptar que a veces puede imponerse la perspectiva personal.

Deseo plantear que la perspectiva impersonal es la perspectiva apropiada para ser adoptada en el diseño, formulación e implementación de las reglas subyacentes que rigen la distribución de los beneficios y las cargas en la sociedad. A fin de defender esta afirmación es importante entender que existe una asunción implícita en el sentido de que los seres humanos son seres sociales nacidos en asociaciones de tipos distintos cuyas reglas son diseñadas para gobernar la interacción de un amplio número de individuos. Virtualmente para todos los seres humanos en el mundo de hoy, el problema no consiste en saber si formamos sociedades basadas a partir de un estado de naturaleza. Por el contrario, nosotros nos encontramos dentro de sociedades con tales características, y virtualmente hoy no existe ningún individuo que se encuentre exonerado de las reglas de una sociedad. Por tanto, hoy en día el problema de mayor importancia gira en torno a la naturaleza de las reglas que deben ser adoptadas por la sociedad ³⁸.

Presentaré tres argumentos a fin de fundamentar la tesis consistente en que la perspectiva impersonal es la que debe ser adoptada para formular dichas reglas. Primero, puede ser comprensible que un individuo adopte una perspectiva personal a fin de valorar sus propias acciones ³⁹. Sin embargo, por su propia naturaleza, las reglas que rigen una sociedad no están referidas a las acciones de un individuo en particular, sino que están diseñadas para regular la distribución de los beneficios y cargas entre un grupo de individuos. Como tal, la formulación de tales reglas debe realizarse desde una perspectiva que sea capaz de tener en cuenta las vidas de un número de individuos antes que solo la vida de un único individuo. Para hacer esto, sin embargo, se requiere hacer una abstracción a partir del punto de vista de cualquier individuo particular a fin de tener en cuenta el impacto de las reglas en un número de individuos diferentes. La perspectiva que no se encuentra ligada con la circunstancia de un individuo particular es la perspectiva impersonal a la que hace referencia Nagel.

Por tanto, cuando nosotros nos refiramos a las reglas de una sociedad no tiene sentido que debamos adoptar la perspectiva correspondiente a un individuo cualquiera a fin de formular estas reglas. De otro modo, tales reglas solo serán adecuadas para un individuo particular antes que para un grupo de individuos diversos. Esto explica tal vez

³⁸ Un problema adicional es aquel referido a la naturaleza de las reglas que deben ser adoptadas por los grupos de sociedades. No puedo tratar esta problemática ahora, pero debería ser evidente, a partir de los argumentos presentados hasta aquí, que la perspectiva impersonal sería también aplicable a las reglas a nivel internacional.

³⁹ Formulo esta afirmación tan débilmente como legítimamente pueda plantearse que al momento de decidir cómo actuar moralmente, un individuo debe adoptar la perspectiva impersonal incluso para regular sus propias acciones.

por qué consideramos como singularmente inapropiada la situación en donde un particular manipula las reglas de una sociedad en su propio beneficio. Podemos objetar que los líderes corruptos tales como Saddam Hussein y Mobutu Sesi Seko no diseñan reglas para una sociedad —un grupo compuesto por individuos diversos—, sino para ellos mismos. Ellos, por tanto, cometen una forma de error categórico al intentar aplicar reglas que son solo justificables a partir de su propia perspectiva a un contexto completamente distinto: una sociedad cuyas reglas están diseñadas para gobernar un grupo de individuos. Por tanto, la verdadera naturaleza de las reglas societarias implica que deban ser formuladas a partir de la perspectiva impersonal.

En segundo lugar, es posible que un grupo constituido por individuos diversos llegue a un acuerdo respecto de la formulación de reglas para gobernar una sociedad sobre la base de razones personales yuxtapuestas. Hobbes y Gauthier, por ejemplo, buscaron plantear teorías que demostrasen por qué tiene sentido para los individuos ubicados en la perspectiva personal aceptar ciertas reglas societarias. Sin embargo, en caso de que no se produzca una convergencia milagrosa en torno a las reglas que satisfagan las exigencias personales de cada uno, los individuos en cuestión se verán obligados a abstraerse de sus propias perspectivas, así como tener en cuenta reglas para una sociedad que serían aceptables desde la perspectiva de otros. Por tanto, a fin de diseñar y formular reglas para una sociedad —incluso cuando las mismas sean vistas como el resultado de un contrato— los individuos están forzados a adoptar una perspectiva impersonal en algún punto. Por supuesto, para llegar a estas reglas la perspectiva personal puede continuar siendo seguida a veces por los individuos preferentemente antes que a dictados emanados por el razonamiento basado en la perspectiva impersonal. A pesar de ello, el hecho de que para alcanzar un acuerdo sobre las reglas para una sociedad se requiere de la adopción de una perspectiva que tome en consideración las sugerencias provenientes de las otras perspectivas evidencia que el impulso hacia la sociedad está fuertemente conectado con el impulso hacia adoptar la perspectiva impersonal.

Finalmente, muchas de nuestras prácticas apoyan la afirmación de que exigimos a aquellos que representan a la sociedad que adopten una perspectiva impersonal en su razonamiento. Tomemos en consideración los siguientes ejemplos. La jurisdicción a menudo debe decidir entre intereses individuales en conflicto. Se espera que los jueces adopten una perspectiva imparcial y que busquen alcanzar el resultado que es exigido por la aplicación imparcial de la ley y del razonamiento. Si los jueces decidiesen un caso basándose en el beneficio que ellos obtendrían del éxito de uno de los litigantes, entonces consideraríamos que esta decisión es sesgada e injusta.

En segundo lugar, en relación con nuestros representantes electos, una vez estén en posesión del poder, esperamos que tomen decisiones

que no solo sean justificables desde su propia perspectiva personal. Por ejemplo, recientemente han surgido diversas objeciones respecto a que el presidente de Estados Unidos, George Bush, tome decisiones sobre la base de sus preferencias personales y sus conexiones con la industria del petróleo. Objeciones similares han sido levantadas contra el expresidente Bill Clinton, quien, antes de dejar su mandato, concedió indultos que estaban conectados con grandes contribuciones a favor de sus campañas políticas. Tales objeciones evidencian un entendimiento compartido respecto de que, cuando se trata de la toma de decisiones en el ámbito público, no esperamos que nuestros representantes electos adopten razones que solo puedan ser justificadas a partir de su propia perspectiva personal. Finalmente, existe un número de ocasiones en las que reconocemos que una sociedad puede tomar una decisión de manera justa que sea en interés de dicha sociedad considerada en su conjunto, a pesar de ser objetable desde las perspectivas personales de los individuos. Por ejemplo, una sociedad puede tener una política referida a rechazar cualquier tipo de negociación con secuestradores que estén motivados por reivindicaciones políticas a pesar de que los familiares de los secuestrados estén fuertemente a favor de negociar.

Por tanto, he intentado presentar razones que permiten pensar que al formular las reglas de una sociedad se debe adoptar el punto de vista impersonal. Sin embargo, hemos visto que, desde el punto de vista impersonal, el valor personal en la vida de cada ser necesita tener la misma importancia respecto del valor personal en la vida de otro ser. Con ello, a aquellos que formulan las reglas para una sociedad se les exigirá que traten a todos aquellos que tienen valor personal en sus vidas como poseedores de igual importancia. En ese sentido, podemos concluir conjuntamente con Dworkin que «la consideración equitativa (*equal concern*) es la virtud soberana de la comunidad política»⁴⁰.

A pesar de haber sido formulada de manera diferente por varias teorías, la idea de la igual importancia o importancia equitativa es central y básica a la mayor parte de sistemas morales y políticos⁴¹. Sus raíces son profundas y, como principio referido a los estados equitativos de cada ser humano, es ampliamente aceptada en la actualidad⁴². He buscado presentar razones para considerar que aquellos que están comprometidos con el diseño de reglas para una sociedad están obligados a tratar a cada uno de los seres sensibles otorgándoles igual importancia. Otros autores han presentado fundamentos diversos para su aceptación, de la cual daré cuenta brevemente. Algu-

⁴⁰ DWORKIN, 2000:1.

⁴¹ Cfr., por ejemplo, BARRY, 1996: 267; ANDERSON, 1999: 295; DWORKIN, 1977: 182; DWORKIN, 2000: 1, y APPIAH, 2001: 2.

⁴² No creo que un análisis más exhaustivo de este principio pueda mantener la atención solamente sobre los seres humanos. Cfr. REGAN, 1988; SINGER, 1995; DE GRAZIA, 1996, y el epígrafe 5.3 más adelante.

nos han buscado basar la premisa de la equidad en el hecho de que la moral y el discurso político necesitan que seamos capaces de justificar ante los otros nuestras acciones, lo cual solo puede ocurrir si se parte de la presunción de su igualdad moral⁴³. Otros han buscado justificar esta asunción al afirmar que sin ella las personas no estarían motivadas a cooperar entre sí, y que su aceptación es, por ende, necesaria para que la cooperación social tenga lugar. Dworkin, por ejemplo, ha sostenido que solo sobre la base de una asunción como esta se puede motivar que las personas participen en una sociedad política⁴⁴. Finalmente, ha venido siendo afirmado que el origen de la premisa de la equidad puede rastrearse hasta las exigencias de la racionalidad⁴⁵.

4.2. Derechos iguales

Cualesquiera sean nuestras razones para aceptar la «premisa de la equidad», es importante ahora abordar la cuestión referida a sus implicaciones para las reglas fundacionales que deberían ser adoptadas a fin de gobernar una sociedad. Estas reglas establecen un marco dentro del cual los seres pueden vivir vidas valiosas. Una de estas asunciones hechas hasta este punto consiste en que nos interesamos en una sociedad conformada por un grupo de seres diversos. Es sencillamente una característica del mundo en el cual vivimos el hecho de afirmar que los individuos difieren y tienen diversos senderos para llevar una vida buena. Como tal, una sociedad que busque tratar las vidas de cada ser con igual importancia no puede favorecer ninguna forma particular de vida en tanto ello comporte privilegiar las vidas de algunos sobre las de los demás. Existen otras razones de por qué es indeseable para una sociedad diversa promover activamente un entendimiento particular de la vida buena. Primero, adoptar una concepción «fuerte» de la vida buena implicaría imponer una concepción tal en la sociedad, a pesar del hecho de que muchos no la compartamos. A lo largo de miles de años de debate, tanto en la literatura filosófica como en el discurso individual, no ha existido consenso respecto a qué es vivir bien. Lo espinoso de las disputas en torno a la vida buena sugiere que sería mejor evitar ejercer coerción sobre los demás que asumir una visión que posiblemente esté equivocada. En efecto, parece ser plausible que, dada la diversidad de los seres, diversas formas de vida puedan ser buenas para diversos tipos de seres. Un individuo que haya crecido como judío puede pensar que solo es la práctica judía la que enriquece su vida, mientras que un hindú puede pensar que tales prácticas son algo curioso y que solo el hinduismo tiene sentido.

⁴³ Cfr. SEN, 1992: 17-18, y la fuente que él cita está en la nota 12, p. 18.

⁴⁴ Cfr. DWORKIN, 1983: 33.

⁴⁵ Probablemente, la segunda formulación del imperativo categórico de KANT puede ser una forma de este principio, el cual exige tratar a cada ser racional siempre como un fin en sí mismo y nunca como un mero medio. Cfr. KANT, 1996: 79-80.

En segundo lugar, no es claro por qué aquellos que no comparten una idea particular de la vida buena deban apoyar instituciones públicas que se atrincheran en tal concepción de lo bueno. A fin de que las instituciones sociales sean equitativas para todos los ciudadanos y que se pueda mantener estabilidad en la sociedad, parece ser que el marco de una sociedad debe permitir una pluralidad de concepciones razonables referidas a la vida buena ⁴⁶.

Por tanto, una sociedad diversa fundada sobre la premisa de la equidad no debería buscar priorizar una visión particular de la vida buena. Como tal, debería tratar de desarrollar una teoría «débil» de lo bueno que pueda ser aplicada a todos los seres. Tal y como he sostenido en el primer capítulo, la teoría «débil» nos proporciona un amplio catálogo de características generales, las cuales son las fuentes de valor en la vida de los seres. Sin embargo, a pesar de que las fuentes de valor serán las mismas —propósitos y experiencias—, los fines particulares y las experiencias que los seres valoran serán divergentes. Puede sugerirse que, en lugar de favorecer una forma particular de vida, el fin de la sociedad debería consistir en crear reglas que favorezcan los fines particulares y las experiencias de cada ser en la misma medida. Sin embargo, un intento de diseñar las reglas sociales básicas en función de estas premisas no es adecuado y tampoco es practicable.

En primer lugar, sería imposible formular reglas generales que puedan servir para cumplir los fines particulares y las experiencias de cada ser en la misma medida y extensión. Los fines y experiencias de seres diferentes entran a menudo en conflicto. Si las reglas buscan realizar los fines y experiencias de cada uno de manera equitativa, entonces dicho conflicto se pondría de manifiesto en las mismas reglas, convirtiéndolas en contradictorias y en incapaces de ser aplicadas sin problemas.

En segundo lugar, sería virtualmente imposible mediar si los fines individuales y las experiencias han sido promovidos o exigidos en la misma medida. Como tal, toda regla estaría abierta a la acusación de favorecer a un individuo por encima de otro y, por ende, de violar el principio de la importancia equitativa. Un corolario adicional a este punto consistiría en que sería difícil determinar cómo se debe asegurar que dichas reglas sean, en efecto, ejemplificadoras antes que representar afectaciones al principio de importancia equitativa.

En tercer lugar, ningún marco de reglas puede garantizar que los individuos realicen sus fines y tengan experiencias positivas. El lograr estos objetivos está en gran medida dentro del poder de los individuos involucrados y depende de muchos factores subjetivos. Por tanto, no sería posible para una sociedad asegurar, por ejemplo, que los indivi-

⁴⁶ Cfr. RAWLS, 1993: 10. Se ha objetado que este enfoque liberal favorece a las concepciones individualistas de lo bueno por encima de las concepciones comunitaristas (NAGEL, 1975: 9-10, y RODEWALD, 1985). Una respuesta a esta acusación va más allá del enfoque de este capítulo, sin embargo, me inclino a seguir el enfoque de RAWLS, 1993: 193-200.

duos sientan alegría o éxito al convertirse en escritores. Estos no son simplemente estados de cosas que puedan ser garantizados por las reglas de una sociedad. Dichas reglas solo pueden buscar permitir a los individuos tener capacidades tales que les permitan realizar sus propios proyectos y obtener su propia felicidad.

Finalmente, existe una pregunta real respecto de si las reglas que gobiernan una sociedad deben ser diseñadas para asegurar el cumplimiento de los proyectos individuales, incluso si el fin consiste en alcanzar un cumplimiento equitativo⁴⁷. Tales reglas, puede decirse, deben tener por lo general un propósito social: por ejemplo, dividir recursos, así como tratar a cada ser con igual importancia y minimizar el conflicto. Para identificar estas reglas con la realización de proyectos individuales se les debe separar de su función social primaria. Como tales, ellos deben proveer adecuadamente el marco en el cual los individuos puedan perseguir sus propósitos individuales antes que buscar realizar los propósitos reales de los propios individuos. Este entendimiento de las reglas sociales permite una división de la responsabilidad entre los individuos en el Estado. Además, ello no comporta un Estado que sea tan masivo y dominante que pueda asegurar la realización de los proyectos individuales. Esto permite un espacio para los individuos a fin de que persigan sus propios proyectos y que tengan responsabilidad respecto a su éxito o fracaso en ellos. Como tal, esto respeta la integridad de los individuos.

Debido a todas estas razones, una sociedad no debe buscar asegurar el cumplimiento equitativo de los individuos si es que se lo relaciona con sus propósitos y experiencias. Por el contrario, se debe enfocar en aquello que subyace bajo su poder: crear las condiciones favorables para que los seres afectados por sus reglas puedan vivir una vida buena con base en sus propias convicciones. Para lograr esto y, por tanto, reconocer la importancia equitativa de cada vida, se debe garantizar a cada ser los prerequisites necesarios para realizar una vida de valor.

En el primer capítulo identifiqué dos umbrales diferentes: los prerequisites necesarios para ser libres de condiciones generales que amenacen la supervivencia de los seres y las precondiciones necesarias para el cumplimiento de un amplio rango de propósitos. Es relativamente claro que todos los seres sensibles necesitan de ciertos recursos para vivir libres de amenazas contra su supervivencia. Por ejemplo, sin los recursos para vivir libres de inanición o malnutrición ningún ser puede vivir una vida valiosa. Sin embargo, aunque un ser

⁴⁷ Un punto a favor se refiere a si la responsabilidad de la realización de proyectos individuales debería ser parcial o totalmente transferida de ellos hacia el Estado. DWORKIN (2000: 5), por ejemplo, asume un principio de responsabilidad especial: «A pesar de que debemos reconocer la importancia objetiva y equitativa del éxito en la vida humana, la persona tiene una responsabilidad especial y definitiva con respecto a dicho éxito; precisamente la persona a quien pertenece dicha vida».

podría no estar sufriendo de inanición, la poca comida que tiene a su disposición lo mantendría en una constante situación de hambre. A fin de ser capaz de realizar sus propósitos, los seres deben tener acceso a un nivel de provisiones más alto que el requerido por el primer umbral, el cual incluye, por ejemplo, nutrición equilibrada suficiente para que un ser sea físicamente fuerte. Se pueden postular argumentos similares en torno a los seres humanos en relación con la vivienda, el vestido y las necesidades de libertad.

Por tanto, he sostenido que una sociedad debe contemplar en su trasfondo normativo reglas que traten las vidas de los seres como poseedoras de igual importancia. Dado que no se debe buscar realizar los bienes particulares de tales seres, se debe concentrar en asegurar que sus miembros tengan las condiciones necesarias en las cuales puedan vivir vidas valiosas. Para ello se requiere garantizar a cada individuo los prerequisites necesarios para alcanzar una vida valiosa. En consecuencia, para que una sociedad proporcione tales condiciones necesarias en su trasfondo normativo se requerirá que, en el caso de los seres humanos, los individuos tengan garantizadas sus libertades básicas —incluyendo la libertad de expresión, de religión, de participación política—, así como recursos suficientes —incluyendo adecuada alimentación, vivienda y agua— para permitir que puedan realizar una amplia gama de finalidades. En ese sentido, una sociedad que reconozca la igual importancia que tienen las vidas individuales debe reconocer a cada uno de sus miembros derechos individuales básicos que les faculten a exigir los prerequisites necesarios para vivir una vida de valor.

5. OBJECIONES

5.1. Objeción 1: ¿la importancia equitativa fundamenta los derechos básicos?

Se puede objetar, sin embargo, que el argumento se ha desplazado rápidamente desde la afirmación de que las reglas de una sociedad deben ser formuladas desde el punto de vista que reconozca la importancia equitativa o igualitaria de las vidas de los seres hacia la afirmación de que estas reglas deben incorporar el reconocimiento de los derechos básicos de los seres⁴⁸. Tomaré en consideración dos interpretaciones alternativas del principio de importancia equitativa o igualitaria, las cuales ayudarán a clarificar la naturaleza y significado de este principio en mi teoría. La primera interpretación contrapuesta afirmaría que una sociedad puede reconocer la importancia equitativa o igualitaria de las vidas de los seres al no ofrecer ningún tipo de facultades a nin-

⁴⁸ Debo agradecer al doctor Alison HILLS por haber formulado esta poderosa objeción en el marco de un seminario.

gún ser. Todos son tratados de manera equitativa o igual en el sentido de que ellos no son capaces de exigir nada a la sociedad y, se puede afirmar, esto se corresponde con la importancia equitativa de cada una de las vidas de los seres.

A fin de responder a esta objeción se debe reconocer que el principio de importancia equitativa combina dos elementos. El primer elemento consiste en la afirmación sobre el hecho de que las vidas de los seres poseen valor, y yo he propuesto una «teoría débil» acerca de en qué consiste este valor. El segundo elemento consiste en una afirmación referida a que el valor en cada una de las vidas de los seres debe ser tratado como igual al valor que tienen las vidas de cualquier otro ser. La objeción en cuestión busca un divorcio entre el elemento de la igualdad y la afirmación respecto al valor. Esta implica el argumento consistente en que una sociedad donde no se confiere a nadie facultades de acción es una sociedad en la cual la equidad o igualdad de los seres es respetada. Podemos aceptar este argumento, pero aun así insistir en que el principio de importancia equitativa o igualitaria no está diseñado para proteger una mera equidad o igualdad de trato. Dicho principio implica proteger el valor que se encuentra dentro de las vidas de los individuos: tal valor reside en la capacidad de los individuos de tener experiencias positivas y de cumplir sus fines. Una sociedad que haya fallado en reconocer los derechos básicos sería una sociedad en la cual estaría permitido que los individuos muriesen de hambre, estar severamente desnutridos y carecer de las capacidades generales necesarias para realizar los proyectos de su elección. Tal sociedad sería, por tanto, una que pueda permitir que los componentes de valor en la vida de los individuos mengüen en gran medida y que en algunos casos lleguen incluso a desaparecer completamente. Tal sociedad no podría ser calificada como protectora de la *importancia* equitativa o del *valor* en la vida de los individuos.

Además, si constatamos cierta evidencia empírica incontrovertible, es claro que los individuos difieren en sus habilidades, talentos y características. Una sociedad que falle en proteger las facultades básicas permitiría en esencia que aquellos que posean características ventajosas puedan dominar a los otros que carecen de dichas características. El fuerte sería capaz de superar al débil y a menudo sería capaz de realizar sus propios proyectos al mismo tiempo que privaría al débil de la posibilidad de realizar los suyos. Los elementos de valor en la vida de algunos devendrían con ello en privilegiada respecto de los componentes de valor de las vidas de otros. Tomando en cuenta estas diferencias naturales, podemos reconocer que una situación en la cual no existan facultades básicas conduciría muy probablemente a una situación en la cual exista un alto grado de desigualdad sobre la posibilidad de que los individuos lleven vidas valiosas para ellos. A pesar de que puede existir un grado de igualdad formal en una situación en la que no existan facultades básicas, en sustancia, la capa-

cidad de los individuos de llevar vidas de valor en tal situación diferirá ampliamente. Esto violaría claramente el interés de una sociedad en asegurar que las vidas individuales fuesen tratadas como poseedoras de igual importancia.

Una segunda interpretación contrapuesta al principio de importancia equitativa o igualitaria sería la afirmación consistente en que una sociedad que acepta tal principio adoptaría maximizar los principios utilitaristas para regular la estructura básica. El utilitarismo corporiza la asunción básica de que «cada uno cuenta para uno y solo para uno». Al tomar decisiones, las sociedades políticas deben buscar maximizar la utilidad en la sociedad y, al hacerlo, deben tener en cuenta a cada individuo de manera equitativa⁴⁹. Tal método de legislación política sería uno en el cual se pueda afirmar que las vidas de cada uno de los seres es tratada con igual importancia, ya que ningún interés particular tiene prioridad sobre los intereses de cualquier otro en el cálculo utilitario. Por tanto, el principio de importancia equitativa no causaría que el trasfondo normativo de una sociedad sea formulado conforme a derechos iguales, sino más bien conforme a aquellos derechos que sean resultado de la aplicación del principio de la utilidad.

Por supuesto, este argumento no excluye la posibilidad de que tal base utilitaria reconozca derechos básicos. Es muy probable que los principios utilitarios requieran del reconocimiento de derechos básicos en la estructura básica y de esta manera dichos derechos sean deducidos por el razonamiento mediante este paso extra de reflexión. Tal y como será planteado en el capítulo III, considero que alguna forma de juicio consecuencialista complejo es necesario a fin de decidir sobre las obligaciones «incondicionales» vigentes de una sociedad política. No obstante, no creo que el argumento en favor de los derechos básicos necesite ser modulado mediante un razonamiento utilitario agregativo ni que deba serlo. Los derechos básicos pueden ser derivados directamente del principio de importancia equitativa o igualitaria, y la forma de consecuencialismo que yo sostengo está diseñada para alcanzar un estado de cosas en el cual la importancia equitativa se vea realizada antes que pretender maximizar una cantidad commensurable de utilidad⁵⁰.

Una de las objeciones tradicionales en contra del utilitarismo consiste en que, a pesar de las buenas intenciones y del hecho atractivo de que tome en cuenta a todos por igual en sus cálculos, el mismo se corresponde con una amplia variedad de resultados inequitativos. En el proceso de agregación, el utilitarismo pierde de vista el valor de cada individuo «y no toma la distinción entre las personas de manera

⁴⁹ Existen diversas versiones de utilitarismo, me concentraré solo en la versión agregativa más común.

⁵⁰ Cfr. el final del capítulo III para una defensa de esta última afirmación.

sería»⁵¹. Una comunidad realiza la distribución de acuerdo con aquello que provea la mayor utilidad para el conjunto y «en sí misma, ninguna forma de distribución de la satisfacción es mejor que otra»⁵². El utilitarismo podría, por tanto, llevar a una situación donde se prive de libertad a un individuo en razón de que esto haría sentirse segura al resto de la sociedad. También permitiría una situación donde algunos se vean privados de los recursos básicos más esenciales usados por otros en mejor posición; esto, sin embargo, llevaría a un alto nivel de utilidad en la sociedad⁵³.

Si esto fuese así, entonces tal resultado no se corresponde con la asunción de importancia equitativa tal y como la he formulado. La importancia equitativa no implica simplemente el hecho de que cada ser sea tomado en cuenta de manera igual en una ecuación para decidir sobre cómo han de ser formuladas las reglas de la sociedad. El tener en cuenta de manera equitativa a un ser no es suficiente; por el contrario, se debe buscar que el estado de cosas resultante prevea que la vida de unos seres tiene igual valor en relación con la vida de otros seres. De otra manera, una sociedad puede tratar el principio de importancia equitativa como una cuestión puramente formal, sin mayor interés por la situación sustantiva de los individuos. Sin embargo, una sociedad que adopte seriamente dicho principio debe garantizar que el marco de sus reglas esté diseñado de tal manera que asegure que los seres sean tratados *realmente* con igual importancia. El utilitarismo puede conducir a situaciones en las cuales las vidas de algunos individuos se vean sustancialmente tratadas con poco respeto en relación con su valía⁵⁴. El mismo también puede llevar en esta operación a que algunos individuos se vean vastamente privilegiados con respecto a otros. Al transformar la consideración equitativa de los intereses en utilidad agregada, la importancia equitativa de las vidas puede perderse. Por esta razón, necesitamos encontrar una forma en la cual una sociedad pueda conservar su atención en el *valor* equitativo de las vidas de los individuos. Para tal fin he planteado que una sociedad debe reconocer ciertas facultades básicas a cada individuo, las cuales pueden asegurar que la vida de cada ser sea tratada por lo menos con un cierto nivel de importancia.

5.2. Objeción 2: ¿por qué no una igualdad general de recursos?

Se podría, sin embargo, objetar que mi conclusión es demasiado minimalista y que podemos alcanzar una conclusión más comprehensiva

⁵¹ RAWLS, 1999a: 24.

⁵² *Ibid.*: 23.

⁵³ SCHEFFLER, 1998: 2.

⁵⁴ Esto no podría constituir un problema para todas las formas de utilitarismo; sin embargo, no puedo abordar aquí, por ejemplo, el utilitarismo indirecto y las posibilidades que el mismo plantea.

trabajando con las mismas premisas. Una sociedad que trate a cada ser respetando su igual importancia debe distribuir todos sus recursos de manera equitativa y no solamente a aquellos que requieren satisfacer los umbrales que he identificado. Una sociedad que no busque realizar los proyectos particulares de los individuos debe distribuir todos los recursos de manera igualitaria o equitativa.

Sin embargo, a fin de buscar hacer de esto un argumento más comprensivo la cuestión se vuelve más complicada, dado que se puede objetar que la asunción de importancia equitativa no conduce automáticamente a una situación donde una sociedad deba distribuir sus recursos equitativamente. Se puede argumentar, por ejemplo, que una vez que los prerrequisitos necesarios para vivir una vida de valor han sido garantizados para cada uno, tratar a todos con igual importancia requiere concentrar los recursos adicionales en buscar equiparar el bienestar de los individuos tanto como sea posible. Esto, a su vez, puede requerir una distribución inequitativa de los recursos⁵⁵. Alternativamente, se podría sostener que una sociedad debe buscar equiparar ciertas capacidades valorables de los individuos. Dado que distintos individuos necesitarán diferentes cantidades de recursos para alcanzar una misma capacidad, tal finalidad implicaría a su vez distribuir recursos de manera desigual entre los individuos. Otra posición que podría ser adoptada aquí consiste en que una sociedad no debe ocuparse ella misma de la distribución de los recursos más allá de asegurar que todos tengan recursos suficientes para superar los umbrales que he identificado previamente. Por tanto, la importancia equitativa o igualitaria no apoya inequívocamente una distribución equitativa de los recursos, y esta es una cuestión ampliamente discutida entre los filósofos, cuya forma de distribución general debería ser perseguida por un igualitarista⁵⁶.

Un individuo que carece de los prerrequisitos para llevar una vida de valor no puede siquiera comenzar a alcanzar las dos mayores fuentes de valor en la vida: el tener experiencias positivas y el cumplimiento de los propósitos. Una sociedad que falle en garantizar estos prerrequisitos necesarios a un individuo ha fallado en tratar a las vidas de los seres como poseedoras de importancia. Como resultado de los distintos grados de necesidad representados por los dos umbrales, tal falla es una cuestión de grado. Al fallar en garantizar los recursos necesarios para verse libre de amenazas generales a la sobrevivencia niega virtualmente cualquier exigencia dirigida a la sociedad de respetar la importancia de la vida de un ser; al fallar en garantizar a un ser las condiciones generales necesarias para realizar sus propósitos evi-

⁵⁵ Algunos de los argumentos que he planteado previamente en favor de concentrarse en los umbrales que he definido podrían sugerir que un ideal de «igualdad de bienestar» no es atractivo. Para una crítica en torno a esto cfr. DWORKIN, 2000: 11-64.

⁵⁶ Cfr., por ejemplo, las diferentes posiciones de COHEN, 1989; ARNESON, 1989; SE, 1992, y DWORKIN, 2000.

dencia poco respeto por la importancia que tiene para un ser el cumplimiento de sus propios propósitos.

Por tanto, el principio de importancia equitativa o igualitaria implica, por lo menos, que cada ser deba contar equitativamente con un nivel suficiente para superar los umbrales que he identificado. Más allá de este punto, la asunción de la importancia equitativa puede ser compatible con una diversidad de teorías de la equidad o igualdad. He intentado delinear las implicaciones mínimas de tal principio, las cuales deben resaltarse por lo menos en las reglas que regulan el marco básico de una sociedad. Es probable que el principio de importancia equitativa pueda ser mostrado como decisivo en favor de un ideal más comprehensivo de igualdad con respecto de otros. Si esto es así, entonces tal decisión podrá abarcar por lo menos los dos umbrales que he identificado. Esto puede seguir siendo de importancia en la identificación del curso de acción que debe ser seguido cuando sea necesario tomar decisiones en torno a las prioridades de una sociedad bajo condiciones de escasez⁵⁷. De otro lado, si no existe un argumento decisivo en favor de una interpretación particular de igualdad o equidad, entonces sería de gran importancia identificar por lo menos las implicaciones mínimas de tal principio. Dado que el debate sobre la concepción de equidad que se ve favorecida por este principio abstracto no ha terminado, la conclusión a la cual he llegado podría servir para establecer un nivel fijo de distribución al cual una sociedad debe por lo menos aspirar si es que pretende tomar en serio el principio de importancia equitativa.

Además, parece que las implicaciones morales mínimas de tal visión son menos utópicas de lo que las concepciones más extensivas de equidad suelen ser. Nuestro mundo corporiza actualmente serias desigualdades entre ricos y pobres dentro de la mayoría de sociedades y entre las mismas sociedades. La idea de equiparar los recursos disponibles respecto de cada individuo parece estar más allá de lo plausible. Es un ideal que también carece de bases políticas serias en nuestro mundo actual. De otro lado, la búsqueda de estándares mínimos específicos de provisión para los individuos que puedan ser garantizados por los Estados y las organizaciones internacionales es un fin que parece no solamente alcanzable, sino que también constituye uno de los puntos que mayor interés despierta en el mundo. Los países en desarrollo, por ejemplo, han realizado promesas en sus compromisos para los Fines del Milenio (*The Millennium Goals*) en el sentido de reducir a la mitad el número de personas afectadas por males tales como la desnutrición, la falta de acceso a agua potable y la sanidad. Dentro de las sociedades, un número de Estados han tenido éxito al implantar sistemas de bienestar a fin de asegurar que cada individuo se vea provisto de por lo menos una cierta cantidad de recursos y que posea ciertas ca-

⁵⁷ Las demandas del mundo real exigirán casi siempre que tales decisiones sean tomadas.

pacidades⁵⁸. Por tanto, parece que existen buenas razones prácticas en favor de concentrarnos en torno a un proyecto para justificar y especificar el contenido de las garantías mínimas que las sociedades deben proveer a los individuos⁵⁹.

5.3. Objeción 3: ¿quién está incluido dentro del alcance del principio de importancia equitativa?

Se podría objetar que he venido asumiendo que el principio de importancia equitativa debe ser aplicado a todos los seres. Sin embargo, los argumentos que he planteado hasta este momento no han dicho nada respecto a quién está incluido dentro del alcance de este principio. El hecho de que la perspectiva impersonal deba ser adoptada cuando se esté tratando con un grupo de individuos no especifica quién está incluido dentro de este grupo en particular. Nuestras prácticas también tienden a limitar el ámbito de aplicación que posee el principio de importancia equitativa. Muchos aceptan dicho principio, por ejemplo, en relación con los seres, pero no lo extenderían a animales no humanos. Similarmente, los individuos en la sociedad por lo general están más interesados en aquellos dentro de su sociedad y no tratarían como poseedoras de importancia equitativa las vidas de aquellos que se encuentren por fuera de los límites de su sociedad.

Para responder a este desafío es necesario tomar en consideración el hecho de que las reglas de trasfondo son las que gobiernan en una sociedad la distribución de los beneficios y las cargas entre los individuos diversos que la conforman. La pregunta que ha venido siendo planteada está referida a quién es el que debe ser incluido dentro de este grupo. Si no queremos que nuestras reglas sean arbitrarias, en tanto es un presupuesto asumido al comprometerse en un análisis racional en torno a ellas, entonces deben existir razones que nos permitan formular dichas reglas en una forma particular. A fin de justificar reglas en una sociedad diversa se requiere hacer referencia a razones que otros puedan aceptar desde diferentes perspectivas⁶⁰. Las reglas sociales afectarán a todos aquellos que tienen valor en sus vidas. En ese sentido, el responder a la pregunta respecto a quién debería ser in-

⁵⁸ La mayoría de los Estados europeos tienen algún tipo de sistema de bienestar; uno de los más exitosos es el imperante en los países escandinavos.

⁵⁹ Una razón práctica adicional en favor de concentrarnos en torno a las garantías mínimas consiste en que estas tienden a presentar menos problemas a nivel de su medición que aquellas propuestas concernientes a la distribución general de los recursos en una sociedad. Por ejemplo, las implicaciones actuales de un ideal de igualdad de recursos son más difíciles de entender en un mundo que no puede retroceder fácilmente a una subasta de todos los recursos tal y como lo describió DWORKIN, 2000: 68. La sugerencia en torno a un ingreso equitativo básico puede representar el desarrollo más atractivo de esta idea (cfr. VAN PARIJS, 1995), a pesar de existir dificultades relacionadas con la determinación del nivel de ingresos. En este libro no puedo desarrollar más estos puntos.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, RAWLS, 1993: 226-227 y 236, y SCANLON, 1998.

cluido dentro de la esfera del interés social requiere decidir quién debe ser considerado como poseedor de valor en su vida. Debido a la diversidad de puntos de vista entre los humanos racionales, parece probable que sea necesario encontrar un principio básico compartido en función del cual responder a la interrogante planteada. En el capítulo I he buscado desarrollar una teoría sobre las fuentes de valor en el mundo que podrían lograr amplia aceptación desde distintas perspectivas. Dicha «teoría débil» fundamenta a las dos mayores fuentes de valor en la vida individual: tener experiencias positivas y lograr cumplir con los propósitos propios.

El principio de importancia equitativa exige que se tome una decisión respecto a quién ha de ser considerado como un ser con igual importancia. Sin embargo, la «teoría débil» proporciona una respuesta natural a esta cuestión: todos aquellos que son capaces de llevar vidas de valor de acuerdo con dicha teoría. Al aplicar el principio de importancia equitativa al trasfondo de reglas de una sociedad, nos vemos obligados solo a asumir una teoría que pueda ser justificada desde las perspectivas de un amplio número de individuos. La teoría «débil» de lo bueno viene a ser aquella que satisface este criterio. Las reglas que sean desarrolladas sobre esta base serán, por tanto, aplicables a todos aquellos capaces de llevar vidas de valor. Esto a su vez abarcará a los animales no humanos, humanos no racionales, humanos racionales y también aquellos que estén afectados por dichas reglas y vivan más allá de las fronteras de una sociedad en particular. Por ende, la «teoría débil» nos proporciona una base sobre la cual una sociedad con diversas perspectivas puede buscar justificadamente delinear el alcance del principio de importancia equitativa.

En consecuencia, el alcance del grupo cuyos derechos deben ser protegidos coincidirá con el grupo que es identificado por la «teoría débil» de lo bueno como capaces de llevar vidas de valor. Sin embargo, puede objetarse que tal conclusión es extrema. Se podría, por ejemplo, sugerir que en la formulación de sus reglas, una sociedad debe centrarse en tratar a cada ser en el mundo de hoy con igual importancia. Desde que existe un amplio número de interacciones entre los individuos y las sociedades en el mundo de hoy, el trasfondo de reglas de una sociedad puede tener un impacto en los seres que no viven dentro de dicha sociedad en particular. ¿Puede realmente exigirse a una sociedad tratar a todos los seres de manera que se respete su igual importancia, así como garantizar los derechos, por ejemplo, de aquellos que viven fuera de sus fronteras?

Es importante plantear dos puntos para elaborar una respuesta. Por un lado, el interés principista con todos, incluso con aquellos que se encuentran fuera de las fronteras de la sociedad, puede ser considerado como un atractivo de este punto de vista. Ello implica que una sociedad no puede promover los intereses de sus propios miembros a expensas de otros que no viven dentro de ella. Dado que esos otros individuos

también tienen vidas de valor, no es permissible excluir sus intereses del foco de interés basándonos meramente en que ellos no forman parte de una sociedad en particular. En ese sentido, por ejemplo, las implicaciones medioambientales y laborales de las políticas deben ser consideradas en relación con todos aquellos afectados por dichas políticas. Similarmente, tal punto de vista aseguraría que los derechos de los refugiados sean respetados, dado que la sociedad no puede limitar el alcance de sus reglas únicamente a sus propios miembros.

Por otro lado, la imparcialidad extrema requerida por tal punto de vista se ve mitigada por el hecho de que en nuestro mundo de hoy existen distintas sociedades que asumen especial responsabilidad por las vidas de los seres que se encuentran dentro de sus dominios. Cada individuo, por tanto, tiene una sociedad cuyo marco de reglas debería estar especialmente interesado en asegurar que él sea tratado con importancia equitativa o igual y se le garanticen los prerequisites necesarios para vivir una vida de valor⁶¹. Dentro de este orden de ideas es justificable para una sociedad en particular enfocarse ampliamente en la posición de aquellos seres que caen dentro de sus fronteras⁶².

Además, en tal sistema las reglas de una sociedad en particular generalmente solo tienen fuerza dentro del dominio de dicha sociedad. Como tal, dichas reglas tienen poder básicamente para afectar a los individuos que caen dentro de su dominio de operación. Dado que ellas tienen un gran poder de impacto en las vidas de aquellos que están en sus dominios, las sociedades pueden interesarse particularmente en las vidas de dichos individuos. Ello no vulnera el principio de importancia equitativa de los otros individuos, en tanto estas reglas están primariamente diseñadas para tener un impacto solo en aquellos individuos que se encuentran en la sociedad. En cuanto menor sea el impacto de las reglas en la forma en que un individuo viva

⁶¹ La idea presenta aquí similitudes con el modelo de la «responsabilidad asignada» desarrollado por GOODIN, 1988a: 679 ss. La responsabilidad especial por los compatriotas se ve justificada en su visión como el método más eficiente para realizar ciertos deberes generales que tenemos hacia los demás. En mi discusión, sin embargo, he asumido que el mundo se encuentra dividido en sociedades primariamente responsables por aquellos que se encuentran dentro de sus dominios y elevan la exigencia condicional de que en tal situación es justificable para una sociedad basada en un principio de importancia equitativa dedicar su atención principal a aquellos que se encuentren dentro de sus fronteras. Allí donde las fronteras de las sociedades aparezcan como menos rígidas y donde las reglas de una sociedad o grupo de sociedades afecte a los individuos más allá de los límites de una sociedad particular, limitar el alcance de estas reglas a una sociedad en particular puede no parecer justificable. Sin embargo, esto no constituye el objeto de investigación de este libro; las instituciones globales requerirían también desarrollar reglas que traten a los individuos de una manera igual o equitativa.

⁶² Obviamente es una cuestión de cierta complejidad decidir qué tipo de sistema debería ser el más conductivo en el mundo a fin de tratar a cada ser con igual importancia. Por ahora, cada Estado asume la responsabilidad solo por aquellos que se encuentran dentro de sus dominios a fin de alcanzar este fin. Es posible imaginar otros modelos alternativos tales como la formación de un gobierno regional o mundial, aunque es poco claro que esto pueda tener más éxito que el modelo actual.

su vida, en menor medida necesitarán estas reglas tener en cuenta los intereses de dicho ser. En tanto exista un impacto que trascienda las fronteras de una sociedad, los intereses de todos los afectados deben recibir igual consideración.

5.4. Objeción 4: ¿deberes individuales para cumplir con las reglas sociales?

El argumento a favor de los derechos que he planteado se concentra en el hecho de que la formulación de las reglas de una sociedad debe realizarse desde una perspectiva impersonal que requiere que las vidas de cada ser sean tratada con igual importancia. Sin embargo, se debe admitir que esto es verdad, aunque los individuos desde su perspectiva personal tienen pocos motivos para cumplir estas reglas, particularmente cuando estas entran en conflicto con sus intereses personales. Como tal, mientras que la sociedad tiene el deber de tratar a cada individuo con importancia equitativa, no he mostrado por qué cada individuo debería estar motivado a cumplir con este deber societario.

En respuesta, existe un buen argumento en favor de que las reglas de una sociedad incluyan un número de sanciones e incentivos que motiven a los individuos a cumplir con ellas. Como tal, dichas reglas estarían diseñadas, en la mayor medida posible, para asegurar que los individuos deban renunciar, contra su propios intereses personales, a violar estas reglas de trasfondo.

Sin embargo, mientras esto no sea posible, existirá, en efecto, un enfrentamiento entre las perspectivas personales de los individuos y las exigencias de la sociedad. A pesar de ello, la teoría permite la existencia de razones que pueden motivar a un individuo. En tanto un individuo sea racional, el argumento propuesto ha buscado mostrar por qué debe respetar las reglas de una sociedad que reconozca un principio de importancia equitativa. Como tal, en la medida en que un argumento racional o moral puede motivar, los individuos tienen buenos motivos para cumplir con los deberes de la sociedad.

Además, como ha venido siendo sostenido previamente, comprometerse con una sociedad implica tener en cuenta, por lo menos en alguna medida, las perspectivas de los demás. El tener una sociedad implica muchos beneficios desde la perspectiva personal de los individuos: proporciona, por ejemplo, un marco ordenado para la cooperación. El hecho de fallar en el cumplimiento de ciertas reglas fundamentales de trasfondo en una sociedad puede debilitar algunos de los beneficios que las sociedades comportan para los individuos. Por tanto, los individuos tienen una razón personal para cumplir con tales reglas y apoyar la estructura social.

Finalmente, es un error asumir que los individuos están únicamente interesados en sí mismos y que carecen de la capacidad de sen-

tir empatía por otros, así como de actuar altruistamente. La motivación para obedecer las reglas societarias puede que no sea puramente racional, sino que también implique empatía y elementos altruistas.

5.5. Objeción 5: ¿obligaciones en lugar de derechos?

He buscado establecer que una sociedad que reconozca la importancia equitativa de cada ser debe reconocer los derechos de tal ser a tener libertades básicas, así como a ver dichas necesidades básicas satisfechas. Onora O'Neill⁶³ ha planteado una poderosa crítica respecto del discurso de los derechos y defendido una perspectiva moral concentrada en obligaciones antes que en derechos. Ella sostiene, por un lado, que «la perspectiva de los derechos ofrece una ruta peligrosa para la formulación de las exigencias éticas, dado que deja muchas posibles obligaciones flotando en el aire»⁶⁴. Mientras que los derechos proveen de retórica para el cambio político, su debilidad consiste en que, al no poner atención a las obligaciones, es fácil olvidar las verdaderas exigencias que ellos adscriben a los agentes. Estos también fallan en especificar quiénes son los agentes responsables para que los derechos sean cumplidos. La perspectiva de las obligaciones, por otro lado, tiene poca resonancia política y a menudo es difícil de articular; sin embargo, ella tiene la ventaja de ser más realista respecto de las cargas que adscribe a los agentes, su justificación y reparto. Si el contenido de las obligaciones puede ser identificado, tendrán implicaciones para la acción y el diseño de instituciones. Aquellos que exigen derechos, por otra parte, pero que no saben quién constituye la contraparte de dichos derechos, exhalan «un aire ligero»⁶⁵.

O'Neill apunta a varias cuestiones sin respuesta propias de una teoría de los derechos orientada a intereses. O'Neill sostiene, en uno de sus argumentos, que tales derechos solo tienen valor retórico y que ellos constituyen «una amarga burla hacia los pobres»⁶⁶. La autora falla, sin embargo, en dar cuenta del trabajo que debe desarrollar una teoría de los derechos. Tal teoría pone en claro que la fuente de nuestras obligaciones hacia los demás radica en sus intereses urgentes y en un interés en tratar sus vidas como poseedoras de importancia. Ella reconoce que el incumplimiento de estos intereses torna a dichos individuos en vulnerables. Una teoría de los derechos concentra su atención en los intereses más urgentes de los seres y reconoce la importancia de verse provisto de protecciones fuertes que ayuden a poner fin a su vulnerabilidad. Simplemente no es verdad que tal teoría carezca de cualquier tipo de consecuencias guiadas ha-

⁶³ O'NEILL, 1996: 134.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*: 135.

⁶⁶ *Ibid.*: 133.

cia la acción. La importancia de los derechos fundamentales consiste en que imponen una responsabilidad a las sociedades en el sentido de asegurar que los intereses urgentes de los seres sean protegidos efectivamente. Los intereses urgentes de los seres proveen las razones para justificar nuestras obligaciones para con los demás⁶⁷. Hablar solamente de deberes falla en indicar que es nuestra conexión con los otros, que también tienen intereses, la que es de central importancia y la que nos impone obligaciones.

Consideremos el ejemplo de la persona que generalmente debe renunciar a torturar a otro⁶⁸. El enfocarnos en el hecho de que un individuo tiene el derecho a no ser torturado enfatiza el hecho de que la razón que subyace a esta exigencia es el tremendo sufrimiento causado por la tortura a la víctima. Sin embargo, también puede resaltarse que «el hecho de infligir deliberadamente sufrimiento degrada al torturador, quitándole su humanidad y socavando su integridad racional»⁶⁹. Presentar tal argumento en contra de la tortura ubica el foco de atención en el perpetrador y sus deberes. Sin embargo, concentrarse únicamente en el perpetrador y el impacto en su humanidad o racionalidad equivale a dejar de concentrarse en la víctima y sus intereses. Tal argumento basado únicamente en el deber tiende a ser —después de todo, ellos se refieren a evitar un perjuicio al perpetrador— autocomplaciente y estéril.

Por tanto, estas reflexiones sugieren que ni la perspectiva del agente —la cual favorece centrar la atención en los deberes— ni la perspectiva del receptor —la cual favorece centrar la atención en los derechos— debe recibir prioridad alguna. La perspectiva de las obligaciones se centra en el agente y aquello que le es exigible hacer. Al proporcionar razones de carácter moral o político, sin embargo, es necesario hacer referencia a los intereses de los demás. La perspectiva de los derechos se concentra en nuestras mentes no solamente en nosotros mismos y en los deberes que debemos cumplir, sino también en los demás con los cuales vivimos, interactuamos y cooperamos en este mundo.

⁶⁷ RAZ, 1986: 180, plantea que «el afirmar que un individuo tiene un derecho equivale a indicar una razón en favor de una exigencia para la acción de cierto tipo, es decir, que un aspecto de este bienestar es una razón para el deber de otra persona». Ésta formulación da prioridad a los derechos respecto de los deberes y con ello sugiere que estos no son estrictamente correlativos. Sería mejor considerar los intereses urgentes (conjuntamente con un principio de importancia equitativa) como fundados tanto en sus derechos como en sus obligaciones correlativas. El argumento ha consistido en que hablar sobre derechos sirve particularmente bien para resaltar su basamento en los intereses fundamentales de los seres, algo sobre lo que hablar de «deberes» falla rápidamente en hacer.

⁶⁸ He tomado este ejemplo de WALDRON, 1984: 13.

⁶⁹ *Ibid.*

6. CONCLUSIÓN

En este capítulo he abordado la justificación del reconocimiento de los derechos fundamentales. He sostenido que tal justificación puede basarse en el principio consistente en que una sociedad debe tratar las vidas de los individuos como poseedoras de importancia equitativa o igualitaria. El argumento hasta aquí se ha centrado en la perspectiva de los derechos y de los intereses urgentes que están protegidos por ellos. El siguiente capítulo estará referido a la perspectiva del agente y los deberes que surgen de un reconocimiento de estas facultades fundamentales.

CAPÍTULO III

DEFINIENDO NUESTRAS OBLIGACIONES INCONDICIONALES

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior he planteado un argumento en favor de considerar a los derechos fundamentales como uno de los prerrequisitos necesarios para vivir una vida de valor. Sin embargo, para poder derivar deberes prácticos a partir de dichos derechos es necesario tener en cuenta consideraciones adicionales. En este capítulo trataré de delinear un marco analítico para llegar a los deberes reales que surgen a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales. Primero, plantearé ciertas razones en favor de pensar que no podemos partir directamente desde el argumento en favor de reconocer derechos fundamentales hacia los deberes prácticos referentes a la implementación de tales derechos. Segundo, sostendré que, como resultado de estas dificultades, es deseable que nuestro análisis distinga entre derechos «condicionales» y derechos «incondicionales». Tercero, delinearé cinco factores importantes que deben ser tomados en cuenta al momento de movernos desde un derecho condicional hacia un derecho incondicional; dichos factores son: escasez, urgencia, sacrificio, efectividad y distribución. Finalmente, concluiré con un argumento referido a que el marco general dentro del cual se ha de tomar una decisión respecto del contenido de nuestros deberes prácticos a implementar derechos fundamentales es un complejo marco consecuencialista.

2. PREGUNTAS SIN RESPUESTA EN TORNO AL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

El argumento planteado en el capítulo II fue diseñado para mostrar que el trasfondo de reglas de una sociedad debe reconocer ciertas facultades o competencias básicas a los seres a fin de que estos tengan los prerrequisitos necesarios para llevar una vida de valor. Sin embargo, si el contenido de los derechos es especificado en este sentido,

entonces parece que una sociedad siempre podría incumplir con sus obligaciones a no ser que las necesidades básicas de cada uno sean satisfechas. Sin embargo, sostener tal posición no es plausible y conduce a un sinnúmero de problemas prácticos y de principio.

En primer lugar, tal teoría de los derechos falla en responder la cuestión central en el sentido de quién es el que tiene la obligación de que estos derechos se realicen. Mientras se ha venido sosteniendo que una sociedad tiene la obligación general de realizar estos derechos, no existe mayor especificación en el sentido de quién es el responsable dentro de la sociedad para su implementación. En particular, no es claro en qué medida son los individuos los llamados a tomar la responsabilidad de satisfacer sus propias necesidades básicas. Por tanto, debe dedicarse mayor atención a la pregunta en torno a quiénes son los agentes encargados de realizar estos derechos ¹.

En segundo lugar, la teoría de los derechos no dice nada respecto a la posibilidad de realizar los derechos en cuestión (la grave escasez no puede impedir que se defiendan estos derechos). Dado que a veces la imposibilidad de realizar derechos fundamentales puede deberse a factores que se encuentran fuera del control de una sociedad, parece una equívocación afirmar que la sociedad haya incumplido con una obligación que ella no puede por sí misma cumplir. El principio ético del sentido común que plantea que uno no está obligado a realizar aquello que se encuentra dentro del ámbito de lo posible parece descartar una obligación referida a hacer aquello que esté más allá del poder de lo humanamente posible.

En tercer lugar, la teoría de los derechos no parece sentar límite alguno a las exigencias que deben ser hechas a los individuos y a las instituciones. Incluso una sociedad que ha hecho inmensos sacrificios para realizar las necesidades básicas de todos, puede seguir incumpliendo sus obligaciones si cualquiera permanece por debajo del umbral requerido para realzar sus derechos. La teoría, por tanto, no dice nada respecto de las dimensiones de las demandas que pueden ser impuestas a los individuos y a las instituciones. Sin embargo, es completamente posible que el logro de las capacidades básicas para todos aquellos situados bajo las condiciones de una escasez moderada pueda perfectamente exigir que todos los recursos de la sociedad sean destinados a alcanzar tales capacidades básicas. Arte, cultura, deporte y otras cosas más pueden requerir ser satisfechas en una sociedad que reconozca tales derechos.

Tomemos en consideración el proporcionar procedimientos médicos costosos tales como el trasplante de corazón o la diálisis de ri-

¹ La crítica de O'NEIL contra los derechos (1996), la cual fue objeto de un breve análisis en el capítulo anterior, falla en mostrar que nosotros debemos reemplazar el discurso de los derechos con uno en torno a los deberes, pero resalta la necesidad de incluir una discusión de asuntos referidos a la distribución de deberes, por ejemplo, dentro de una teoría de los derechos.

ñones. A pesar de que estos procedimientos son necesarios para asegurar que la gente tenga las capacidades más básicas —la propia capacidad de vivir— su costo es a menudo exorbitante². Si se requiere que todas las personas sean puestas en el nivel en que sus capacidades básicas sean equitativamente realizadas, la mayoría, no todos, de los recursos de dicha sociedad podrían entonces ser dedicados a la consecución de este fin³.

Esto parece tener dos efectos. Primero, dado que algunos necesitarán un grado mucho mayor de recursos a fin de asegurarse contar con las capacidades básicas necesarias para satisfacer los umbrales que he definido, una sociedad deberá terminar por invertir elevadas cantidades de recursos en favor de algunos privando a otros. Podría objetarse que ello conduciría a que algunas vidas sean tratadas como más importantes que otras. A pesar de ello se puede responder que tal situación sería aceptable a fin de asegurar que cada uno posea las capacidades básicas que las reglas de la sociedad deben proteger. La importancia equitativa conlleva que cada persona tenga las mismas capacidades mínimas, y, como tales, el gasto diferenciado de los recursos será mandado antes que prohibido por el principio de igualdad.

El problema con esta respuesta, sin embargo, radica en que no hace justicia precisamente al caso que ha venido siendo propuesto a fin de valorar las capacidades básicas. El problema consiste en que nosotros queremos capacidades básicas para facultarnos vivir vidas que van más allá de la realización de tales capacidades. Nosotros deseamos capacidades y recursos que nos permitan vivir vidas de valor: tener experiencias positivas y realizar nuestros fines o propósitos. Las capacidades básicas vienen a ser las condiciones necesarias para realizar fines valiosos. Dedicar todos los recursos de la sociedad a la consecución igualitaria de las capacidades básicas equivaldría a elevar los medios que conducen a una vida valiosa hasta el estatus de fines en sí mismos.

Frank Michelman⁴ ha planteado, muy elocuentemente, la misma cuestión al distinguir entre aquello que él denomina bienes básicos (por lo general análogos a aquellos que he señalado) y bienes residuales (aquellos que van más allá de los bienes básicos). Él desarrolla su argumento de la siguiente manera:

Es verdad que para cualquiera que se ubique por debajo de X en el lado de los bienes básicos los bienes residuales no tienen valor alguno —o, como podríamos decir, existe un incumplimiento de las necesidades básicas—. Pero también parece ser igual de cierto que para

² Este difícil problema surgió en el caso *Soobramoney vs. Minister of Health* (Kwazulu-Natal) 1998 (1) SA765 (CC) que será abordado en el capítulo VI.

³ Cfr. DWORKIN, 2000: 308, para una explicación de cómo el elevado costo de las tecnologías médicas requiere que estas sean racionadas para evitar este resultado incluso en los países desarrollados.

⁴ MICHELMAN, 1975: 338.

cualquiera a quien le falten los bienes residuales, la satisfacción de las necesidades básicas no tiene sentido alguno —concediendo solo una estructura básica, sin posibilidad alguna de construir una superestructura o sin posibilidad de realizar sus propios fines—. La ausencia extrema de bienes residuales parece representar, por tanto, desventajas significativas no menos severas que las causadas por la existencia de necesidades básicas. No existe un fin claro en el hecho de satisfacer las necesidades básicas de algunos cuando el costo equivale a eliminar los bienes residuales de los demás.

Este problema surge para todo aquel que respalde una concepción de valor que reconozca una esfera de intereses urgentes y que representen condiciones necesarias para la realización de aquellos aspectos de la vida que dan valor a nuestras vidas. En efecto, Fishkin⁵ presenta un argumento general enfocado a mostrar que dos de nuestras asunciones morales básicas entran en conflicto siempre que estemos tratando con obligaciones positivas en una amplia escala. Primero, sostiene que existe un reconocimiento general de que tenemos por lo menos algunas obligaciones positivas generales que nos conminan a ayudar a otros. Los derechos fundamentales que cuentan con una dimensión positiva realizarían esta función en la teoría que he desarrollado. Segundo, sostiene que nosotros reconocemos que existen «límites a aquello que cualquier otra persona puede exigirnos como una cuestión de deber u obligación»⁶. Sin embargo, cuando nos ocupamos, por ejemplo, de la pobreza en una sociedad o a nivel global, entonces incluso el reconocer ciertas obligaciones positivas mínimas implicará numerosos sacrificios extremadamente numerosos de los individuos y ello violaría la segunda asunción. Por tanto, Fishkin identifica lo que él considera ser un problema general: que nuestras asunciones morales básicas entran en conflicto en tales casos.

Fishkin no busca, sin embargo, explicar la fuente de estas aparentemente diferentes asunciones morales y sugiere meramente que constituyen puntos fijos en nuestro razonamiento moral. En la última afirmación parece estar en lo correcto. Sin embargo, desde mi punto de vista, la fuente de este conflicto deviene clara si reconocemos que surge no en virtud de los principios de moralidad en conflicto o divergentes, sino más bien en virtud de un núcleo común referido a la concepción de valor. La cuestión consiste en que una sociedad que respete el principio de importancia equitativa debe proteger la capacidad de los individuos de llevar vidas valiosas. Para hacer esto requiere proteger sus intereses urgentes para satisfacer los umbrales que he identificado. El problema consiste en que al asegurar que cada uno alcance estos umbrales, una sociedad debería facilitar que sus individuos alcancen realmente vidas valiosas, siendo forzados a satisfacerse a sí mismos solo con aquello que sea necesario para cubrir

⁵ FISHKIN, 1982.

⁶ *Ibid.*: 7.

sus necesidades básicas⁷. La importancia de satisfacer las necesidades, sin embargo, es definida en relación con los valores que van más allá de lo básico, por tanto, una obligación de satisfacer las necesidades básicas sirve para garantizar el cumplimiento de valores que provean las razones reales para considerar la satisfacción de las necesidades como importantes⁸.

Hasta este momento el argumento busca establecer que al determinar las obligaciones resultantes del reconocimiento de los derechos fundamentales no tiene sentido exigir que los individuos se vean reducidos a un nivel en el cual solo tengan necesidades básicas. Debe existir un espacio en el cual las personas puedan esperar tener experiencias positivas, así como realizar sus fines o proyectos y propósitos que consideren valiosos. Este espacio puede ser considerado como intrínsecamente conectado con el valor que tiene para los individuos vivir vidas por sí mismos en las cuales puedan realizar los valores que les son importantes. La cuestión crucial que es planteada por esta discusión y que es más difícil de responder es si algunos individuos deben tener un espacio para perseguir sus proyectos más allá de lo básico, mientras otros individuos carecen incluso de dichas necesidades básicas. El argumento hasta este momento ha buscado establecer la necesidad de tal espacio, pero aún no ha respondido a dicha cuestión en toda su extensión⁹.

3. DERECHOS CONDICIONALES E INCONDICIONALES

Las dificultades con la teoría de los derechos fundamentales que he esbozado sugieren que no nos podemos mover simplemente desde un argumento basado en la necesidad de una sociedad de reconocer tales derechos como deberes a la realización de los mismos. Un número adicional de consideraciones prácticas y normativas requieren ser tomadas en consideración debido a que podrían modificar las obligaciones reales que se espera cumpla una sociedad. Es, por tanto, importante desarrollar un marco analítico que nos permita llegar a conclusiones referidas a las obligaciones prácticas que una sociedad que reconozca derechos fundamentales está obligada

⁷ DWORKIN, 2000: 309, plantea un argumento similar cuando postula que «es absurdo que una comunidad deba considerar tener una vida larga como un bien que debe ser proporcionado a toda costa —incluso una comunidad que considere que sus miembros tengan una vida larga escasamente como digna de ser vivida—». Este autor falla, sin embargo, en explicar las profundas razones para esta afirmación.

⁸ El problema surge incluso si uno acepta que existe algún valor intrínseco en la satisfacción de necesidades básicas. Es poco plausible suponer que solo la realización de las necesidades básicas constituye un valor intrínseco en la vida de los seres. En tanto la satisfacción de las necesidades permanezca por lo menos como parcialmente instrumental a la realización de las otras fuentes de valor intrínseco, será objetable enfocarse solo en la realización de tales necesidades.

⁹ Dicha cuestión será abordada más adelante en este capítulo.

a cumplir. En esta sección me ocuparé de la forma en la cual debemos estructurar nuestra investigación en torno al contenido de estas obligaciones.

Una forma de evitar este problema consiste en sostener que es un error separar el contenido de las obligaciones prácticas de la cuestión concerniente al contenido de los derechos fundamentales. Se puede sostener que en lugar de especificar el contenido de tales derechos en la forma en que he sugerido —haciendo referencia a los intereses fundamentales de los individuos— el contenido de tales derechos debería ser especificado de tal manera que tome inmediatamente en cuenta todos los factores prácticos y normativos relevantes que están relacionados con un contexto particular y, por ende, evitar las dificultades que he delineado. Tal investigación significaría que un conjunto de estos factores deben ser incorporados en nuestro análisis tan pronto se valore el contenido de un derecho fundamental: adicionalmente a los intereses individuales que estén en juego, debemos tener en cuenta los límites de las obligaciones que pueden ser impuestas a los individuos, la escasez de recursos, la posibilidad de compartir cargas y otros factores más. En última instancia, no existe separación entre los derechos que una sociedad reconoce y las obligaciones prácticas que tiene para realizar tales derechos. Solo existe una investigación y el contenido tanto de derechos como de obligaciones es determinado por un juicio ponderativo que considere todas las posibilidades (*all-things-considerate*) que tome en cuenta una variedad de factores diversos en un contexto particular.

La dificultad de adoptar esta estrategia analítica consiste en determinar el contenido de los derechos en un paso; se puede perder fácilmente el sentido de para qué existe el derecho, reduciendo su contenido a un conglomerado de factores cada uno de los cuales ha sido agrupado como resultado de una amplia variedad de consideraciones justificadoras. La urgencia de los intereses fundamentales y la igual importancia de los seres deben ser equilibradas conjuntamente con un interés por la libertad y la integridad de un individuo, la posibilidad de realizar las exigencias morales y la influencia que el entorno social tiene sobre tales exigencias. La complejidad de alcanzar tal juicio basado en todas las posibilidades (*all-things-considered*) puede contraponerse a lo que he identificado como característica central de un derecho fundamental: que el derecho fundamental ofrece protección para un interés urgente que mana del interés de una sociedad en que cada una de las vidas tenga una importancia equitativa.

El problema se asemeja a la duda que generalmente surge en los principios éticos. Dado que los principios universales son abstractos y a veces entran en conflicto con consideraciones contrapuestas, no pueden determinar por y en sí mismos qué tipo de acción debe ser desarrollada en una circunstancia particular. Consecuentemente, se sostiene que tales principios son vacíos y no pueden en efecto guiar

el accionar¹⁰. En lugar de ello, nuestra atención, se dice, debería concentrarse en realizar juicios tomando en cuenta todas las posibilidades (*all-things-considerate*) en contextos particulares donde consideremos varias descripciones sobre cursos de acciones particulares y evaluemos si las mismas se adecuan o no a nuestros sentidos morales. La ética y la filosofía política, se afirma, realizarían mejor su tarea si renunciasen a principios generales y si se limitasen simplemente a exigir una forma de juicio ético a ser puesto en práctica en casos particulares¹¹.

Sin embargo, tal y como O'Neill sostiene, «el hecho de que los principios determinen el accionar significa solo que no proveen a aquellos que los adopten de un piloto automático para la vida, y no que no la estructuren o restrinjan. Siempre es necesario realizar juicios a fin de usar o seguir —y desobedecer— reglas o principios, pero los principios no son por ello menos importantes»¹². El problema con la visión que busca descartar los principios gira en torno a cómo identificar y guiar la acción. Donde se ponga especial atención en el contexto y la particularidad por encima de cualquier otra cosa, la pregunta que surge consiste en ¿qué es lo que subyace a las decisiones éticas que son tomadas en tales contextos? Los principios posiblemente no terminen la acción, pero ellos proveen el marco normativo en cuyos términos nosotros juzgamos qué hacer en contextos particulares y qué es lo relevante en tales contextos. Ellos también proveen el marco en el cual pueden tener lugar las discusiones concernientes a casos particulares y en los cuales podemos articular desacuerdos inteligentes sobre tales casos. O'Neill resume la importancia de los principios generales en nuestra vida moral como sigue: «Sin ellos podríamos terminar flotando entre los restos de las descripciones disponibles, incapaces de orientarnos en un curso de acción o de vida, para navegar entre las posibilidades o instituciones existentes, para diagramar nuestra ruta hacia nuevos principios, o entrar en razón con aquellos con los cuales no estamos de acuerdo»¹³.

Por tanto, es importante mantener nuestra atención en las características normativas generales del mundo político que son relevantes en contextos particulares. Hacerlo tiene un impacto en cómo estructuramos nuestras investigaciones en torno a los derechos. Consecuentemente, a fin de asegurar que las consideraciones que motivan reconocer los derechos fundamentales reciban el peso que les corresponde en nuestro discurso moral, es importante dividir los estados de nuestra

¹⁰ Cfr. O'NEILL, 1996: 78.

¹¹ Esto parece ser uno de los principales argumentos que subyace a ciertas críticas en contra del enfoque sobre el contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos y en favor del enfoque de «razonabilidad», el cual destaca al contexto por encima de todo y busca prescindir de la necesidad de determinar el contexto de principios más específicos. Cfr. capítulos V y VI.

¹² O'NEILL, 1996: 78.

¹³ *Ibid.*: 89.

investigación en torno al contenido de los derechos que tenemos. Estos dos estados se corresponden con una distinción que delinearé entre el contenido de los «derechos condicionales» y el contenido de los «derechos incondicionales». Un «derecho incondicional» se concentra en la perspectiva del receptor: cada individuo tiene ciertos intereses fundamentales que son los prerequisites necesarios para llevar vidas de valor. El interés de una sociedad que reconozca la importancia equitativa de las vidas implicará que cada ser deba ver protegidos sus intereses fundamentales¹⁴. Siempre que el interés fundamental de un ser se ve afectado, dicho ser sufre un daño grave y tiene una pretensión *prima facie* a que la sociedad asegure que este interés fundamental se vea protegido.

Un «derecho incondicional» se concentra en la perspectiva del agente: se ocupa del hecho de que el respetar y defender derechos condicionales puede llevarse a cabo en circunstancias de escasez, e implica una acción por parte de los agentes que tienen sus propios intereses. Existen, por tanto, características moralmente relevantes que se encuentran en el mundo en el cual los derechos han de ser realizados y que, en severas circunstancias, justifican fallar en la completa realización del derecho condicional. Tal noción requiere que se preste atención a las cuestiones de eficiencia y la distribución de cargas. La determinación de las obligaciones actuales de una sociedad solo puede realizarse después de que estos factores prácticos y normativos hayan sido tomados en consideración. Por ende, yo me refiero a esta noción como un «derecho incondicional» o una «obligación incondicional», lo cual describe que es esta la noción que finalmente transmite aquello que debe ser hecho en una circunstancia particular¹⁵.

La diferencia entre estas dos nociones puede ser aclarada tomando en cuenta algunas distinciones útiles desarrolladas por otros autores en relación con los derechos. Kramer¹⁶ toma en consideración

¹⁴ Es inusual pensar un derecho en la forma de una relación entre dos partes en la que una detenta una exigencia en contra de que otra realice determinadas cosas. SEN sostiene, sin embargo, que existe alguna ventaja «al caracterizar a los derechos regulativos como una relación no establecida primariamente entre dos partes, sino entre una persona y algún tipo de capacidad en función de la cual él tiene un derecho, por ejemplo, la capacidad de una persona "i" de transitar libremente sin ser dañado» (SEN, 1988: 200). Esta sugerencia concuerda muy bien con lo racional para derechos condicionales: estos intereses importantes están dedicados a justificar el reconocimiento de tales derechos. Ello también enfatiza la cuestión consistente en que en relación con los derechos condicionales existe un énfasis en torno a la perspectiva basada en el receptor antes que en torno a la perspectiva del agente. Sin embargo, finalmente parece que tal noción carece de coherencia. SEN ha cometido el error de identificar un «interés» con una «competencia» (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 44). Parece poco claro que encontremos sentido a la noción de competencia sin alguna idea en torno a que la competencia está dirigida a alguien más. La especificación de una capacidad o interés no requiere de la consideración de cualquier otra persona; una exigencia en torno al derecho a tener una capacidad de proteger sí requiere tal consideración.

¹⁵ Dado que esta noción está orientada a la acción, preferiré generalmente la locución «obligación incondicional».

¹⁶ KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998.

una objeción a su visión sobre la correlatividad de derechos y deberes planteada por Raz y MacCormick. Ellos sostienen que podemos atribuir un derecho a alguien antes de que podamos explicarlo completamente o incluso especificar en contra de quién está dirigido dicho derecho. A fin de explicar cómo es posible incorporar esta característica de los derechos en su visión, Kramer¹⁷ introduce tres conceptos importantes. Primero, hace referencia al concepto «intereses personales». Segundo, hace referencia a aquello que él denomina «competencias incipientes». Estas consisten en el juicio en torno a que «ciertos intereses merecen protección moral y legal en tanto no estén determinados»¹⁸. Tercero, hace referencia a «competencias definidas», las cuales consisten en las formas de protección moral o legal que son realmente conferidas. Decir que alguien tiene un derecho, a pesar de que nadie sepa en qué consiste el mismo, equivale a decir, de acuerdo con Kramer, que cierto interés merece protección moral o legal. Al moverse desde competencias incipientes hacia competencias definidas, Kramer sostiene que deben satisfacerse dos condiciones. Primero, el tipo de protecciones legales que han de ser ofrecidas deben estar definidas adecuadamente. Segundo, se debe especificar en contra de quién se ostenta el derecho. Al reconocer la necesidad de especificación adicional reconoce el problema que autores como O'Neill presentan en contra del discurso de los derechos fundamentales en general. Sin embargo, tal y como indica, muchos de estos problemas afectan solo al estado de las competencias incipientes.

Lo que justifica la introducción de un derecho condicional viene a ser, como he sostenido, un interés por la importancia equitativa de las vidas, así como el reconocimiento de que los seres tienen ciertos intereses fundamentales. Tal derecho puede tener consecuencias prácticas: después de todo, un corolario necesario de tal derecho consiste en que se deben adoptar los medios efectivos para realizar el interés que él mismo protege. Para esto es posible que se requiera especificar ciertas cosas que han de ser hechas: por ejemplo, el alimento debe ser proporcionado a aquellos que carecen de él. A pesar de ello, es condicional en el sentido de que el derecho solo impondrá una obligación incondicional a actuar en casos en los que ciertas consideraciones relevantes adicionales no modifiquen las exigencias prácticas impuestas por el derecho condicional. Donde sean puestas en práctica, estas consideraciones adicionales pueden, dependiendo de las circunstancias, tener dos efectos principales en las obligaciones impuestas por los derechos condicionales. Por un lado, pueden dictar que el derecho no sea realizado en absoluto. Debido a la importancia de los intereses protegidos por el derecho, este es un escenario improbable. Alternativamente, pueden exigir que un derecho sea realizado parcialmente y con ello modificar las obligaciones prácticas que un derecho condicional puede imponer.

¹⁷ *Ibid.*: 46.

¹⁸ *Ibid.*

Incluso cuando un «derecho condicional» pueda tener sus propias implicaciones prácticas, estas pueden ser modificadas o negadas por consideraciones que deben ser incorporadas al momento de determinar las obligaciones prácticas de una sociedad. Por tanto, en cierto sentido, las consecuencias prácticas de los «derechos condicionales» son, en términos de Kramer, «indefinidas». Sin embargo, la falta de definición no es la característica central de estos derechos condicionales: se ha venido afirmando que tales derechos, en efecto, tienen sus propias consecuencias prácticas claras. Por el contrario, es el hecho de que se encuentren sujetas a modificación por diversas consideraciones lo que causa tal falta de definición. Por ende, es preferible especificar la distinción que he pretendido definir en términos de derechos «condicionales» e «incondicionales» en lugar de distinguir ente competencias «incipientes» y «definidas».

Esta distinción captura otra importante característica de los derechos condicionales: el que generalmente no son absolutos. Como resultado de esto, los teóricos se han referido a menudo a los «derechos *prima facie*», los cuales pueden ser superados por otro derecho, obligación u otras consideraciones¹⁹. Aiken²⁰ sostiene que existen dos formas distintas para operar con derechos *prima facie*. La primera consiste en afirmar que tales derechos solo se ven como derecho y no constituyen realmente derechos sino hasta que se realice un juicio completo. Si mi derecho *prima facie* a tener control sobre mis bienes supera tu derecho a recibir mi asistencia, «entonces yo tengo un derecho y tú no tienes ninguno —tú dejas de tener una exigencia legítima en mi contra—. Los derechos son, en efecto, determinados por derechos de acción»²¹. El problema de este enfoque radica en que falla en explicar por qué consideramos al derecho *prima facie* inicial como poseedor de alguna fuerza y por qué tal fuerza se desvanece completamente una vez que otras consideraciones son tomadas en cuenta. Es también probable, como mencionamos antes, que se confundan distintas consideraciones basadas en distintas perspectivas justificatorias.

La alternativa consiste en entender los derechos *prima facie* como legítimos pero como exigencias morales derrotables. «Cuando estas pretensiones entran en conflicto y debemos escoger actuar en función de una, la otra (superada) permanece como una exigencia legítima incluso a pesar de que la misma sería equivocada en las circunstancias para actuar en función de ella»²². Consideremos un ejemplo donde A

¹⁹ El término «*prima facie*» puede tener dos significados: primero, que la frase puede significar «con base en una consideración inicial» o «luego de haber tomado en cuenta solo algunos factores relevantes»; segundo, puede significar «susceptible de ser superado por otras consideraciones más apremiantes». Estos significados no se excluyen mutuamente, ni tampoco son equivalentes. El término usado en esta sección se refiere al segundo de los significados expuestos. Cfr. también Ross, 1930.

²⁰ AIKEN, 1977b.

²¹ *Ibid.*: 94.

²² *Ibid.*

apunta con una pistola a la cabeza de B amenazándole con matarle si no asalta a C. El derecho *prima facie* de C a no ser asaltado permanece como una exigencia legítima, aunque, en tales circunstancias, parece ser que B se encuentra excusado de cumplir con el mismo. La cuestión de reconocer derechos condicionales se refiere parcialmente al hecho de que tales derechos conservan una fuerza moral incluso donde a uno no se le exige actuar conforme a ellos. Por tanto, los derechos condicionales pueden ser considerados como derechos *prima facie* en este segundo sentido descrito por Aiken.

Los derechos condicionales protegen aquellos intereses que tienen razones particularmente fuertes que valorar y los cuales requieren fuertes consideraciones compensatorias para ser superados. Scalon, por ejemplo, reconoce los problemas que implica concebir a los derechos como barreras morales y prefiere una «visión ponderativa, de acuerdo con la cual tal derecho represente meramente un valor importante entre otros y las decisiones deben ser alcanzadas realizando una ponderación adecuada entre ellos»²³. Estas decisiones definitivas son similares a la noción de «derechos incondicionales», la cual surge como resultado del juicio que uno hace en torno al contenido de los deberes de una sociedad hacia los seres tras tener en cuenta todas las características relevantes de una situación²⁴.

Tal estructura del razonamiento moral no es particular al contexto de los derechos. Jonathan Dancy, por ejemplo, sostiene que el razonamiento moral requiere en general hacer referencia a la noción de una razón contributiva. «Una razón contributiva es una característica cuya presencia hace que algo sea un motivo para actuar, pero de tal manera que el caso general para hacer dicha acción puede ser mejorado o reforzado por la suma de una segunda característica que juega un rol similar»²⁵. También puede haber razones contributivas que favorezcan una alternativa o un curso de acciones opuesto que derrote definitivamente a las razones contributivas en favor de un curso particular de acción.

Dancy explica la noción de una razón contributiva en términos de favorecimiento: el que yo haya prometido realizar una acción, por ejemplo, es una razón en favor de realizarla. No todas las razones, desde su punto de vista, favorecen la realización de algo; algunas son condiciones propiciadoras que favorecen una relación en particular. Por tanto, si una promesa es hecha bajo coacción, entonces la razón contributiva inicial no favorecerá el mantenimiento de la promesa (en sus términos, ello deshabilita aquello que en otras circunstancias se-

²³ SCALON, 1984: 146.

²⁴ ROSS, 1930: 19 ss., y MELDEN, 1977: 4 ss., también se refieren al concepto de obligaciones *prima facie* y a las consideraciones que toman en cuenta todas las circunstancias posibles (*all-things-considerate*). La noción de DANCY (1993: 106) de razones contributivas también tiene relevancia en este contexto.

²⁵ DANCY, 2004: 15.

ría una razón). Sin embargo, el hecho de que una promesa no sea dada bajo condiciones de coacción no provee en sí mismo una razón para hacer algo: ello habilita meramente la razón (que he prometido hacer X) en favor de un curso de acción en particular. La presencia o ausencia de algunas razones es, por tanto, necesaria para que otros realicen su trabajo favorecedor. Además, algunas razones no son en sí y por sí mismas para un curso de acción en particular, sino que intensifican o atenúan las razones primarias para realizar una tarea en concreto. Estas son formas útiles para captar la idea de que existen diversas vías en las cuales las razones pueden favorecer o contradecir un curso de acción en particular. Estas distinciones, consecuentemente, nos ayudan a entender el impacto que ciertas razones deben tener en el cumplimiento de los derechos condicionales y son, por tanto, cuestiones importantes a tener en cuenta cuando se consideran los diversos factores que son relevantes en el proceso de conversión de los derechos condicionales en obligaciones incondicionales.

4. TRADUCIENDO DERECHOS CONDICIONALES EN DERECHOS INCONDICIONALES

El haber delineado la distinción entre derechos condicionales e incondicionales no es suficiente para agotar todo lo relacionado con nuestros deberes reales respecto de los demás.

He intentado establecer que esta estructura de dos niveles, de la cual se compone la investigación sobre el contenido de los derechos, nos permite concentrar nuestra atención en los intereses de los seres al mismo tiempo que no olvidamos otras consideraciones cruciales de tipo moral y pragmático. Esto también concede un rol a los principios morales universales sin provocar que la investigación sobre los derechos colapse en un juicio sin fundamento y de naturaleza particularista. En el capítulo anterior he propuesto una justificación posible para los derechos condicionales. Lo que queda en este capítulo es discutir algunos de los factores más importantes que deben ser considerados al traducir derechos condicionales en derechos incondicionales. El argumento expuesto en esta sección asume que no es suficiente reconocer meramente que los derechos condicionales por sí solos no son adecuados para determinar un curso de acción; debemos entender que la clave normativa y las consideraciones prácticas que surgen en los contextos de la vida diaria tienen un impacto en nuestra capacidad de traducir derechos condicionales en obligaciones incondicionales de la sociedad.

4.1. Escasez

Uno de los factores principales que hacen que la realización de derechos condicionales sea complicada es el hecho de que existe una mo-

derada escasez de recursos²⁶. Si existiese una completa abundancia de recursos, las capacidades básicas de todos podrían ser realizadas en un nivel mínimo suficiente y todos podrían aún estar en posibilidad de realizar una amplia gama de propósitos. No habría necesidad de imponer sacrificios a algunos a fin de lograr el bienestar de otros, y los derechos condicionales podrían ser por lo general realizados sin ningún tipo de problema compensatorio. El mundo, sin embargo, no tiene en abundancia todos los recursos que necesitamos para satisfacer todos nuestros derechos condicionales. Sin embargo, el problema de la escasez de recursos es más agudo para algunas sociedades. Incluso sociedades desarrolladas en el mundo tales como Estados Unidos y Reino Unido operan bajo algunas limitaciones derivadas de la escasez de recursos. A pesar de ser costoso, el cuidado médico básico para la vida debe estar asegurado para todos, asimismo una amplia investigación debe ser llevada a cabo para realizar las capacidades básicas de cada ser; es probable que virtualmente todo el presupuesto gubernamental podría ser usado en tales actividades. Por tanto, en casi todos los países es necesario contar con alguna forma de cuidado médico racionalizado²⁷. Para resolver tales problemas es, por tanto, necesario tener algún entendimiento de los recursos que están a disposición de una sociedad para realizar los derechos básicos²⁸.

Estos niveles de escasez variarán en relación con los diferentes recursos. En lo relacionado con los recursos que son necesarios para proveer el cuidado de salud que cada individuo requiere para ser capaz de realizar una amplia variedad de propósitos, la escasez que conlleva tal decisión tiene que ser superada satisfaciendo este umbral para todos y salvaguardando alguna capacidad a fin de que los individuos realicen proyectos que estén más allá de lo básico. De otro lado, en relación con los recursos necesarios para proveer otras necesidades básicas, es posible garantizar a cada uno el acceso a estos recursos sin poner en peligro la capacidad de realizar proyectos que estén más allá de lo básico. Por tanto, el asegurar a cada ser una adecuada nutrición no implica que se deba reducir la cantidad de fuentes de alimentación a un punto donde cada individuo solo tenga una cantidad mí-

²⁶ RAWLS considera que la escasez moderada de recursos es una de las circunstancias objetivas que conduce, en primer lugar, a problemas en torno a la justicia: «Las circunstancias de justicia se dan siempre que, en condiciones de escasez moderada, las personas presentan exigencias divergentes respecto de la división de las ventajas sociales» (RAWLS, 1999a: 110). Escasez moderada implica, a su vez, que «mientras que los acuerdos mutuamente ventajosos son factibles, los beneficios que ellos persiguen quedan por detrás de las demandas que los hombres presentan» (*ibid.*).

²⁷ Cfr., por ejemplo, DWORKIN, 2000: 308.

²⁸ Para realizar tal determinación puede ser necesario tener que especificar cómo han de ser distribuidos los recursos del mundo entre las diferentes sociedades. No es de ninguna manera evidente que una sociedad esté facultada a reclamar todos los recursos que estén dentro de sus dominios y puede ser que las transferencias entre sociedades sean importantes en la determinación del grado de escasez en una sociedad en particular. Cfr., por ejemplo, POGGE, 2002, quien también desarrolla este punto.

nima de comida necesaria para vivir. Sin embargo, puede darse el caso de que se necesite cambiar la manera en que producimos alimento imponiendo ciertos sacrificios en las personas: a fin de reducir la escasez puede darse el caso que ciertos tipos de comida no puedan ser proporcionadas debido al uso ineficiente de recursos²⁹. Las personas pueden, por ende, verse obligadas a renunciar a ciertas comidas a fin de asegurar que todos tengan por lo menos una nutrición adecuada.

Este último punto sugiere que debemos hacer una distinción entre distintos tipos de escasez. Algunas formas de escasez no pueden ser cambiadas como resultado de alguna acción de nuestra parte: la cantidad total de petróleo natural o de terreno disponible en el mundo es fija y no puede ser incrementada, por lo general, por ninguna de nuestras acciones³⁰. Podemos referirnos a tal escasez fuera de los límites como «escasez natural absoluta». Sin embargo, incluso en estos ejemplos es posible que los humanos regulen el uso de esos recursos. Por ejemplo, las personas pueden regular el número de las actividades relacionadas con la extracción de petróleo del mundo natural. Podemos invertir mayor o menor esfuerzo en la búsqueda de petróleo y, cuando lo encontremos, podemos elegir la forma en la cual queramos explotarlo. También podríamos regular incluso nuestra confianza en las tecnologías basadas en el petróleo y, por ende, reducir nuestra necesidad del mismo. Nuestras decisiones tendrán, por tanto, impacto en la medida en que un recurso sea explotado en niveles absolutos y en la medida en la cual sea necesario realizar mutuas concesiones entre los individuos.

Similarmente, mucho del discurso en torno a la escasez surge en relación con el hecho de que ciertos bienes son particularmente caros y, por tanto, una sociedad está limitada en términos de su capacidad de adquirir estos bienes. Las razones por las cuales dichos bienes son costosos pueden variar. A veces, la producción de un bien caro puede implicar mucho tiempo y experiencia, características que tienen pocos individuos. Dado que el tiempo, esfuerzo, y experiencia pueden ser recursos escasos, nuestra capacidad de producir tales bienes es un hecho limitado. Ello podría explicar su coste.

²⁹ La carne es una forma de alimento increíblemente ineficiente. Usamos las granjas para cultivar una vasta cantidad de grano, pero luego este es dado a los animales y luego estos animales son a su vez comidos. «Tenemos que alimentar a los animales con ocho libras de proteína en forma de grano a fin de obtener una libra en forma de carne, lo cual equivale a una pérdida del 87,5 por 100». (RACHELS, 1977: 184). En Estados Unidos, el 78 por 100 de todo el grano producido es dado a los animales (*ibid.*: 185). Este argumento sugeriría la necesidad de reducir el consumo de carne a fin de asegurar una nutrición adecuada para todos. Tal argumento existe independientemente a cualquier juicio en contra de comer carne que surja a partir del principio que nos exige respetar los derechos básicos de los animales no humanos.

³⁰ Esto si asumimos que los humanos no desarrollen nuevas técnicas para obtener petróleo a partir de otras fuentes. En cuanto al terreno, también puede ocurrir que se vea extendido por circunstancias naturales (volcanes) y, en ocasiones, por el esfuerzo humano dirigido a extender terreno en el mar (tal y como ocurre actualmente en Dubai).

De otro lado, un número de bienes es costoso debido a la estructura del lugar donde se los comercializa y al hecho de que ciertas compañías tienen un monopolio respecto de la producción de ciertos bienes. Los medicamentos necesarios para salvar vidas por lo general caen dentro de esta categoría, en la cual estos bienes devienen en particularmente costosos debido a las patentes que son obtenidas por las compañías farmacéuticas. Mientras que las patentes pueden reflejar una amplia investigación y desarrollo, el precio de los medicamentos por lo general excede en mucho el coste de su producción. Como tal, el déficit de medicamentos imprescindibles para la vida, que es atribuido a la «escasez de recursos», no puede ser considerado del todo como proveniente de una «escasez natural absoluta», sino debido a una estructura monopolista en el mercado.

El distinguir tipos de escasez es importante en la medida en que ello tiene un impacto sobre las obligaciones que una sociedad debe cumplir a fin de asegurar que los derechos condicionales sean satisfechos. De un lado, el principio consistente en que generalmente se está obligado a hacer solo aquello que uno puede implica que ahí donde exista escasez natural absoluta tenemos que adaptar nuestras obligaciones al nivel de los recursos disponibles. De otro lado, ahí donde la escasez resulte de ciertas decisiones humanas se puede realizar una discusión en torno a nuestras obligaciones a cambiar nuestro comportamiento en una forma que ayude a reducir la escasez del recurso en cuestión y que concrete los derechos condicionales³¹.

4.2. Urgencia

A la luz del hecho de que en el mundo real enfrentamos situaciones de escasez, es importante delinear ciertas consideraciones que juegan un rol vital en la realización de juicios en torno a la medida en que los derechos condicionales deben ser alcanzados y a qué costo. Existen múltiples factores importantes que he de identificar y que son de vital importancia en la realización de juicios. El primero tiene que ver con una cuestión que ya he discutido en el primer capítulo y que es la urgencia que tenga el interés que está en juego. He sostenido que existen dos umbrales distintos de urgencia que pueden ser identificados. En vista de que mayor será la urgencia en cuanto mayor sea el grado de importancia que tenga un interés para un ser, una sociedad fundada en tratar a cada ser con igual importancia buscará priorizar satisfacer los intereses que tienen mayor urgencia para los

³¹ Esto puede ser de importancia, por ejemplo, en relación con la disponibilidad de los medicamentos costosos que son necesarios para combatir el VIH, panorama en el que existe un tratamiento que es producido de manera relativamente barata y en donde no está presente la escasez absoluta. Para una discusión más completa de este tema en relación con la disponibilidad de medicamentos antirretrovirales en Sudáfrica cfr. SPRAGE y WOOLMAN, 2006.

seres³². Por tanto, una sociedad requerirá una justificación más fuerte si falla en proporcionar refugio a aquellas personas que no tienen protección alguna contra las inclemencias del clima que cuando requiera justificar su fallo respecto a proporcionar refugio a aquellos que sí cuentan con una protección contra las inclemencias del clima pero carecen de un hogar confortable. Esto se debe a que las consecuencias para los individuos son más severas en el primer caso que en el segundo, y tales individuos requerirán, por tanto, una atención especial a fin de asegurar que ellos sean tratados con la misma importancia con la que se trata a los demás. A su vez, el nivel de sacrificio exigible a las personas en una sociedad variará de acuerdo con la urgencia de los intereses individuales que aún deben ser realizados en ella.

4.3. Sacrificio

El siguiente factor importante que está en juego al decidir sobre las obligaciones incondicionales de una sociedad bajo condiciones de escasez moderada está referido a la medida del sacrificio exigido a los individuos en una sociedad a fin de realizar derechos condicionales. El principio guía consistiría en que cuanto mayor sea el sacrificio requerido a los individuos, mayor será la permisividad de ignorar la realización de los derechos condicionales de los mismos. La razón para esto se basa en lo indicado previamente en torno a que la verdadera justificación de los derechos condicionales necesita que exista un espacio más allá de la satisfacción de las necesidades básicas en las cuales los individuos puedan realizar sus propias concepciones de vida buena. Ahí donde la existencia de tal espacio se vea en peligro, puede que exista una justificación para fallar en realizar los derechos condicionales. Sin embargo, dicha razón también implica que cuanto menor sea la medida en la cual se vea afectada la capacidad de los individuos para llevar vidas valiosas, menor será la fuerza de la justificación del fallo en realizar derechos condicionales.

La dificultad radica, sin embargo, en que un número de factores tomará parte en la determinación de la extensión de cualquier sacrificio particular para cualquier persona. Tomemos como ejemplo aquella sociedad donde se exige a cada individuo dedicar una mañana a la semana a ayudar a aquellos menos afortunados. Un individuo que requiere una rutina de práctica diaria a fin de concretar su sueño de llegar a ser un exitoso bailarín de ballet puede que considere que dedicar una mañana a la semana a una organización caritativa representa un gran sacrificio. De otro lado, un abogado en ejercicio puede que tenga que sacrificar muy poco en términos de su proyecto de vida al dedicar una mañana a la semana ayudando en un programa

³² Me explicaré en el capítulo VI sobre qué ha de entenderse respecto de las nociones de «urgencia» y «prioridad».

jurídico de ayuda a enfermos de VIH. El ejemplo sugiere que la naturaleza de los proyectos de vida propios pueden desempeñar un rol a fin de determinar aquello que constituye un gran sacrificio y aquello que no lo es.

La medida en que ciertas prácticas forman parte de la identidad individual pueden también tener un impacto en lo que constituye un gran sacrificio: un individuo religioso puede considerar que renunciar a ir a la iglesia o a la sinagoga para contribuir con una organización caritativa constituye un sacrificio sustancial para él, mientras que para otros individuos constituiría una pérdida mínima. Por tanto, la medida en la cual la religión, el arte y el deporte, por ejemplo, sean valiosos en una sociedad determinará la medida en la cual una reducción en tales actividades constituye un sacrificio serio para dicha sociedad.

Estas consideraciones plantean una pregunta difícil en el sentido de si la medida del sacrificio hecho por los individuos debe ser evaluada subjetiva u objetivamente. Es posible, por ejemplo, que una persona que vincula estrechamente sus proyectos de vida con la adquisición de ropa y el estar a la moda puede considerar que renunciar a comprar ropas caras constituye un sacrificio sustancial. Otra persona podría considerar tal proyecto como poseedor de escasa valía y que el mismo no requiere de mucho sacrificio. Singer, en su discusión en torno a la pobreza global, quiere abordar esta cuestión desde una línea más objetiva. Este autor afirma que «cuando compramos ropas nuevas que no están destinadas a mantenernos abrigados, sino para vernos bien vestidos, no estamos satisfaciendo ningún tipo de necesidad importante. No sacrificaríamos nada relevante si tuviésemos que seguir vistiendo nuestras viejas ropas y dar el dinero para aliviar el hambre de alguien»³³. Su interpretación de lo que es importante depende de que se adopte una interpretación objetiva de ello en la cual el comprar ropas nuevas no forme una parte importante de los proyectos de un individuo. Sin embargo, es difícil ver cómo se puede elaborar una teoría general objetiva de aquello que constituye un sacrificio importante más allá del ámbito de las necesidades básicas que podría ser aceptado por cada uno en una sociedad en donde existan distintas formas individuales de entender lo bueno³⁴.

Sin embargo, una sociedad que adopte una política en lo que se refiere a los sacrificios que espera de sus miembros necesitará adoptar un camino uniforme para medir los sacrificios requeridos de los individuos con base en algunas asunciones simplificadoras. Una sociedad que trate a cada individuo con igual importancia debe buscar imponer un nivel equivalente de sacrificio en cada persona. Lo contrario significaría imponer graves cargas en algunos antes que en otros, sugiriendo

³³ SINGER, 1972: 235.

³⁴ En contra de la opinión de SINGER podríamos decir que un diseñador de moda o un modelo, por ejemplo, puede considerar que adquirir ropa a la moda constituye parte importante de lo que es bueno para ellos.

que las vidas de algunos individuos son menos dignas de respeto que la vida de otros.

La discusión hasta este momento ha reconocido que ahí donde las obligaciones incondicionales de una sociedad impongan cargas en los individuos, la gravedad de estos sacrificios podría variar de acuerdo con los distintos bienes de sus miembros. Si deseamos respetar la finalidad de imponer cargas iguales a cada individuo, entonces parece que las contribuciones exigidas a cada uno para cumplir con estas obligaciones incondicionales deben variar. Existen, sin embargo, numerosos problemas en adoptar tal política. Primero, ninguno de estos procedimientos sería extremadamente invasivo, al exigir a una sociedad que identifique información detallada sobre cada individuo a fin de calcular el nivel de sacrificio que le debe ser impuesto. Segundo, tal investigación sería virtualmente imposible de realizar en una sociedad grande. El tiempo y el esfuerzo requerido serían prohibitivos. Tercero, cualquiera de dichos procedimientos sería impracticable en la medida en que viole la generalidad de leyes y políticas. Cuarto, la medición de los niveles de sacrificio y la elaboración de juicios comparativos carece de criterios claros y tampoco constituye una ciencia exacta. A través de la sociedad es probable que se cometan serios errores al tratar de equalizar el nivel de sacrificio hecho por cada persona. Finalmente, se podrían obtener algunos resultados contraintuitivos si se requiere a aquellas personas para las que la utilidad marginal de la riqueza es alta que renuncien a menos riqueza que aquellas personas cuya utilidad marginal de riqueza sea baja. Esto podría traer como resultado que algunos de aquellos ubicados en las posiciones más privilegiadas, acostumbrados a un estilo de vida elevado, esperen renunciar a la menor cantidad de su riqueza debido al alto nivel de sacrificio que ello representaría para su estándar de vida.

Por tanto, a fin de evitar tales cálculos imposibles y consecuencias indeseadas, una sociedad deberá verse forzada a adoptar ciertas asunciones simplificadoras que le permitan estimar qué es lo que puede ser considerado como un nivel equitativo de sacrificio. En relación con el control sobre los recursos, una asunción razonable a ser adoptada, debido a la forma de la curva típica de utilidad en las personas, consistiría en «disminuir la utilidad marginal»: en tanto el ingreso individual y el control sobre los recursos se incrementa por encima del ámbito de los bienes básicos, su utilidad marginal descende por cada unidad extra de ingreso o de recursos. Si deseamos asegurar que cada individuo despliegue un nivel equivalente de sacrificio, tal asunción apoyaría una política tributaria progresiva donde aquellos con grandes cantidades de recursos sean obligados a contribuir con más. Por ende, a pesar de que es difícil llegar a una noción objetiva de sacrificio más allá del ámbito de lo básico, una sociedad tendrá que usar ciertas aproximaciones objetivas para determinar los sacrificios subjetivos exigidos a cada uno de sus miembros.

4.4. Efectividad

Hasta este momento he considerado diversos factores para determinar la naturaleza y contenido de las obligaciones incondicionales a ser impuestas a la sociedad. Los derechos condicionales, como se ha venido sosteniendo, nos informan sobre el hecho de que existe una obligación condicional sobre cada uno a fin de asegurar que ciertos intereses fundamentales lleguen a ser realizados. Entre dichos intereses fundamentales está el recibir alimentación adecuada. Los derechos condicionales, sin embargo, no nos informan, por lo general, de cómo debemos concretizar dichas obligaciones. Por tanto, el discurso en torno a las obligaciones incondicionales necesariamente tendrá que estar relacionado con cuestiones concernientes a la manera en la cual tales derechos han de ser realizados. Estas cuestiones, a su vez, en ocasiones pueden modificar las obligaciones reales, así como la forma que ellas asuman.

Los derechos condicionales se mantienen en silencio respecto, por ejemplo, a si cada individuo en una sociedad tiene la obligación de proveer alimentación adecuada a cada individuo necesitado. Sin embargo, podemos deducir a partir de tal derecho la obligación de adoptar métodos efectivos para realizar el derecho a la alimentación de cada persona. Los derechos condicionales contienen, por tanto, un llamamiento a la efectividad como norma que debe ser tomada en cuenta en el momento de determinar las obligaciones incondicionales.

La efectividad impone un número de condiciones adicionales a la realización de derechos. Primero, debido al hecho de que cada individuo está limitado en términos de sus propias capacidades de realizar derechos, es evidente que, a fin de ser máximamente efectivos, los individuos deben combinar sus energías. A fin de defender los derechos, debe exigírsele a la sociedad que asegure que los esfuerzos individuales estén condicionados y que una estructura institucional provea adecuada alimentación a cada individuo. Puede decirse que una sociedad está condicionalmente obligada a realizar el derecho a la alimentación de los individuos; el mejor y único método factible para realizar tal derecho para todos es coordinar las acciones entre individuos diferentes. «La cooperación y la coordinación pueden ser alcanzadas organizándose, y ellas a su vez pueden ser alcanzadas a largo plazo mediante el establecimiento de instituciones»³⁵.

Segundo, la efectividad puede también prever otra razón para limitar qué es lo que puede esperarse de los individuos. Una situación en la cual los individuos tengan abrumadoras obligaciones que les impidan alcanzar sus propios bienes puede, en efecto, ser contraproductivo, llevar a la apatía, al desaliento y al resentimiento. Por tanto, las

³⁵ SHUE, 1988: 695.

normas de efectividad pueden sugerir ellas mismas la necesidad de permitir a los individuos un espacio más allá del ámbito de las necesidades en las cuales realicen sus propios bienes.

Tercero, las normas de efectividad requerirán también que, al movernos hacia las obligaciones incondicionales, exista un nivel más alto de especificación sobre las obligaciones particulares que manan de un reconocimiento de los derechos condicionales. O'Neill³⁶ sugiere incorrectamente que solo los derechos positivos requieren tal especificación. En relación con el derecho a la libertad de expresión, el cual es considerado tradicionalmente como un «derecho negativo», se afirma a menudo que se exige meramente a cada agente que no interfiera con la libertad de expresión de otro agente racional. Sin embargo, existen circunstancias en las que la interferencia estará justificada, siendo necesario que estas circunstancias estén por lo menos parcialmente definidas³⁷. Por un lado, tal y como lo admite O'Neill, incluso en el caso de los «derechos negativos» es poco probable que las obligaciones particulares impuestas a una sociedad se detengan en la no interferencia, y, en realidad, es probable que tal derecho implique por lo menos una obligación a establecer agencias reguladoras que aseguren que el derecho está protegido. Las obligaciones también pueden surgir, por ejemplo, para proveer asistencia positiva a aquellos que, por alguna razón, carecen de poder para asegurar que sus puntos de vista sean tomados en cuenta en la sociedad. De otro lado, en relación con los tradicionales «derechos positivos», como, por ejemplo, el derecho a una adecuada alimentación, la no interferencia puede ser suficiente en muchos casos, permitiendo simplemente a cada ser buscar alimentación adecuada por su propia cuenta. Las obligaciones positivas surgirían donde los individuos requieran de otros individuos para asegurarse una alimentación adecuada y sea necesario coordinar las actividades entre ellos, así como formar instituciones que puedan proveerles de los bienes y servicios necesarios.

Por tanto, la distinción tradicional entre derechos «negativos» y derechos «positivos» favorece una especificación altamente incompleta de los deberes que se deducen a partir de reconocer derechos condicionales. Un análisis más satisfactorio ha sido realizado por Henry Shue³⁸, quien sostiene que «el cumplimiento total de cada tipo de derecho implica la realización de múltiples tipos de deberes». Él sostiene que cada derecho, ya sea positivo o negativo, contiene tres deberes co-

³⁶ O'NEILL, 1996: 134.

³⁷ No sostengo que debamos ser capaces de especificar de antemano todas y cada una de las circunstancias donde tal interferencia esté justificada. Para determinar el contenido de un derecho incondicional a la libertad de expresión, sin embargo, se exige por lo menos algún grado de entendimiento respecto a su alcance y a las limitaciones permisibles que le pueden ser impuestas. El contenido exacto de tal derecho requerirá ser especificado cuando surjan asuntos puntuales, tales como la permisibilidad de expresiones de incitación al odio o sobre pornografía.

³⁸ SHUE, 1980: 52.

rrelativos: deberes para evitar la privación, deberes para proteger de la privación y deberes para ayudar a quien sufre de privación. Por tanto, el derecho a una adecuada alimentación, por ejemplo, contiene tres deberes: un deber referido a la no eliminación de los únicos medios con que cuente un individuo para acceder a la comida (el deber de evitar la privación); un deber de proteger a los individuos de la privación de los únicos medios de que dispone para su subsistencia (el deber de proteger de la privación), y un deber de proporcionar comida a aquellos que no sean capaces de hacerlo por sí mismos (el deber de ayudar al que sufre de privación). Por tanto, de acuerdo con Shue, cada derecho condicional implica deberes de renunciar a interferir, así como deberes para desarrollar acciones positivas específicas³⁹.

El análisis de Shue sobre los deberes que surgen a partir de los derechos condicionales parece contradecir la idea de que los derechos y los deberes son correlativos. Sin embargo, existen dos vías alternas para valorar la situación que preservan la simetría entre derechos y obligaciones en cada caso. La primera vía, sugerida por Fabre⁴⁰, consiste en que todos los derechos y deberes se encuentren en el mismo nivel y que cada deber tenga un derecho que le sea correlativo. Por tanto, cada uno de los deberes de Shue sería correlativo a diferentes derechos. Por ejemplo, no existiría un único derecho a la seguridad corporal, sino más bien muchos derechos: una exigencia a no ser agredido estaría incluida en un derecho negativo a no ser agredido, así como una exigencia referida a vernos protegidos en contra de las agresiones estaría comprendida en un derecho positivo referido a que el Estado adopte las medidas para protegernos de los potenciales atacantes. Sin embargo, existen dos problemas vinculados con esta estrategia. El primero se refiere a que la misma nos conduciría a una proliferación de un número confuso de derechos distintos. El segundo problema se refiere a que dicha estrategia falla en reconocer que existe una característica unificadora vinculada a los derechos a la seguridad corporal: cada uno de estos derechos está diseñado para proteger el mismo interés.

Por tanto, una segunda y preferible vía a seguir que busca preservar la correlatividad de los derechos y obligaciones consiste en distinguir entre derechos abstractos (donde la obligación está definida en términos abstractos) y derechos concretos (los cuales esencialmente son especificaciones adicionales de estos derechos abstractos). Cada uno de estos derechos concretos daría también lugar a una obligación correlativa en cada situación. Esta propuesta, por tanto, tiene en cuenta el contenido de la sugerencia de Fabres, pero con un intento de resolver las dificultades ligadas a su visión. La estructura deóntica resultante se-

³⁹ Como se discutirá en el capítulo VI, el análisis de SHUE ha tenido gran influencia en la perspectiva adoptada por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. La relación entre el enfoque sobre el contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos y la perspectiva de SHUE será discutida aquí.

⁴⁰ FABRE, 2000: 52.

ría una en la cual existen diversos niveles de derechos y obligaciones correspondientes. El identificar un derecho abstracto permitiría reconocer el interés particular que provee la base justificatoria para el derecho; los derechos concretos proporcionarían especificaciones adicionales necesarias a fin de asegurar la protección efectiva de este interés. Kramer plantea esto de la siguiente manera: «Un derecho abstracto que esté estrictamente correlacionado con un deber abstracto puede contener o complementar cualquier derecho concreto, cada uno de los cuales se encontraría estrictamente correlacionado con un deber concreto»⁴¹. De esta manera, podemos tener en cuenta las virtudes del análisis realizado por Shue sin perder la correlatividad entre derechos y deberes.

5. LA ASIGNACIÓN DE DEBERES

En el momento de especificar las obligaciones incondicionales, sin embargo, es crucial determinar no solamente qué es lo que debe ser hecho, sino también quién tiene la responsabilidad de hacerlo. Se ha dicho que uno de los problemas de los derechos condicionales consiste en su insuficiencia para identificar quién está obligado a realizarlos. O'Neill, por ejemplo, sostiene que el demandante de derechos condicionales no sabe quién es la contraparte que soporta las obligaciones y, por ende, «abraza al vacío»⁴². A pesar de que es verdad que no se puede llegar a un reparto directo de obligaciones teniendo como base los derechos condicionales, es claro a partir del argumento presentado hasta aquí que la obligación primaria cae sobre la sociedad⁴³. Tal y como se ha venido argumentando, la exigencia de efectividad se encuentra implícita dentro del mandato de realización de los derechos condicionales. La efectividad requerirá que se asignen deberes dentro de la sociedad a aquellos individuos particulares y a las instituciones mejor facultadas en ella para cumplir estos deberes. Requerirá adoptarse un programa de acción dirigido a realizar el derecho de cada uno a fin de asegurar la delegación de responsabilidades claras a los individuos y agencias. Tal estructura flexible de asignación basada en la efectividad podría tener

⁴¹ KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 43.

⁴² O'NEILL, 1996: 135.

⁴³ La noción de sociedad ha venido siendo usada como una expresión abreviada para designar el agrupamiento colectivo primario que diseña, forma y aplica reglas que gobiernan la distribución de beneficios y cargas a los individuos, y con ello determina ampliamente la capacidad de los individuos de llevar vidas de valor. En la actualidad, la mayor parte de sociedades en este sentido adoptan la forma de Estados nación, siendo que el objeto del presente libro se centra en las responsabilidades de tales Estados y las instituciones dentro de ellos. Es conocido que existen agrupaciones colectivas más allá de la forma de Estado nación que tienen el poder para formular y aplicar reglas que tengan un impacto significativo en los individuos. Por ende, también es un proyecto importante tomar en consideración responsabilidades más allá de los Estados nación. La cuestión sobre cuáles son exactamente los organismos responsables de la realización de los derechos en un mundo globalizado es objeto de controversia entre los filósofos. Para una interesante colección de artículos en torno a esta cuestión cfr. KUPER, 2005.

una ventaja por encima de una especificación rígida de agentes responsables que no evolucione con desarrollo en el mundo y nuestro conocimiento sobre cómo lograr de mejor manera los derechos condicionales. En consecuencia, será una cuestión de determinación empírica acerca de cuál es el tipo de asignación de responsabilidad más efectiva.

5.1. El rol de la responsabilidad individual

Algunas conclusiones generales pueden, sin embargo, ser derivadas a partir de consideraciones teóricas sobre esta materia. La primera cuestión se refiere al rol que tiene un individuo en la satisfacción de sus propias necesidades. Por ejemplo, es claro que un individuo jugará un rol importante en la realización de su interés en la adquisición de alimento adecuado. Los individuos a menudo saben mejor que nadie qué es lo que necesitan y están en mejor posición para proveérselo por sí mismos. El delegar la responsabilidad a los individuos para la satisfacción de sus propias necesidades también les confiere mayor incentivo en la consecución de esta empresa, por tanto, ayuda a reducir la carga general que cae en la sociedad. También es favorable al auto-respeto el hecho de que un individuo sea responsable, en lo posible, de realizar sus propias necesidades. Estas consideraciones proporcionan fuertes razones para que la sociedad asigne responsabilidad primaria a los individuos a fin de que satisfagan sus propias necesidades.

El adoptar tal política implicará, sin embargo, ciertas responsabilidades que la sociedad debe asumir; esta debe, por ejemplo, impedir que ciertos individuos interfieran la capacidad de otros en satisfacer sus propias necesidades. También debe proveer un marco jurídico e institucional en el cual cada uno tenga la oportunidad de hacerlo. Tal marco requeriría, por ejemplo, que los individuos sean capaces de satisfacer sus necesidades sin ser obligados a realizar trabajos que estén en contra de sus proyectos de vida. Proteger la capacidad de los individuos para la satisfacción de sus propias necesidades en un mercado basado en el principio del libre mercado también implicaría que la sociedad adopte pasos en el sentido de hacer empleables a los individuos: la educación y la capacitación serían necesarias para alcanzar este fin. Por tanto, a fin de asegurar la efectividad de la asignación de responsabilidad a los individuos para satisfacer sus propias necesidades, existirá siempre un área de responsabilidad residual que debe ser asumida por instituciones sociales.

Existen, sin embargo, ciertas circunstancias en las cuales los individuos deben cargar con la responsabilidad de satisfacer sus propios intereses y ser capaces de reclamar asistencia positiva directa de parte de la sociedad. El ejemplo más obvio de ello es cuando un individuo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas mediante su propio esfuerzo. Sería un método completamente inefectivo de asignación de responsabilidad el hecho de exigir que alguien haga algo que no puede

hacer. La incapacidad puede deberse a alguna condición del individuo —como, por ejemplo, enfermedad o discapacidad—, pero también puede deberse a varios factores sociales. Una persona sin hogar puede ser técnicamente capaz de tener un trabajo, pero carece de acceso a las condiciones en las cuales puede preocuparse por su higiene personal, lo cual puede generar que ningún empleador quiera contratarle.

La incapacidad puede ser también psicológica: un individuo puede padecer algún tipo de enfermedad mental o, alternativamente, carecer de sentido de autovaloración, lo cual genera que sea incapaz de buscar un empleo por sí mismo. De manera similar, la incapacidad de encontrar un trabajo puede que no sea un problema individual, sino más bien se deba a condiciones sociales: por ejemplo, puede que simplemente no existan puestos de trabajo suficientes para asegurar un empleo para todos los individuos. Bajo estas condiciones, las cuales abarcan muchas de las circunstancias en las cuales las personas no pueden satisfacer sus necesidades básicas, parece claro que la responsabilidad de satisfacer sus necesidades no debe caer únicamente en los individuos. La sociedad requiere coordinar un plan efectivo en el sentido de ayudar a aquellos que lo requieran.

Sin embargo, una complicación surge cuando los individuos no son capaces de satisfacer sus necesidades por diversas razones. Algunas de estas razones se deben a factores que se encuentran más allá de su control; sin embargo, irresponsabilidades pasadas y decisiones insensatas pueden también ser las razones por las que se sufren privaciones. Debido a que una persona podría elegir un estilo de vida ascético, por ejemplo, no podemos forzar a un individuo a satisfacer sus necesidades básicas si ella no desea hacerlo. Estoy interesado, sin embargo, en otro tipo de circunstancias: cuando alguien toma decisiones en el pasado (como, por ejemplo, pasar sus días surfeando) que tienen como resultado que su posición actual sea la de un estado de necesidad en el cual no quiere encontrarse. ¿Está la sociedad obligada a satisfacer sus necesidades básicas?

Ciertas teorías dominantes sobre justicia distributiva negarían que una sociedad esté obligada a proveer necesidades básicas a aquellas personas que se encuentren en tales circunstancias. Dworkin⁴⁴, por ejemplo, sostiene que desigualdades en la posesión de los recursos están justificadas cuando ellas se deben a las decisiones que las personas toman y sobre las cuales solo son responsables. Las personas deben ser compensadas, sin embargo, en caso de desigualdades que resulten de circunstancias por las cuales no pueden ser consideradas como únicos responsables. Para Dworkin, la responsabilidad es un principio central alojado en la justificación de su teoría⁴⁵.

⁴⁴ DWORKIN, 2000: 6.

⁴⁵ Existen fuertes razones para evitar dar a la responsabilidad tal rol central en la teoría política. He mencionado uno de mis principales argumentos aquí y he defendido otros en mi disertación doctoral (2001).

Sin embargo, hasta aquí he sostenido que la responsabilidad de satisfacer las necesidades básicas propias surge como resultado de realizar la asignación más efectiva en una sociedad en relación con sus deberes respecto a asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos. En tanto en cuanto dicha asignación no sea efectiva, una persona no podrá satisfacer sus necesidades básicas mediante su propio esfuerzo, entonces la teoría estaría justificada en el sentido de imponer una responsabilidad a la sociedad para organizar asistencia positiva para tales personas. Las facultades fundamentales están, por tanto, justificadas directamente mediante el principio de que una sociedad debe tratar las vidas de los seres de manera que se les reconozca igual importancia. Como resultado, la responsabilidad no forma parte de la estructura interna de la justificación de los derechos condicionales. Esto implica que los individuos no pierden necesariamente sus facultades mediante su propia insensatez. Sin embargo, esta cuestión tiene cierta complejidad e importancia, por lo que consecuentemente será objeto de mayor elaboración en los párrafos siguientes.

5.2. Los límites de la responsabilidad

Mi posición, delineada algunas líneas más arriba, puede ayudar a explicar la distinción intuitiva hecha por Scanlon. Él sostiene que es importante distinguir entre dos sentidos diferentes en los cuales usamos la noción de «considerar a una persona responsable por sus decisiones»⁴⁶. De un lado, esta frase puede significar que alguien es el propio sujeto de alabanza o de culpa en la realización de una acción. De otro lado, puede significar que sería una política justificable hacerle soportar las consecuencias de su conducta. Estos dos sentidos del término pueden ser desvirtuados. El derecho de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, puede considerar que una persona ha sido negligente y, por ende, culparla por la producción de un accidente de tráfico, pero puede limitar la responsabilidad de la persona (o de la aseguradora) respecto del daño directo causado al otro vehículo. Una Corte difícilmente adscribirá responsabilidad respecto a la totalidad de las consecuencias de sus acciones, en caso, por ejemplo, de que un resultado directo de su acción negligente sea una acumulación de 100 vehículos en la carretera. Incluso cuando una persona puede ser digna de alabanza o de culpa, no insistimos siempre en que una persona soporte la totalidad de las consecuencias derivadas de sus acciones.

Esto apunta hacia una dificultad en la teoría de Dworkin. Él parece mezclar dos usos y sugiere que las personas deben soportar las consecuencias de cualquier acción por la cual se les pueda alabar o culpar. Sin embargo, dicha posición es demasiado fuerte. Tomemos como

⁴⁶ SCANLON, 1995: 2-3.

ejemplo el caso de un ser infectado con VIH debido a que mantuvo relaciones sexuales sin protección. La mayoría de las personas que contraen VIH en Reino Unido son personas informadas respecto a cómo se transmite el VIH y a pesar de ello algunas personas adoptan conductas sexuales de riesgo. Hablando estrictamente, las personas eligen libremente mantener relaciones sexuales sin protección y, por tanto, aceptan el riesgo de contraer VIH. En caso de que contraigan VIH, ellos podrían ser alabados o culpados por haber adquirido una enfermedad a pesar de que esto era evitable⁴⁷.

Sin embargo, muchos de nosotros no consideraríamos que los individuos no deberían soportar la totalidad de las consecuencias derivadas de sus acciones en tales circunstancias. Los medicamentos contra el VIH son notoriamente caros. Si es necesario empobrecer a un individuo a fin de adquirir dichos medicamentos, la teoría de Dworkin exigirá que ellos soporten la pérdida, sin adscribir obligación alguna a la sociedad en el sentido de ayudar a dichos individuos. De manera similar, si los individuos pierden sus trabajos debido a los efectos incapacitadores del SIDA, la teoría de Dworkin no requeriría que una sociedad dedique ningún recurso extra para ayudarles. Este enfoque es duro de corazón y severo. Dicha teoría no está de acuerdo con la intuición básica de ayudar a los individuos en tales situaciones y permitiría que los individuos enfermos perecieran en condiciones deplorables. Como tal, parece existir una diferencia entre aquello en lo que podemos alabar a las personas y aquello cuyo coste deben soportar como resultado de su conducta⁴⁸.

Un problema similar surge en relación con los voluntarios asistenciales⁴⁹. La mayoría de estas personas —en su mayor parte mujeres— no conforman un mercado laboral por el trabajo que realizan al atender niños o cuidar a los enfermos. Esto les lleva a entrar en relación de dependencia con otros (usualmente un colaborador). Estos voluntarios generalmente no son menos talentosos que aquellos trabajadores sociales que forman parte del mercado; sin embargo, ellos deciden a menudo este rumbo de vida. Como tal, la teoría de Dworkin (teoría libertaria) les consideraría responsables por sus decisiones y les denegaría una compensación por la pérdida de recursos producida debido a su adopción de tal rumbo de vida. Sin embargo, los servicios realizados por los voluntarios asistenciales son socialmente valiosos. Su dependencia económica de otros es una receta para la dominación y la explotación. Además, la carga de la asistencia social, en general, recae desproporcionadamente en las mujeres y contribuye a su desigualdad

⁴⁷ A pesar de que uno pueda ser responsable respecto de las decisiones propias en este caso, considero que se podría dudar de culpar a las personas en estas circunstancias. Esto puede sugerir que las distinciones realizadas por SCANLON no agotan los diferentes sentidos en los cuales una persona puede ser considerada como responsable.

⁴⁸ SCANLON, 1995, también critica a ROEMER, 1995, por mezclar estas ideas.

⁴⁹ Debo este ejemplo a ANDERSON, 1999: 297-298.

dentro de la sociedad⁵⁰. La distinción de Scanlon nos permite reconocer que estas personas toman en efecto decisiones autónomas y, por ende, pueden ser alabadas o culpadas por su elección, pero también nos permite negar que deban soportar todos los costes sociales (medidos en recursos materiales) por tales decisiones.

La distinción de Scanlon puede parecer próxima a la línea de razonamiento que he defendido. También podría parecer que si asignamos responsabilidad a alguien para que satisfaga sus necesidades y este falla en ello como resultado de sus decisiones, podemos culparle por la situación en la que ha caído. Sin embargo, dado que sus facultades manan del principio de importancia equitativa o igualitaria antes que de cualquier noción filosófica de abandono o responsabilidad, las personas no pierden automáticamente sus derechos como resultado de sus decisiones inadecuadas. Sus facultades permanecen a pesar de ser total o parcialmente responsables de su situación. Una sociedad basada en el principio de importancia equitativa no solo está interesada en si la posición de cada persona refleja su responsabilidad, sino que está interesada en el efecto que la posición de recursos tiene en las vidas de las personas dentro de la sociedad.

El énfasis sobre la responsabilidad en la teoría de Dworkin también sobre enfatiza la separación entre los aspectos «decidido» y «no decidido» de uno mismo. Cuando reconocemos que la decisión solo es un aspecto importante de una persona, entonces se hace claro que existirán casos donde la decisión de una persona las necesitará para soportar los costes que ellas implican y casos donde esto no será plausible, donde algunos otros aspectos de la persona en su contexto requiere que sean indemnizados en contra de los efectos de sus decisiones. La vida de las personas no puede ser siquiera dividida en los aspectos «decidido» y «no decidido» de uno mismo. Incluso la facultad de decidir no es en sí misma decidida. Una vez que esto es reconocido, entonces parece que el principio fundacional de la sociedad no exige tratar a las vidas individuales —consideradas como una unión de los aspectos «decidido» y «no decidido» de uno mismo— como poseedoras de igual importancia. Sin embargo, no existiría, por tanto, sanción alguna que permitiera a los individuos perecer o experimentar sufrimiento meramente como resultado de sus propias decisiones.

5.3. Reconciliando derechos y responsabilidad

De otra parte, se podría objetar que la teoría que he propuesto hasta aquí otorga muy poco énfasis a la decisión individual. Las personas que tienen la capacidad de tomar decisiones racionales son capaces de tomar decisiones respecto a las cuales puedan ser conside-

⁵⁰ *Ibid.*: 298.

radas como responsables. El hecho de indemnizarlas respecto de los efectos de sus decisiones equivaldría a no respetarlas y, al mismo tiempo, fallar en reconocer adecuadamente sus capacidades para la toma de decisiones.

Además, se pueden esgrimir dos objeciones adicionales en contra de una posición que permita mantener prerrogativas fundamentales completamente inafectadas por las decisiones individuales. Primero, parece injusto garantizar a todos los individuos el mismo nivel de suministros sin tener en cuenta si ellos han caído en una situación de necesidad como resultado de sus propias decisiones o no. El asegurar que los individuos son capaces de realizar sus derechos no está exento de costos y, además, impone cargas en otros miembros de la sociedad. Al tomar decisiones imprudentes que ponen en peligro sus derechos, los individuos trasladan las cargas vinculadas a la satisfacción de sus necesidades desde sí mismos hacia los otros miembros de la sociedad. Una mayor cantidad de recursos sociales tendrá que ser destinada a proveer a los individuos imprudentes que si ellos se proveyesen por sí mismos. Esto, a su vez, implica que mayores cargas sean impuestas a otros miembros «prudentes» de la sociedad como resultado de las decisiones de individuos imprudentes. Permitir tal situación de obtención equivaldría a permitir que los individuos determinen la distribución de recursos en una sociedad de acuerdo con sus propias decisiones. Pero hacer esto podría, en efecto, violar el principio de importancia equitativa que, entre otras cosas, exige que los beneficios y cargas en una sociedad caigan equitativamente sobre cada individuo. Ello, por ejemplo, otorgaría mayor importancia a las vidas de los individuos imprudentes si se les permitiese realizar sus propios proyectos de vida al imponer cargas desproporcionadas en los otros miembros de la sociedad.

Segundo, si una sociedad tiene que llevar a una persona hasta un nivel equitativo a pesar de que el ser individual implicado desee caer por debajo de ese nivel, existiría poco interés para algunos individuos en mantenerse a sí mismos por encima de ese nivel. Estos pueden recurrir a la ayuda social. Los individuos que razonen de esta manera y no les importe tener un estándar relativamente bajo de vida podrían permitirse arriesgar su capacidad de satisfacer sus necesidades con el seguro conocimiento de que otros asumirán el costo. Ello, a su vez, incitaría comportamientos imprudentes y llevaría a que una pesada carga sea impuesta a los otros individuos la sociedad.

Por tanto, hay razones internas al principio de importancia equitativa que justificarían proporcionar un nivel más bajo de prerrogativas para los individuos que son responsables en la no consecución de sus necesidades básicas. De otro lado, el principio exige que exista un nivel mínimo esencial de provisión por debajo del cual no debe permitirse que nadie caiga. Lo contrario implicaría permitir que las vidas individuales puedan degenerarse hasta el punto de que o bien muera o

devenga en indigna. Ninguna interpretación plausible del principio de importancia equitativa —el cual pone al valor por encima de la vida individual— puede permitir que surja tal situación⁵¹.

Para resolver este tipo de tensiones conflictivas dentro del principio de importancia equitativa es importante considerar el hecho de que la teoría que he desarrollado implica identificar dos umbrales distintos que, tomados en conjunto, identifican las precondiciones necesarias para llevar una vida de valor. La característica de la teoría permite una garantía en el sentido de que los individuos no perecerán, mientras que al mismo tiempo asegura que los individuos imprudentes no reciban exactamente las mismas prerrogativas que aquellos que, a pesar de no fallar por ellos mismos, no están en la posibilidad de proveerse por sí mismos. Por tanto, una sociedad regida por tal esquema requerirá garantizar a cada individuo los recursos y capacidades para realizar el primer umbral (estar libre de amenazas a su supervivencia), independientemente de sus decisiones. Sin embargo, una sociedad no sería responsable de asegurar que los individuos imprudentes sean llevados repetidamente a cumplir el segundo umbral (contar con las condiciones necesarias para realizar un amplio rango de propósitos). El último umbral es el que está más referido a la decisión individual y, por tanto, es conveniente que la responsabilidad individual afecte al hecho de si se satisface dicho umbral o no.

Por tanto, se exigirá, por lo general, a una sociedad que garantice el segundo umbral para todos, pero en la mayoría de los casos asigne la responsabilidad de mantenerse en este nivel a los propios individuos. Ahí donde los individuos puedan ser culpados por caer por debajo de él, el principio de importancia equitativa por sí mismo ordena que la sociedad no requiera llevar a estos individuos por encima del primer umbral. De esta manera, es posible asegurar que ninguno caiga por debajo de lo que exige el contenido mínimo esencial en una sociedad, pero nadie está aislado de los efectos de sus decisiones imprudentes y facultado para cargar a los demás con ellas⁵².

6. EL MARCO GENERAL DE DECISIÓN

Hasta este momento he abordado una diversidad de consideraciones —escasez, urgencia, sacrificio, eficiencia y asignación— que deben ser tratadas dentro del proceso de definición del contenido de las obligaciones incondicionales de una sociedad. Es necesario, sin em-

⁵¹ Cfr. capítulo II, donde planteé este punto.

⁵² He venido discutiendo la responsabilidad en relación con ciertos umbrales mínimos. En relación con el mantenimiento de los recursos más allá de los básicos, yo estaría por lo general de acuerdo con la posición de DWORKIN en el sentido de que luego de una distribución equitativa inicial de los recursos, y con salvaguardas para aquellos desventajados por la naturaleza, debe permitirse que un nivel individual de recursos se incremente o disminuya de acuerdo con sus decisiones.

bargo, para determinar el contenido de estas obligaciones, que exista algún tipo de marco dentro del cual todos estos factores sean evaluados. La teoría que he propuesto no permite una interferencia clara trazada desde el reconocimiento de derechos condicionales hasta la exigencia de que ciertas acciones particulares necesitan ser realizadas. Sin embargo, en ausencia de algún tipo de marco general dentro del cual tales decisiones deban ser tomadas, la teoría falla en proporcionar respuestas cruciales a la pregunta más importante: ¿qué es lo que debe hacer una sociedad política como una cuestión relativa a sus obligaciones para con los individuos que la conforman?

No busco responder a esta pregunta a fin de ofrecer una solución específica del problema en cada situación. En un nivel general, he sostenido que deberemos reconocer la importancia central de los derechos condicionales que deben tenerse en cuenta al llegar a una decisión sobre nuestras obligaciones incondicionales. Las decisiones deberán ser tomadas en contextos particulares con base en hechos y circunstancias específicas que juegan un rol en la determinación de cuáles son exactamente las obligaciones que una sociedad debe satisfacer. Parfraseando a Aristóteles, «determinaciones de este tipo dependen de circunstancias particulares, y la decisión descansa en nuestro sentido (moral)»⁵³. Sin embargo, para poder decidir cuáles son las acciones concretas que han de ser tomadas en circunstancias particulares es necesario tener por lo menos un entendimiento del marco moral general dentro del cual tales decisiones deben ser tomadas. Si esto no es así, los juicios particulares carecerán de punto de referencia alguno y sería difícil ver sobre qué base han sido tomados tales juicios. Para llegar a tal marco general es importante aprovechar la visión moral básica que subyace a la teoría que he propuesto, la cual tiene dos componentes centrales. El primer componente ha sido una teoría del valor que reconoce aquellos valores máximos inherentes a las dimensiones experienciales e intencionales de las vidas individuales. El segundo componente ha sido la idea de que una sociedad debe tratar las vidas de los seres como poseedoras de igual importancia. Para evaluar todos los factores que he presentado y para llegar a determinar juicios en contextos particulares, la pregunta decisiva debe ser una que esté referida a qué determinación del contenido de los derechos será la que realice de mejor manera los valores reconocidos por la teoría moral que he propuesto. Esto será traducido en la realización de un juicio complejo en torno a qué estado de cosas sería aquel en el que los componentes valiosos de cada vida individual en la sociedad puedan ser tratados con igual importancia.

La teoría que he propuesto hasta aquí tiene dos niveles, manteniendo la idea de igualdad de importancia en ambos. El primer nivel se refiere al significado y justificación de la igualdad de importancia e

⁵³ ARISTÓTELES, 1962: 51.

implica la afirmación de que, siendo los demás factores idénticos, un postulado referido a la igualdad de importancia requerirá que la sociedad deba buscar realizar los derechos condicionales de los seres. A este nivel, los derechos condicionales no están justificados directamente por un razonamiento consecuencialista, pero están más bien derivados del principio de importancia equitativa o igualitaria.

El segundo nivel de la teoría implica analizar la gama de factores que es la cláusula «siendo los demás factores idénticos». El mismo toma en cuenta la operatividad de estos factores en contextos particulares y busca especificar en general qué determinación de obligaciones sería la más apropiada para realizar el ideal de la importancia equitativa en un mundo de escasez y de acuerdos.

El último juicio tendría una naturaleza consecuencialista, en tanto parece que solo tal teoría permitiría tomar en consideración una variedad de factores relevantes dentro de un marco común. Sin embargo, las consecuencias, de acuerdo con esta teoría, serían evaluadas en términos de si los individuos son tratados como poseedores de importancia equitativa. Esto va de acuerdo con una propuesta adelantada por Scanlon en el sentido de convertir las teorías consensualistas más representativas, tales como el utilitarismo, en teorías más sensibles a la distribución de bienes entre los individuos. Scanlon sostiene que un consecuencialismo complejo debería tener en cuenta consideraciones concernientes a la «igualdad o equidad en la distribución e imparcialidad en el proceso [...] [lo cual estaría] entre las características y propiedades que hacen a los estados de cosas dignos de ser promovidos»⁵⁴. Sen también ha sostenido que es imposible integrar una teoría consecuencialista del razonamiento moral con un razonamiento basado en derechos. El hecho de que se cumpla o no con satisfacer los derechos condicionales de un ser, según Sen, puede devenir en parte central de la evaluación de los resultados⁵⁵. El tomar seriamente estas sugerencias en el contexto de mi teoría significaría que al hacer un juicio general, como, por ejemplo, cuáles son las obligaciones incondicionales que tenemos, se otorgará un peso elevado al cumplimiento de los derechos condicionales. Este no es un resultado que sorprenda, dado que precisamente las consideraciones de importancia equitativa favorecen el reconocimiento de los derechos condicionales.

Sin embargo, es importante ser consciente de la naturaleza de la teoría consecuencialista que propongo y las complejidades implicadas en el proceso para alcanzar un juicio consecuencialista general para determinar obligaciones incondicionales. Tal teoría no se corresponde con el utilitarismo clásico. El punto de valoración en tal sistema consiste claramente en que las vidas individuales, y con ello todo ju-

⁵⁴ SCANLON, 1984: 142.

⁵⁵ SEN, 1988: 199.

cio que sea elaborado, se opondrá a cualquier intento de incorporación que falle en respetar la separabilidad y la integridad de los individuos. El objetivo consiste en no llegar a la utilidad máxima, sino al mejor estado de cosas que puede tener éxito al respetar el valor y la importancia de cada igualdad individual. Tal juicio no permitirá sacrificios ampliamente desproporcionados entre los individuos. El utilitarismo clásico ha sido a menudo criticado por permitir que algunos individuos soporten consecuencias negativas si es que con ello se incrementa la utilidad total. La importancia equitativa de los individuos no se mantendrá si los proyectos de vida de algunos son sacrificados a fin de favorecer el de otros.

De otro lado, la teoría que he propuesto no descarta algunas decisiones difíciles, así como provee respuestas en casos en donde los derechos entran en conflicto. Ello puede significar que incluso los intereses más básicos en la vida misma pueden a veces ser justificadamente negados a algunos. Tales casos serán extremos: circunstancias, por ejemplo, en las cuales no existe opción sino matar a una persona a fin de salvar a veinte. Teorías deontológicas fuertes no permitirían que se quite la vida a una persona, pero estas han sido criticadas por ser incapaces de resolver situaciones difíciles. Parece irracional prohibir el infligir «un daño incompensable a fin de evitar muchos más de tales daños»⁵⁶. Sostener que una persona debería ser salvada a costa de sacrificar otras veinte equivaldría a elevar la vida de dicha persona por encima de la vida de los demás y, por tanto, fallar en respetar una vez más la importancia equitativa de cada vida. Por supuesto, en tal situación dicho individuo que es privado de la vida no será respetado —esta es la razón por la cual tales situaciones representan decisiones trágicas—. Pero, precisamente, la situación a la cual nos vemos enfrentados nos coloca en el dilema de, o bien respetar el valor de veinte vidas, o el valor de una sola vida: si permitimos que veinte personas mueran para permitir que un individuo viva, ello equivaldría a considerar su vida como mucho más importante que las otras vidas.

Bajo estas condiciones extremas, la importancia equitativa de una persona requerirá, como he sostenido, que los derechos condicionales sean respetados y mantenidos. En una situación ideal, tal principio favorece el reconocimiento y cumplimiento absoluto de los derechos condicionales. Sin embargo, al tener en cuenta la variedad de factores que he mencionado, se hace evidente que existen condiciones donde la realización absoluta de derechos condicionales puede conducir a un número de problemas prácticos y de principios. A fin de determinar qué tipo de acciones deben ser realizadas por la sociedad será necesario evaluar qué acciones respetan de una mejor manera el igual valor de las vidas individuales, teniendo especial atención en la

⁵⁶ SCHEFFLER, 1988: 10.

urgencia de los intereses implicados y el grado de los sacrificios requeridos. Como regla general, mientras mayor urgencia tenga la necesidad, mayor será la probabilidad de que una acción particular sea requerida; mientras menor sea el sacrificio, más grande será la probabilidad de que una acción particular sea requerida. Por tanto, tal indagación general dará habitualmente prioridad a aquellos que se encuentren en las situaciones menos favorables, y a pesar de ello permite un espacio en el cual todos los individuos pueden perseguir libremente sus propios proyectos.

7. CONCLUSIÓN

En este capítulo se han buscado defender las siguientes proposiciones:

1. Los derechos fundamentales imponen obligaciones condicionales correlativas a la sociedad, las cuales deben ser entendidas considerando únicamente su base normativa.

2. Las obligaciones impuestas por los derechos fundamentales están situadas, sin embargo, dentro del contexto de la vida real en la cual existen limitaciones que dan lugar a consideraciones normativas y prácticas contrapuestas.

3. Consecuentemente, las obligaciones condicionales de una sociedad deben ser determinadas haciendo referencia tanto a derechos fundamentales como a estas consideraciones contrapuestas. Un número de factores y principios fueron presentados para guiar el proceso de toma de decisión en este ámbito.

4. Se ha argumentado que, en definitiva, las obligaciones incondicionales de una sociedad deben ser determinadas mediante un juicio consecuencialista complejo acerca del curso de acción que realizará de una mejor manera la importancia equitativa de los seres.

Hasta este momento he intentado proveer un entendimiento de los fundamentos normativos de los derechos fundamentales, así como las consideraciones principistas y pragmáticas implicadas en la determinación del contenido tanto de los derechos condicionales como de los derechos incondicionales. Como resultado de la discusión se hace claro que, en última instancia, las decisiones referidas a las reales obligaciones de una sociedad son complejas y que implican la ponderación de consideraciones contrapuestas. Podemos identificar principios y reglas que guían nuestras acciones, pero, en última instancia, se requerirá efectuar un razonamiento al trasladar esto en acciones y obligaciones en particular. Immanuel Kant, para quien las reglas tenían gran importancia, reconoció que «a pesar de que el entendimiento es capaz de ser instruido y de ser equipado con reglas, el jui-

cio es un talento peculiar que solo puede ser practicado y no puede ser impartido»⁵⁷.

Determinar estas obligaciones incondicionales es de gran importancia y admite distintas respuestas. Es, por tanto, de vital importancia entender cuáles son las instituciones dentro de la sociedad que deben ser responsables, en última instancia, de tomar estas decisiones. Esta cuestión será el objeto del siguiente capítulo.

⁵⁷ KANT, 1993: A133-134/B171-172.

CAPÍTULO IV

JUSTIFICANDO EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior sostuve que la determinación de las obligaciones incondicionales de una sociedad que respeta los derechos fundamentales implica realizar un juicio complejo en torno a consideraciones normativas y pragmáticas contrapuestas y que están referidas al curso de acción que debería asegurar que cada individuo en la sociedad pueda ser tratado con importancia equitativa o igual. La pregunta que surge, sin embargo, se refiere a qué organismos dentro de la sociedad puede confiárseles la toma de tales decisiones. Un punto de partida natural en un Estado democrático sería sostener que este juicio debería ser hecho por la sociedad recurriendo a la mayoría de sus miembros. En las sociedades más democráticas, la toma de decisiones no se hace directamente mediante el voto mayoritario de la población en la sociedad, sino mediante una mayoría de los representantes electos que fueron elegidos mediante el voto democrático. En última instancia, las decisiones referidas a las obligaciones incondicionales que los derechos fundamentales imponen a la sociedad han de ser elaboradas por la mayoría de los representantes de la comunidad. Se podría objetar que este *procedimiento* trataría a las opiniones de cada individuo en la sociedad como poseedora de igual importancia.

Sin embargo, el problema que tal solución implica consiste en que hay muchas razones para pensar que la toma de decisión basada en la mayoría puede fallar en muchos casos al buscar tratar sustantivamente a las vidas de todos los individuos en la sociedad como poseedoras de importancia equitativa o igual. En respuesta a este problema, el modelo alternativo dominante en la sociedad democrática consiste en poner el proceso de toma de decisión referido a los derechos fundamentales en las manos de jueces altamente experimentados que conformen un tribunal o corte constitucional.

En este capítulo, me concentraré en justificar el modelo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) con especial atención en el control judicial de constitucionalidad los derechos socioeconómicos. Existe un prolongado debate a nivel de la literatura académica en torno a la legitimación del control judicial de constitucionalidad, así como de la relación particular entre control judicial de constitucionalidad y los derechos socioeconómicos;¹ sin embargo, la teoría particular sobre el contenido que ha venido siendo presentada provee un poderoso argumento respecto a favorecer la participación de la judicatura en el proceso de toma de decisión concerniente a la efectividad de los derechos en general y los derechos socioeconómicos en particular.

La primera sección de este capítulo considera ampliamente las diferentes justificaciones que han sido ofrecidas en favor del control judicial de constitucionalidad, donde me inclino en favor de una justificación «basada en derechos» de dicho control. La segunda sección toma en consideración elementos de la crítica elaborada por Jeremy Waldron a tales justificaciones: en particular, su argumento referido a que las justificaciones de los derechos fundamentales favorecen una adaptación de la toma de decisión sobre tales derechos a instituciones mayoritarias, particularmente en el aspecto de desacuerdo concerniente a estos derechos. El argumento central de Waldron se muestra como contraproducente; además se sostiene que el mayoritarismo irrestricto es claramente el mejor método para resolver los desacuerdos en la sociedad. La sección llega a la conclusión de que el argumento referido a que algunos valores compartidos y estándares de valoración son necesarios a fin de construir una teoría de instituciones legitimadas. La tercera sección propone una teoría «débil» del control judicial de constitucionalidad que restringe la amplitud del acuerdo necesario para aquello que Rawls llama «fundamentos constitucionales» (*constitutional essentials*). Desde mi punto de vista tales fundamentos incluyen una teoría de derechos fundamentales y una teoría relacionada concerniente a la asignación de la toma de decisión a instituciones particulares. En este capítulo esbozo los contornos de tal teoría. La cuarta sección desarrolla esta discusión delineando ciertas características epistemológicas generales de toda buena toma de decisión, lo que su-

¹ El argumento expuesto en este libro está diseñado para desarrollar la justificación de los derechos fundamentales —con un interés particular en los derechos socioeconómicos—, así como proporcionar un marco analítico para la determinación de su contenido y, por tanto, su efectividad. Los postulados centrales de este libro se aplican, así, independientemente de si uno cree que la judicatura debe estar implicada en la efectividad de estos derechos. En efecto, la importancia normativa de los derechos socioeconómicos y sus implicaciones para la sociedad han sido a menudo oscurecidas por la preocupación de la literatura respecto a si deben ser objeto del control judicial de constitucionalidad o no. Como se verá en este capítulo, considero que los jueces tienen un papel importante en la determinación del contenido de tales derechos y en las exigencias de efectividad basadas en tales derechos. Sin embargo, otras ramas del gobierno tienen igualmente un rol central que desempeñar en el aseguramiento de la efectividad de estos derechos.

giere que el poder judicial estaría en condiciones de alcanzar mejores decisiones respecto a derechos fundamentales que las instituciones basadas en el principio de mayoría. Esto a su vez sería un argumento en favor de ceder la emisión de decisiones finales respecto a derechos fundamentales al poder judicial. Mientras que la justificación del control judicial de constitucionalidad ofrecido en este capítulo es aplicable a todos los derechos, la participación del poder judicial en las decisiones concernientes a los derechos socioeconómicos ha sido considerada como particularmente objetable por ciertos autores. El capítulo culmina abordando algunas de estas críticas y relacionándolas con la teoría general planteada en este capítulo ².

2. TEORÍAS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La institución del control judicial de constitucionalidad implica permitir a los jueces realizar un escrutinio a los actos del legislativo o del ejecutivo ³ con base en la conformidad de los mismos con los derechos fundamentales, para luego descartar aquellos actos que no estén conformes con ellos. Tales poderes permiten a los jueces proveer interpretaciones autoritativas de una Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) y a menudo declarar como invalidados actos provenientes de instituciones basadas en el principio de mayoría si violan estos derechos ⁴. Es importante reconocer que el control judicial de constitucionalidad no implica el reemplazo del proceso de toma de decisión basado en el principio de mayoría por un proceso de toma de decisión judicial; por el contrario, dicho control implica el control judicial, con base en un número limitado y específico de razones, de decisiones tomadas previamente por decisores mayoritarias. El control judicial de constitucionalidad traslada el lugar de la toma de decisión desde instituciones mayoritarias hacia aquellas jurisdiccionales. La dificultad contra-mayoritaria surge

² Sin embargo, no repetiré los diversos argumentos y contraargumentos relacionados con la participación del poder judicial en la resolución de cuestiones concernientes a derechos socioeconómicos. La finalidad de este trabajo consiste en plantear una concepción del contenido de los derechos socioeconómicos (y otros derechos). Este proyecto en sí mismo ofrece la posibilidad de proveer límites de principio a la participación de la judicatura en las políticas socioeconómicas y como tal ofrecer una posible respuesta a algunas de las objeciones planteadas.

³ Actos que pueden contener legislación, políticas, programas o acciones particulares con los cuales estos organismos están relacionados.

⁴ Esta descripción hace referencia a la forma de control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) que ha venido siendo aplicada en democracias constitucionales tales como Estados Unidos y Sudáfrica. Una forma más débil de control judicial de constitucionalidad existe en el Reino Unido. Aquí el poder judicial no puede invalidar actos del parlamento, sino que emite únicamente una «declaración de incompatibilidad» en el sentido de que los actos objeto de pronunciamiento no son acordes con las disposiciones sobre derechos humanos. En este capítulo ofrezco una justificación para asegurar poderes de revisión más fuertes a los jueces que les permitan tomar determinaciones definitivas respecto de ciertas cuestiones fundamentales en una sociedad.

como resultado del hecho de que una decisión final respecto a una cuestión particular puede ser impuesta por jueces en contra de la voluntad de la mayoría en una sociedad y, por tanto, el poder del control judicial de constitucionalidad a menudo es considerado como una institución que se encuentra en conflicto con la democracia⁵.

En respuesta a la dificultad contra-mayoritaria, diversos teóricos han ofrecido dos categorías principales de justificación que han sido destinadas a garantizar el poder a los jueces. La primera categoría puede ser denominada como justificaciones para el control judicial de constitucionalidad favorecedoras de la democracia. Estas justificaciones buscan demostrar que antes de estar en conflicto con la democracia, el control judicial de constitucionalidad en efecto fortalece la democracia.

Existen dos subcategorías de «justificaciones para el control judicial de constitucionalidad favorecedoras de la democracia». La primera subcategoría son las justificaciones del control judicial de constitucionalidad «basadas en el proceso». Digamos, por ejemplo, que la democracia ha de ser entendida como una exigencia orientada a que cada individuo sea capaz de votar por los representantes de su elección, siendo que las decisiones en la sociedad han de ser tomadas por una mayoría de estos representantes. El problema para la democracia surge como resultado de que una vez una mayoría ha adquirido el poder, esta puede tender a marginalizar a las minorías de tal manera que las minorías se vean efectivamente incapaces de expresar sus puntos de vista y competir por el poder en los mismos términos. Por ejemplo, incluso si las minorías retuviesen la capacidad de votar, un reglamento que impida a aquellos con opinión minoritaria de realizar campañas políticas podría en efecto privarles de la capacidad de ejercer influencia en otros y con ello cambiar la opinión mayoritaria. A fin de garantizar que las precondiciones del gobierno representativo mayoritario sean cumplidas, se requiere que funcionarios no elegidos controlen los «límites de la democracia»⁶.

La segunda subcategoría de «justificaciones para el control judicial de constitucionalidad favorecedoras de la democracia» son las «basadas en el contenido». Una justificación basada en el contenido es aquella que implica la afirmación de que los procesos contra-mayoritarios pueden ser aceptados en tanto sean requeridos por la mejor concepción de aquello que en realidad es la democracia. Ronald Dworkin, por ejemplo, sostiene que la esencia de la democracia no es el gobierno

⁵ Existe mucha literatura que aborda este problema; probablemente el ataque más reciente y más famoso en contra del control judicial de constitucionalidad proviene de Jeremy WALDRON, 1999. En el contexto sudafricano, PATRICK LENTA, 2004a: 1 y 13, ha sostenido recientemente que «el control judicial de constitucionalidad sufre de un déficit de legitimidad democrática» y que la «asignación de ciertas decisiones colectivas al poder judicial constituye una usurpación de una decisión que el principio democrático exige debe haber sido tomada propiamente por las personas o sus representantes».

⁶ El exponente más famoso de esta visión fue ELY, 1980.

de la mayoría, sino que «las decisiones colectivas puedan ser hechas por instituciones cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, entendidos como individuos, con igual atención y respeto»⁷. En la mayoría de los casos, esta noción central de democracia requerirá de instituciones mayoritarias. En ocasiones especiales, sin embargo, donde el estado equitativo de los ciudadanos pueda servirse mejor de instituciones no-mayoritarias, entonces esta teoría de democracia favorece el establecimiento de tales instituciones. La teoría de Dworkin representa, por tanto, un intento de divorciar la democracia de aquello que él denomina «la premisa mayoritaria»: que la toma de decisión deba ser hecha de acuerdo con la voluntad de la mayoría.

La segunda categoría de «justificaciones para el control judicial de constitucionalidad» puede ser denominada como «justificaciones basadas en derechos». Esta visión implica la afirmación de que existen derechos fundamentales que deben ser garantizados para todos los individuos en toda sociedad justa, independientemente de si la mayoría lo aprueba o si desea reconocer estos derechos. Ciertas características institucionales de las Cortes las hacen más idóneas de prestar protección adecuada para tales derechos que las instituciones representativas como los parlamentos. Como resultado, debemos asignar el poder de proteger los derechos a los jueces, quienes están justificados para anular decisiones provenientes de instituciones basadas en el principio de mayoría si estas entran en conflicto con derechos fundamentales⁸.

La diferencia entre las justificaciones favorecedoras de la democracia y las justificaciones basadas en derechos, en cuanto al control judicial de constitucionalidad, descansan sobre una amplia variedad de actitudes respecto de los valores en conflicto. La primera categoría de justificación deniega que exista conflicto alguno ente democracia y otros valores en la institución del control judicial de constitucionalidad, así como sostiene que existe solo un ideal —el verdadero ideal democrático— el cual, debidamente entendido, crea todas las instituciones que deben existir. Una justificación basada en derechos, por otro lado, reconoce la posibilidad que, a cierto nivel, exista un conflicto entre los valores asociados con la institución del control judicial de constitucionalidad, pero proporciona razones para creer que los beneficios morales de la institución —tales como la mayor protección ofrecida por los derechos fundamentales— supera los costes del mismo —al apartar ciertas decisiones del control final de la ciudadanía y permitiendo que la voluntad de la mayoría sea superada—⁹. La decisión entre estos dos tipos de justificación se basa, por tanto, en si se cree que es plausible reconocer un conflicto entre diferentes valores contrapuestos en este debate.

⁷ DWORKIN, 1996: 17.

⁸ Cfr., por ejemplo, MOORE, 2002: 211; SPECTOR, 2003: 295-304, y RAZ, 1998: 45 y 52.

⁹ Cfr. MOORE, 2002: 221.

El capítulo III ha centrado su atención en el hecho de que existen diferentes consideraciones normativas contrapuestas para la determinación del contenido de estos derechos. No es casualidad, por tanto, que las consideraciones contrapuestas puedan presentarse al momento de decidir sobre la estructura institucional que sea más adecuada para la toma de decisión concerniente a los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, el enfoque basado en derechos debe ser preferido por diversas razones. Primero, la dificultad contra-mayoritaria ha venido siendo empleada por teóricos políticos a lo largo de los últimos cincuenta años¹⁰. Es plausible sugerir que no existe un conflicto entre consideraciones importantes contrapuestas que haya generado tal debate. Lo segundo, algunas justificaciones favorecedoras de la democracia implican el riesgo de oscurecer las reales objeciones que las personas tienen en contra del control judicial de constitucionalidad. Al redefinir la democracia, los teóricos emplean un recurso semántico o definicional para responder a una objeción sustantiva. No es claro si el error en esta cuestión se debe a las críticas dirigidas en contra del control judicial de constitucionalidad o a sus defensores. Ambos buscan ganar apoyo para sus postulados a través de los beneficios retóricos de afirmar que sus visiones se corresponden perfectamente con la democracia. Ello puede llevar a su vez a que la disputa devenga en una de tipo terminológico: con los partidarios de Dworkin afirmando que el control judicial de constitucionalidad es «democrático», mientras que sus opositores sosteniendo que no lo es¹¹.

Tercero, cuando el debate se desarrolla en «términos favorecedores a la democracia», se tiende a asumir que todos los valores importantes en juego pueden ser explicados por el ideal de la «democracia». Es cierto que la democracia es un ideal vago y que a veces es usado en esta manera comprensiva. Sin embargo, es más usual para los filósofos intentar proporcionar una justificación para la democracia que no asuma que es básica. En tales casos, la toma de decisión democrática es defendida en relación con los otros ideales básicos como la libertad, igualdad, y dignidad¹². Estos ideales pueden de por sí a veces proporcionar un fundamento moral para agentes decisores no mayoritarios. Además, ellos pueden sugerir consideraciones normativas que favorezcan el control judicial de constitucionalidad y aquellas que están en contra de él. El intento por adecuar las justificaciones propias al rótulo de ser favorecedor con la «democracia» falla en reconocer la complejidad de los asuntos normativos que están implicados en el análisis de esta cuestión¹³.

¹⁰ Cfr. FRIEDMAN, 2002.

¹¹ Cfr. la objeción, por ejemplo, planteada por LENTA, 2004a: 4.

¹² La discusión de DWORKIN en torno a la democracia en *Freedom's Law*, por ejemplo, considera que la justificación de la democracia radica en el trasfondo de los ideales de la libertad positiva, igualdad y comunidad (1996).

¹³ Cfr. CHRISTIANO, 2000: 525, para un argumento similar planteado en su crítica a WALDRON.

Finalmente, y quizás más seriamente, hay una tendencia en este debate por adoptar un entendimiento de democracia en sí misma que falla en tomar en consideración las tensiones internas dentro de este ideal. Este es un problema que afectaba tanto a los defensores como a los críticos del control judicial de constitucionalidad.

Tomemos en consideración, por ejemplo, una reciente caracterización de democracia hecha por un crítico del control judicial de constitucionalidad: la democracia, sostiene Lenta, implica asegurar que «todos los ciudadanos tengan participación igualitaria en el contenido de las decisiones políticas»¹⁴. Sin embargo, todas las democracias representativas fallan en cumplir con esta condición, en tanto los representantes elegidos tienen mucho más poder que los ciudadanos en la determinación de las decisiones. Los argumentos de aquellos que se oponen al control judicial de constitucionalidad fallan a menudo en establecer la superioridad de la democracia *representativa* por encima del control judicial de constitucionalidad, pero por el contrario propugnan una forma de democracia directa que es simplemente imposible de alcanzar en la mayoría de los países que existen en la actualidad¹⁵.

Además, tal y como Raz indica acertadamente, en relación con el ideal de auto-gobierno, «el poder exponer nuestro caso individual ante un tribunal estudiado e imparcial nos da mayor poder sobre la determinación de nuestro propios derechos que el poder que nos da el ser uno entre la multitud en una democracia participativa, con igual poder político para todos»¹⁶. Ello puede ser particularmente cierto en el caso de aquellos que son minoría, para los cuales las instituciones mayoritarias puede fallar en ofrecer una oportunidad de participar adecuadamente en la toma de decisión y, por tanto, alcanzar decisiones con las cuales puedan identificarse. La dificultad más sería relacionada con la afirmación de que el control judicial de constitucionalidad no es democrático, sin embargo, es el hecho de que las características procedimentales de la democracia que están referidas —en forma de la toma de decisión mayoritaria— requieren que ciertas condiciones sean garantizadas para asegurar que en casos reales las decisiones que han sido tomadas representen la voluntad de la mayoría. Imparcialidad de procedimientos y protecciones para muchos derechos fundamentales son ejemplos de las condiciones cruciales básicas que se requieren para la toma de decisión democrática. Estas condiciones pueden verse amenazadas por sistemas mayoritarios puros y es, por tanto, poco claro por qué las instituciones —tales como el control judicial de constitucionalidad— que han sido creadas para proteger las verdaderas condi-

¹⁴ LENTA 2004a: 4-5.

¹⁵ Cfr. SANGIOVANNI, 2003. SANGIOVANNI sostiene convincentemente que muchas de las objeciones dirigidas en contra del control judicial de constitucionalidad planteadas por WALDRON son aplicables también a la democracia representativa; WALDRON confunde a menudo a «las personas» y «sus representantes».

¹⁶ RAZ, 1998: 45.

ciones básicas para la democracia procedimental son señaladas como «no-democráticas»¹⁷.

A la luz de consideraciones como estas, Dworkin sugiere que miremos más allá del mayoritarismo hacia una definición de democracia que reconozca el valor fundamental u objeto de la democracia¹⁸. Desde su punto de vista, esto equivale a alcanzar un sistema que trate de la mejor manera a todos los miembros de la comunidad política como individuos con igual valor y respeto¹⁹. Al decidir qué instituciones deberíamos tener, la teoría constitucional democrática debe estar orientada en función de resultados: «la mejor estructura institucional es aquella que esté mejor pensada para producir mejores respuestas a las cuestiones esencialmente morales referidas a cuáles son las condiciones democráticas reales, que aseguren el cumplimiento estable de estas condiciones»²⁰. En algunos casos, puede ser posible encomendar a la legislatura colocarse límites a su propio poder. En otros casos, sin embargo, algunas consideraciones pueden favorecer al poder judicial. El hecho de que, en estos ejemplos, las Cortes no son elegidas por un electorado tiene importancia; lo que es importante es que las «Cortes son confiables en su función de tomar decisiones sobre la democracia»²¹. Cuando las Cortes toman decisiones correctas que protegen las condiciones de la democracia, «no existe coste moral alguno»²².

Desde mi punto de vista, Dworkin va demasiado lejos en este pasaje al afirmar que no existe coste moral cuando las Cortes revocan los actos de las instituciones mayoritarias. El redefinir la democracia de la manera en que él lo hace equivale a intentar imaginar que todos los conflictos de valor han desaparecido. Sin embargo, Waldron señala que la respuesta de Dworkin no captura la fuerza que subyace al planteamiento de aquellos críticos del control judicial de constitucionalidad.

Para ilustrar esto, él toma en consideración un experimento mental en el cual la reina de Inglaterra decide imponer al pueblo de Gran Bretaña un sistema de representación proporcional. Asumamos en favor de este argumento que su decisión es correcta para constituir el mejor método de toma de decisión democrática. Waldron sostiene que,

¹⁷ KAVANAGH, 2003: 451 y 453, distingue entre participación formal y efectiva en política. «Las personas que tienen poco poder o influencia, y que no están precisamente sobrepasadas por otros grupos más poderosos, se verán marginadas en la política normal, a pesar de que poseen el derecho formal a participar. Debido a las disparidades de poder y riqueza existentes en la sociedad, tener un derecho equitativo a participar no significa que todos tengan de manera igualitaria la misma capacidad para participar efectivamente». Las instituciones —tales como el judicial— que protegen los derechos de participación pueden, por tanto, cobrar importancia al establecer la verdadera democracia participativa sobre la cual los críticos del control judicial de constitucionalidad escriben tan elocuentemente.

¹⁸ DWORKIN, 1996: 15.

¹⁹ *Ibid.*: 17.

²⁰ *Ibid.*: 34.

²¹ WALDRON, 1999: 292.

²² DWORKIN, 1996: 32.

en tal caso, obtendremos una decisión correcta pero una que fue tomada mediante un método ilegítimo de toma de decisión. El contra argumento de Waldron consiste en que el método en función del cual se tome la decisión en efecto importa. «Si un interrogante surge en una decisión política dentro de una comunidad, un miembro de la comunidad puede desear participar en ella en iguales términos respecto a sus conciudadanos»²³. Los críticos de la revisión judicial de constitucionalidad se interesan por el hecho de que dicha revisión quita cierto poder político a los ciudadanos individuales en la determinación de las características clave sobre su sociedad y coloca dicho poder político en manos de los jueces²⁴. Negar la existencia de *cualquier* pérdida moral en un sistema que permite el control judicial de constitucionalidad no es plausible: esto falla en tomar en consideración las afirmaciones de aquellos que son críticos de la revisión judicial de constitucionalidad. Sin embargo, el reconocer que existe *alguna* pérdida no implica que el control judicial de constitucionalidad sea «no-democrático» ni que sea moralmente injustificado. Los críticos del control judicial de constitucionalidad fallan en prestar atención suficiente a las pérdidas implicadas en un mayoritarismo irrestricto.

Por tanto, he buscado sostener en esta sección una justificación del control judicial de constitucionalidad «basada en derechos», el cual debería aceptar que existen valores en competencia en la determinación de qué instituciones deben tener la última palabra en cuestiones concernientes a los derechos fundamentales en nuestra sociedad. Dicho reconocimiento de ninguna manera implica que el control judicial de constitucionalidad sea «no-democrático» o injustificado. Ahora abordaré los dos argumentos ofrecidos por Waldron, los cuales se oponen a las justificaciones «basadas en derechos» del control judicial de constitucionalidad y buscaré establecer que el centro de gravedad de la toma de decisión concerniente a los derechos fundamentales debe descansar en instituciones mayoritarias.

3. DESACUERDO, DERECHOS Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. El control judicial de constitucionalidad debilita a los derechos

El primer argumento importante de Waldron consiste en que los verdaderos valores que subyacen a los derechos no ofrecen soporte para la institución del control judicial de constitucionalidad. Proteger derechos mediante el control judicial de constitucionalidad sería, por tanto, contraproducente. En apoyo a este argumento, él plantea que la idea de los derechos está basada en «una visión de individuo humano

²³ WALDRON, 1999: 293.

²⁴ Cfr. LENTA, 2004a: 13.

esencialmente como un agente pensante, dotado con una capacidad de razonar moralmente, de ver cosas en los puntos de vista formulados por otros, y de trascender a las preocupaciones referidas a sus intereses propios o sectoriales»²⁵. La atribución de un derecho es un acto de fe en el agente y la capacidad de pensamiento moral de los individuos. Los derechos protegen decisiones y la atribución de un derecho asume que la persona en cuestión tiene los medios para tomar decisiones, dado que el objeto de los argumentos sobre derechos tiene que ver con el respeto debido a la persona como un ser activamente pensante, no podemos decir que nuestra conversación considera su derechos seriamente si al mismo tiempo ignoramos o menospreciamos cualquier cosa que él tenga por decir sobre la cuestión»²⁶. Waldron sostiene que estas consideraciones sugieren que los titulares de derechos deben decidir qué derechos deben gozar, y que existe algo irrespetuoso en una visión que sostiene que las cuestiones en torno a los derechos son «demasiado complejas o demasiado importantes para ser dejadas en manos de sus titulares para que estos por sí mismos los determinen en función de la igualdad»²⁷. Mientras que se supone que la revisión judicial de constitucionalidad protege tales derechos, en realidad debilita la base real de los derechos que supuestamente protege²⁸.

Un número de aserciones erradas llevan a Waldron hacia esta conclusión. Primero, Waldron sostiene que los derechos están justificados por una visión que considera a las personas como agentes pensantes que son capaces de trascender sus propios puntos de vista y considerar los intereses de los demás. En esta afirmación, Waldron falla en distinguir entre agentes morales —aquellos que son requeridos a actuar de acuerdo con las obligaciones impuestas por los derechos— y los sujetos morales —aquellos que son titulares de derechos—. Mientras que respecto de los agentes morales se debe pensar en seres con cierta capacidad de actuar racionalmente, no necesitamos hacer más asunciones sobre el actuar racional o altruismo de los individuos a fin de atribuirles derechos. En tanto un ser poseedor de ciertos intereses fundamentales, tiene sentido verles como titulares de derechos. La mayoría de los sistemas morales y jurídicos, por ejemplo, atribuirían derechos a los niños y a aquellos adultos con deficiencias cognitivas

²⁵ WALDRON, 1999: 250.

²⁶ *Ibid.*: 251.

²⁷ *Ibid.*: 252.

²⁸ RAZ, 1998: 45, interpreta el argumento de WALDRON al decir que, dado que la gente tiene la capacidad de «imaginarse qué derechos poseen, incluyendo la capacidad de ver cosas en los puntos de vista de los demás, es apropiado para cada persona ser capaz de decidir en qué consisten sus derechos». Él señala que este argumento puede funcionar en sentido inverso: «Dado que las personas tienen la capacidad de imaginar qué derechos tienen las otras personas, incluyendo la capacidad de ver cosas en los puntos de vista de los demás, es apropiado para cada persona ser capaz de decidir qué derechos deben tener las otras personas. Yo decidiré el alcance de tus derechos y tu decidirás el alcance de los míos». Ambos argumentos, sostiene RAZ, son por igual poco convincentes.

severas, a pesar de su incapacidad de ser agentes activos y pensantes en el sentido empleado por Waldron²⁹.

Mientras que Waldron está equivocado en sostener que solo los agentes morales pueden tener derechos, es claro que aquellos que son solo capaces de ser sujetos morales no se beneficiarían de tener los derechos particulares implicados en participar en el sistema político³⁰. La capacidad de los agentes morales para deliberar y actuar racionalmente indica que ellos tienen en realidad intereses importantes, como por ejemplo ser capaces de participar en la toma de decisiones en sus comunidades. Sin embargo, este razonamiento no proporciona garantía alguna para la afirmación de que este interés en la participación es más importante que cualquiera de los otros intereses fundamentales de los agentes morales³¹. Además, los derechos participativos implican un serio riesgo de abuso: ellos pueden permitir a algunos participantes poner en peligro los derechos participativos de los otros agentes morales. Para asegurar una participación imparcial y equitativa, así como el respeto por otros derechos importantes, puede ser necesario crear instituciones que no tengan un carácter mayoritario. La mera capacidad de ser un agente moral falla en justificar un derecho absoluto de participación o un mayoritarismo irrestricto.

Segundo, Waldron sostiene que su teoría consiste en permitir y tomar seriamente los desacuerdos fundamentales en torno a los derechos. Pero, al elaborar su postulado sobre los derechos de participación, y en contra del control judicial de constitucionalidad, él asume una teoría de derechos particularmente controversial. Él sostiene que los derechos a proteger decisiones y la atribución de derechos requieren asumir que la persona puede tomar decisiones racionales. Ello convierte a Waldron en el proponente de una teoría particularmente controversial sobre el análisis de las características formales de los derechos, específicamente, la teoría de la voluntad de los derechos (*The Will Theory of Rights*)³². Además, él sostiene que una teoría de los derechos asume que los seres humanos son capaces de trascender sus intereses personales o seccionales. Sin embargo, un número de teorías, tal

²⁹ Este es un punto sobre el cual WALDRON podría discrepar, pero él no podría afirmar que su visión es aceptada como una fundamentación de derechos libre de controversias. Discutiré este punto más adelante.

³⁰ Puede que sea necesario designar representantes que actúen en favor de proteger sus intereses. Sin embargo, un niño pequeño o un cachorro falla en experimentar una pérdida al no participar en el sistema político.

³¹ Por tanto, en contra de LIEBENBERG, 2006 (basándonos en el trabajo de Nacy FRASER), y DAVIS, 2006, los derechos fundamentales no solo están justificados en relación con el valor de participación, sino más bien representan protecciones de gran importancia para todos los intereses más fundamentales de los individuos, permitiéndoles realizar las fuentes de valor en sus vidas (cfr. capítulo I). Este enfoque tiene también el beneficio de que puede proveer una justificación para adscribir derechos fundamentales a aquellos que no pueden, o quizá no desean, participar en la vida social.

³² El principal competidor respecto a esta teoría es la teoría del interés de los derechos (*Interest Theory of Rights*). Cfr. KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998. En un ensayo anterior, WALDRON (1984) parece inclinarse por la teoría del interés.

como lo son la de Hobbes o la de Gauthier, están precedidas por el hecho de que los seres humanos están esencialmente preocupados por la realización de sus propios intereses³³. Por tanto, antes de incrementar el desacuerdo, Waldron toma en efecto una posición firme en uno de los lados del debate. Ello tal vez sea inevitable, pero no es definitivo como resultado de por qué su teoría es preferible como un medio para resolver el desacuerdo en torno a los derechos.

Finalmente, Waldron sostiene que no respetamos a las personas o tomamos sus derechos en serio si ignoramos aquello que tengan que decir sobre los derechos. Es importante resaltar que la institución del control judicial de constitucionalidad no «ignora» aquello que los individuos tengan que decir sobre sus derechos. El legislativo y el ejecutivo tienen la primera oportunidad para actuar de acuerdo con su propio entendimiento de estos derechos. Si un individuo en la sociedad está en desacuerdo con este entendimiento, entonces puede oponerse al entendimiento mayoritario de estos derechos ante la Corte. Hay una oportunidad que tienen todas las opiniones para ser atendidas en la Corte. Algunas de estas opiniones pueden ser en efecto ahogadas por las instituciones mayoritarias. Por tanto, lejos de ignorar las opiniones individuales sobre los derechos, las Cortes a menudo permiten que un amplio espectro de opiniones sea escuchado.

El respeto de las opiniones individuales sobre los derechos, sin embargo, no exige que cualquier tipo de opinión sea la determinante. En caso de opiniones que son dañinas para uno mismo o para los demás, que estas opiniones no sean seguidas puede deberse a nuestro respeto por los individuos y sus derechos³⁴. A la luz del desacuerdo sobre derechos, algunas opiniones individuales inevitablemente no serán seguidas, pero ello no necesariamente evidencia una falta de respeto por esos individuos.

La pregunta surge ahora respeto a cómo debemos proceder ante un desacuerdo sobre estos derechos. Esta sección ha buscado establecer que no existe nada libre de controversia en la fundamentación moral de estos derechos que requiera apoyar al mayoritarismo participativo en todas las circunstancias y que socava al control judicial de constitucionalidad. Waldron reconoce que existe una solución que compite con su «solución basada en derechos para los desacuerdos sobre derechos»³⁵. A continuación abordaré sus críticas respecto del «instrumentalismo de los derechos».

³³ Cfr. HOBBS, 1991, y GAUTHIER, 1986.

³⁴ Por ejemplo, tomemos en consideración el caso de *Laskey, Jaggard and Brown vs. The United Kingdom* (1997) 24 EHRR 39, el cual desautorizaba las prácticas sadomasoquistas consentidas, y el caso *Christian Education South Africa vs. Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC), el cual desautorizaba el castigo corporal en las escuelas a pesar de su aprobación por los padres basada en razones religiosas.

³⁵ WALDRON, 1999: 252.

3.2. El instrumentalismo de los derechos

Waldron caracteriza el instrumentalismo de los derechos como sigue: es la visión que, ante un desacuerdo, «uno mismo elige qué tipo de procedimiento de toma de decisión es el produciría con mayor probabilidad una respuesta para la pregunta «¿qué derechos tenemos?»»³⁶. El instrumentalismo objetaría que el enfoque participativo es demasiado optimista respecto de las capacidades de los titulares de los derechos, y sostiene que la forma responsable de proceder es adoptar procedimientos institucionales que puedan asegurar de una mejor manera la protección de los derechos y minimizar la posibilidad de que los suyos sean vulnerados.

De acuerdo con Waldron, el instrumentalismo de los derechos enfrenta dos dificultades centrales. Primero, ello presupone que tenemos la verdad respecto de los derechos al designar procedimientos autoritativos para resolver preguntas concernientes a la verdad sobre los derechos. La razón para esto, según Waldron, consiste en que a fin de sostener que el control judicial de constitucionalidad es el que tiene mejores recursos para proteger derechos que los que tienen las instituciones mayoritarias, es necesario asumir una concepción respecto del contenido de estos derechos³⁷. Sin embargo, las personas discrepan respecto del contenido de los derechos y es precisamente en relación con este problema que el instrumentalismo ha propuesto una solución. Waldron concluye que «parece que hay una cierta petición de principio en lo concerniente al argumento del instrumentalismo de los derechos como base para el diseño de procedimientos políticos entre las personas que discrepan en torno a cuestiones tales como esta»³⁸.

En respuesta a esta objeción, Waldron considera una versión modificada del enfoque del instrumentalismo de los derechos. La finalidad de los procedimientos políticos, de acuerdo con esta visión, consiste en «elegir o diseñar procedimientos políticos que tengan mayor probabilidad de llegar a la verdad respecto a estos derechos, lo que sea que resulte ser dicha verdad»³⁹. No necesitamos estar de acuerdo con el contenido de los derechos, según este enfoque, pero debemos estar de acuerdo sobre las condiciones epistemológicas que son las que con mayor probabilidad nos llevarán a la verdad en un análisis respecto de los derechos. En respuesta, Waldron objeta, que existen desacuerdos no solo sobre el contenido de los derechos sino también respecto de la mejor manera en que se pueden tomar decisiones morales. Algunos piensan que los legos estarían en mejores condiciones para to-

³⁶ *Ibid.*: 252.

³⁷ RAZ, 1998: 46, expone este punto de la siguiente manera: «¿cómo se puede justificar la afirmación sobre la probabilidad de que algo sea respetado si uno no sabe qué cosa es ese algo?».

³⁸ WALDRON, 1999: 253.

³⁹ *Ibid.*: 253.

mar decisiones; otros piensan que la casuística académica distorsiona nuestro entendimiento sobre las cuestiones relacionadas con la democracia. Algunos piensan que el problema de las instituciones mayoritarias se relaciona con distorsionar el auto-interés; otros afirman que las decisiones pueden ser tomadas de la mejor forma solo por aquellos que tienen suficiente interés en la problemática para decidir responsablemente. No existe, por tanto, «moral epistemológica alguna que esté libre de controversia», y no existe consenso sobre las vías hacia las verdades morales que permitirían una defensa libre de petición de principio sobre los procedimientos políticos empleados entre aquellos que discrepan respecto de cuáles afirmaciones son verdaderas o no. Ambas versiones de instrumentalismo fallan, por tanto, de acuerdo con Waldron, en proporcionar una solución al problema de cómo podemos diseñar procedimientos para resolver disputas sobre derechos cuando la gente discrepa sobre los derechos y sobre la mejor manera para razonar en torno a ellos.

Por ende, Waldron concluye que debemos rechazar el instrumentalismo de los derechos y por el contrario mantener el «enfoque libre de petición de principio» respecto a que los titulares de derechos tienen un derecho a resolver desacuerdos sobre derechos entre ellos mismos en términos equitativos⁴⁰. La participación es un derecho, de acuerdo con Waldron, «cuyo ejercicio parece particularmente apropiado en situaciones donde los titulares de derechos dotados de razón discrepan sobre qué derechos en efecto poseen»⁴¹.

3.3. El desacuerdo como justificación para el control judicial de constitucionalidad

El argumento central de Waldron en contra del argumento del instrumentalismo de los derechos y en favor de su enfoque enfrenta muchas dificultades, pero ilumina un punto clave: si discrepamos en torno a cada cuestión, entonces no puede haber en efecto base moral sobre la cual decidir quién tiene la autoridad para tomar decisiones en nuestras sociedades. Él afirma que existe un desacuerdo sobre cada cuestión de importancia, así como sobre la mejor manera de llegar a las decisiones. Es importante resaltar que, si esto es verdad, entonces los miembros de una sociedad también repararían sobre si ellos deben usar los procedimientos participativos sugeridos por Waldron. Tal método de toma de decisión no es menos controvertido que cualquier otro método y, en su rechazo ferviente al control judicial de constitucionalidad, Waldron ha menoscabado la base para su propio mayoritarismo participativo⁴². Si existe un desacuerdo sobre todo, en-

⁴⁰ WALDRON, 1999: 254.

⁴¹ *Ibid.*: 232.

⁴² La naturaleza contraproducente del argumento de WALDRON ha venido siendo resaltado por muchos comentaristas. RAZ, 1998: 47, por ejemplo, sostiene que «al declarar que

tonces no existe, en efecto, método autoritativo alguno mediante el cual se pueda resolver cualquier disputa, y tampoco se puede decir que alguno de los procedimientos es mejor que cualquier otro procedimiento⁴³. Como tal, no se puede proporcionar justificación alguna para adoptar cualquier tipo de sistema particular y es meramente el poder coercitivo el que dicta si un régimen democrático o tiránico es el que ha de ser instaurado.

A la luz de una objeción como esta, Waldron continúa recomendando que usemos el mayoritarismo participativo de una manera pragmática para resolver el desacuerdo. Tal uso no implicaría privilegiar al mayoritarismo: «si elegimos uno de los procedimientos que son objeto de decisión así como el procedimiento para tomar dicha decisión, no lo hacemos simplemente porque necesitamos un procedimiento en esta ocasión y este es el que nos quedamos por el momento»⁴⁴. Es difícil de comprender la afirmación de Waldron en el sentido de que proceder de esta manera evita privilegiar al mayoritarismo: si se usa un método de toma de decisión para decidir sobre la legitimidad de los procedimientos de toma de decisión en general, eso parece una suerte de «manipulación de datos» en favor del proceso de toma de decisión original. Además, esta solución pragmática falla en proporcionarnos una razón para respetar el resultado del procedimiento pragmático en cuanto autoritativo⁴⁵. Si el desacuerdo va hasta las bases, y procede a determinar la legitimidad, entonces estaremos obligados a renunciar a la legitimidad de nuestras instituciones.

Waldron parece pensar que en caso de un desacuerdo extendido sobre los derechos, la única solución radica en lograr un mayoritarismo participativo. Sin embargo, es importante reconocer que el desacuerdo puede, en ciertas circunstancias, al contrario de lo que afirma Waldron, ser la verdadera razón para adscribir a los jueces la toma de decisión respecto de los derechos fundamentales. La decisión en Sudáfrica respecto de si la pena de muerte debe ser considerada como un castigo legal para ciertos crímenes provee una buena ilustración para este punto.

Los padres de la Constitución sudafricana pudieron, en efecto, haber colocado una disposición concerniente a la pena de muerte en la Constitución⁴⁶. En lugar de hacerlo, colocaron derechos abstractos en la Decla-

el instrumentalismo de los derechos no toma en serio el problema del desacuerdo, Waldron parece olvidar el hecho que si dicho argumento es válido, el mismo puede ser erigido en contra de su propia solución y (casi probablemente) en contra de todos». Cfr. también KAVANAGH, 2003: 467; CHRISTIANO, 2000: 513 y 520, y SANGIOVANNI, 2003: 8.

⁴³ WALDRON, 1999: 302, parece admitir tal cosa en su discusión en torno a los derechos constitutivos de la democracia. Él sostiene que «si la gente discrepa sobre las condiciones en las cuales se puede dar la democracia, apelar a la legitimidad de la decisión mayoritaria para resolver dicho desacuerdo puede adolecer de una petición de principio».

⁴⁴ *Ibid.*: 301.

⁴⁵ Cfr. KAVANAGH, 2003: 451 y 469, para mayor detalle sobre estas objeciones.

⁴⁶ Los padres, en efecto, discutieron en torno a la pena de muerte pero decidieron dejar dicha cuestión a decisión de la Corte Constitucional. Cfr. *S vs. Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) [20]-[25].

ración de Derechos (*Bill of Rights*) y luego dejaron en manos de la Corte Constitucional la facultad de decidir sobre esta cuestión. ¿Qué podría explicar esta decisión? Una explicación posible, sugiero, sería que los padres de la Constitución consideraron que dejar tal decisión en manos de la Corte Constitucional sería una mejor forma de enfrentar el desacuerdo existente en torno a esta cuestión. Para entender este punto, es importante basarse en uno de los escritos recientes de Cass Sunstein⁴⁷.

Sunstein sostiene que, ante el desacuerdo, aquellos que diseñan una Constitución pudieron haber recurrido a aquello que él denomina como «argumentos incompletamente teorizados»⁴⁸. Las personas comúnmente están de acuerdo sobre las abstracciones —tales como el derecho a la vida— mientras que discrepan respecto de las implicaciones de dichas abstracciones —si la pena capital debería ser abolida—. De otro lado, a veces, ellas están de acuerdo respecto de la importancia de ciertas instituciones —tales como la separación de poderes— sin coincidir respecto de las razones para hacerlo. Ante estos desacuerdos, los padres de la Constitución llegan a «argumentos incompletamente teorizados»: son incompletamente teorizados en el sentido de que las personas que aceptan el principio no necesitan estar de acuerdo respecto de las teorías de nivel superior que las respaldan ni respecto de las implicaciones prácticas de bajo nivel respecto a ellas. Disposiciones abstractas en las Constituciones tales como los derechos a la «libertad de expresión» o a la «vida» o a «no ser discriminado» a menudo reflejan el acuerdo de los ciudadanos, mientras que al mismo tiempo son compatibles con un amplio rango de desacuerdos respecto del significado práctico de estas disposiciones.

Las virtudes de tales argumentos, sostiene Sunstein, son tres. Primero, permiten un consenso sobre ciertas materias que conforman el fundamento para un orden social estable y reflejan bases comunes para la argumentación. Hacen posible emprender un proceso de elaboración constitucional⁴⁹. Segundo, ellos permiten que los individuos desplieguen un acuerdo sobre el respeto mutuo y sobre evitar, por lo menos temporalmente, amenazar las convicciones fundamentales de los demás. Tercero, tales argumentos reducen los costes de los desacuerdos persistentes. Incluso si una decisión particular va en contra de una visión individual sobre una materia en particular, persiste una base común sobre la cual se puede argumentar. Ello podría significar que el individuo pueda posiblemente tener éxito en el futuro⁵⁰.

Es plausible sugerir que logren un acuerdo incompletamente teorizado sobre el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a castigos crueles, inhumanos y degradantes. Pero no pueden lograr acuerdo

⁴⁷ SUNSTEIN, 2001b.

⁴⁸ En el capítulo II de este libro se aborda el tema del rol que tales acuerdos tienen en el Derecho constitucional.

⁴⁹ SUNSTEIN, 2001b: 56.

⁵⁰ Estas razones son obtenidas a partir de la teoría de SUNSTEIN, 2001b: 58-60.

sobre las implicaciones de estos derechos para el caso concreto de la pena capital. No fue, por tanto, un asunto que fuera propicio para la toma de decisión a nivel de la Constitución. Para resolver este problema con base en principios, sin embargo, necesitaron fijar un procedimiento para resolver este punto muerto. Ellos no estaban en capacidad de alcanzar acuerdo respecto al contenido de esta disputa pero pueden alcanzar acuerdo respecto de un procedimiento mediante el cual tal disputa haya de ser determinada. El procedimiento respecto del cual existió acuerdo fue el control judicial de constitucionalidad.

El control judicial de constitucionalidad puede ser, por tanto, una característica importante de una sociedad democrática, contribuyendo a que la sociedad pueda hacer frente al desacuerdo. Un procedimiento de toma de decisión mayoritaria para resolver el problema de la pena de muerte reflejaría las profundas divisiones que existen sobre esta cuestión en la sociedad. Es precisamente el hecho de que un procedimiento mayoritario es más participativo lo que es considerado como poco atractivo como proceso de decisión en esta materia⁵¹. Una decisión tomada por el parlamento puede haber amenazado la estabilidad del consenso sobre los valores en la Constitución sudafricana y haber forzado a los individuos a enfrentarse a las convicciones fundamentales de los demás. Al encargar a la Corte Constitucional la responsabilidad de decidir, la problemática se mueve de la esfera política y con ello de la alusión a que los individuos con distintos puntos de vista en materia política se encuentran en conflicto directo entre sí. El procedimiento de la Corte permite una igual participación a ambas partes, y permite a la Constitución sudafricana proporcionar una base común sobre la cual ambas partes puedan argumentar. De esta manera, el consenso sobre los valores constitucionales en Sudáfrica se verá fortalecido, ayudando así a curar las heridas de un pasado dividido, y proporcionar un marco común en el cual han de ser tomadas las futuras decisiones.

3.4. Los límites del desacuerdo

La discusión hasta este momento ha buscado demostrar por qué, a veces, es deseable asignar decisiones finales a las Cortes Constitucionales precisamente debido a la magnitud del desacuerdo existente en la sociedad. El desacuerdo, por tanto, no respalda automáticamente la toma de decisión mayoritaria. En defensa de esta tesis, he tenido que hacer referencia a estándares y valores compartidos. La discusión hasta este punto representa una negación del argumento de Waldron en el sentido de que nuestras instituciones deben fundarse sobre la base del reconocimiento del desacuerdo legítimo en torno a todas las

⁵¹ KLUG, 2000: 14, escribe que «las Cortes constitucionales en esta perspectiva pueden fungir en ciertas situaciones como instituciones clave en la consolidación de la transición democrática, manteniendo la paz social y la estabilidad mientras se resuelven, o por lo menos "judicializa", por lo general graves problemas de dislocación política y económica».

cuestiones fundamentales: si no se hace esto, uno sería incapaz de proveer una justificación libre de *petitio principii* al por qué los demás deben aceptar cualquier argumento.

El hecho de que Waldron se ocupe de la argumentación y del proceso de justificación sugiere que él considera que existen por lo menos algunos estándares de corrección compartidos en contra de los cuales se pueden probar sus argumentos. El desacuerdo que sea relevante supone ciertos estándares de valoración compartidos. Tiene que haber ciertas reglas de lenguaje compartidas para ser capaz de entender aquello que los otros afirman. Para entender aquello que ellos dicen, se requieren estándares compartidos que nos permitan evaluar sus afirmaciones⁵². A fin de que tenga sentido tener procedimientos comunes de toma de decisión en una sociedad, debe haber también propósitos y fines comunes en virtud a los cuales la gente tenga que converger. Por tanto, cuando Waldron lleva al desacuerdo hasta sus extremos, nos deja sin base alguna para explicar por qué los individuos querrían juntarse en una comunidad política o incluso conformar entre sí cuerpos mayoritarios para la toma de decisiones. Él no nos da base alguna sobre la cual entender por qué en efecto es importante respetar el desacuerdo.

Una vez reconozcamos la necesidad de ciertos estándares de valoración, y ciertos compromisos sustantivos compartidos, la pregunta surge respecto de cómo identificar el contenido de estas sin restringir innecesariamente el desacuerdo en la sociedad. Sostendré en la siguiente sección que necesitamos identificar lo que yo llamo estándares «débiles» de valoración y compromisos sustantivos compartidos. Debemos tratar de proporcionar argumentos para nuestras posiciones, y tener en cuenta a aquellos que se oponen a estos compromisos «débiles». Luego de hacer esto, buscaré defender un argumento general en torno a por qué la institución del control judicial de constitucionalidad se basa en dicha teoría «débil» de justificación.

4. UNA TEORÍA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD BASADA EN DERECHOS

Toda teoría que busque justificar las razones para asignar la toma de decisiones en una sociedad a ciertas instituciones debe contar con ciertas herramientas con las que operar, y siendo que Waldron nos priva de cualquier tipo de dichas herramientas. Para evitar este resultado, es necesario delinear ciertos valores y estándares de valoración sobre los cuales evaluar la legitimidad de las instituciones y características fundamentales de nuestra sociedad⁵³. Dado que existe una di-

⁵² DAVIDSON, 1986: 205, sostiene que tales estándares compartidos son en efecto necesarios para hacernos inteligibles los unos a los otros.

⁵³ Esta es una característica central del proyecto de John RAWLS en su libro *Political Liberalism* (1993), por lo que expondré brevemente su teoría en esta sección.

versidad de opiniones dentro de la sociedad, estos valores deben ser de tal tipo que ellos permitan un amplio acuerdo entre diversos individuos⁵⁴. Tal teoría busca evitar, en la mayor medida posible, incorporar asunciones que no puedan ser justificadas desde las perspectivas de los diversos individuos. Rawls llama a esto como el principio liberal de legitimidad: «nuestro ejercicio del poder político es completamente apropiado solo cuando se ejerce de acuerdo con una constitución, cuyos fundamentos pueda razonablemente esperarse sean aceptados por todos los ciudadanos libres e iguales a la luz de principios e ideales concordantes con su razón humana común»⁵⁵. Tal y como ha venido siendo mencionado antes, el acuerdo no necesariamente es un signo de verdad, pero es deseable si todos, o la mayoría, de los miembros de la sociedad están dispuestos a aceptar las instituciones básicas y características de una sociedad. Ello conllevaría el beneficio adicional de favorecer a una mayor estabilidad y cohesión social.

Debemos, por tanto, hacer referencia a asunciones «débiles» que se restringen a los meros requerimientos esenciales para justificar asignar decisiones sobre derechos fundamentales a una institución en particular. Tal teoría requeriría por lo menos dos elementos⁵⁶. El *primer elemento* lo constituye un rango limitado de valores compartidos que represente los derechos fundamentales de los individuos en la sociedad. Los capítulos I y II han buscado esbozar una teoría débil que justifique el garantizar ciertos derechos civiles y políticos básicos —tales como la libertad de expresión— y socioeconómicos —tales como contar con las condiciones necesarias para la supervivencia— son condiciones necesarias para que todos los individuos en la sociedad puedan vivir vidas valiosas para ellos. Dado que las decisiones tomadas en una sociedad tienen impacto en la capacidad que tienen los individuos para alcanzar aquello que es valioso para ellos, los individuos tendrán un interés especial en contribuir con aquellas decisiones. Los derechos al voto y a la participación en la toma de decisiones políticas serían, por tanto, importantes para asegurar que los individuos puedan jugar un rol dentro del proceso de toma de decisión en sus sociedades. Además, permitiendo a los individuos participar igualitariamente en los procesos de toma de decisión, las sociedades demuestran su respeto y compromiso respecto a la

⁵⁴ Teóricos como WALDRON típicamente exageran los desacuerdos en la modernas sociedades pluralistas, mientras que parece existir un amplio acuerdo dentro de las democracias constitucionales respecto de las garantías de los derechos humanos básicos y estructuras institucionales tales como la separación de poderes. Esto también constituye una exigencia importante para el proyecto de RAWLS.

⁵⁵ RAWLS, 1993: 137. En este capítulo solo me limito a discutir las consideraciones relevantes a mis propósitos. RAWLS (1993) proporciona una discusión mucho más amplia de algunas de las cuestiones tratadas en esta sección.

⁵⁶ Estrictamente hablando, existe una necesidad de contar también con un tercer elemento, el cual es una teoría de las formas de razonamiento apropiadas que han de ser aplicadas por estas instituciones a fin de desarrollar apropiadamente sus funciones. Esto tiene relevancia, por ejemplo, respecto a cómo es que los jueces deben interpretar la Constitución. RAWLS (1993) desarrolla su teoría de la razón pública para plantear tal tipo de teoría.

valoración de cada individuo⁵⁷. Por tanto, en la mayoría de los casos, el principio de importancia equitativa exige que los individuos sean capaces de participar igualmente en la toma de decisiones en una sociedad (usualmente mediante el ejercicio del derecho al voto).

Sin embargo, la participación igualitaria puede, bajo ciertas circunstancias y condiciones, llegar a amenazar características importantes de las vidas individuales y con ello llevar a un tratamiento inconsistente con la asunción de importancia equitativa o igualitaria. Si la participación igualitaria lleva o potencialmente lleva a la subvaloración de algunos individuos en la sociedad, entonces el principio de importancia equitativa o igualitaria podría favorecer partir desde la participación igualitaria.

Por ejemplo, la mayoría en una sociedad puede decidir que no se ofrezca asistencia social a individuos que sean indigentes, estando en condiciones de permitir que aquellos con pocos o nulos ingresos sufran de hambre. Dado que tal sociedad mostraría un total menosprecio por la vida de las personas indigentes, tal sociedad podría evitar legítimamente tomar dicha decisión. El valor de asegurar que cada individuo tenga una participación equitativa podría ser superado en este contexto por el valor de asegurar que cada individuo vea garantizadas las verdaderas precondiciones para su supervivencia. Por tanto, las exigencias del principio de importancia equitativa o igualitaria pueden en ocasiones entrar en conflicto y, en tales circunstancias, se nos exige valorar qué opción tendría menos impacto sobre el tratamiento equitativo de las vidas de los individuos. En el ejemplo que he propuesto, es evidente, desde mi punto de vista, que permitir que una vida individual se extinga debido al hambre es por mucho peor, desde el punto de vista del principio de importancia equitativa, que privar a los individuos de la capacidad de participar igualmente en la toma de decisión. Permitir que alguien padezca de hambre afectaría la verdadera existencia de un individuo, llevar a severo sufrimiento, e inhibir su capacidad de lograr sus propias metas. Privar a los individuos de participación igualitaria en relación con tales derechos fundamentales seguiría permitiéndoles existir, y vivir vidas que les permitan alcanzar muchos o la mayoría de sus propósitos. Además, si el control judicial es el mecanismo institucional a través del cual se toman decisiones finales respecto a los derechos de subsistencia, esto no excluiría a los individuos de la toma de decisión en general, incluso en relación con materias concernientes a la alimentación; ello implicaría meramente que la mayoría de los individuos no puedan expresar su voz en relación con una pequeña y limitada área donde dichos poderes de toma de decisión podrían llevar a serias violaciones al principio de importancia equitativa.

⁵⁷ Este punto es resaltado por la mayoría de ejemplos en la historia reciente —por ejemplo, el *apartheid* en Sudáfrica, en el cual la gente de raza negra (y las mujeres) eran excluidas del derecho al voto, constituye un signo de su estatus inferior en estas sociedades—.

Por tanto, el argumento expresado líneas arriba busca establecer que es en efecto posible establecer límites basados en principios a los poderes de toma de decisión pertenecientes a las instituciones mayoritarias, límites que están basados en la teoría normativa que he venido desarrollando. El problema, sin embargo, persiste en el sentido de a cuales instituciones debería exigírseles tomar decisiones finales sobre materias relacionadas a derechos fundamentales. El *segundo elemento* de la teoría débil del control judicial de constitucionalidad implica entonces desarrollar una base compartida sobre la cual evaluar las instituciones que probablemente estarían en capacidad de tomar de una mejor manera las decisiones concernientes a derechos fundamentales. Ello requiere del desarrollo de por lo menos una epistemología parcial respecto de cómo llegar de mejor manera a decisiones y una comparación entre las virtudes de las instituciones divergentes en la sociedad. En este capítulo, la decisión que ha venido siendo evaluada es aquella referida a la asignación de la toma de decisiones finales sobre derechos fundamentales o bien a las instituciones mayoritarias —tales como el legislativo— o bien a los tribunales⁵⁸.

Se podría sostener que dado que puede haber desacuerdo sobre la interpretación de los derechos, tales decisiones deberían ser dejadas en manos de las instituciones mayoritarias. Sin embargo, si los derechos a veces limitan a las instituciones mayoritarias, entonces parece importante reconocer que tales limitaciones deben ser impuestas por un organismo independiente a estas instituciones. ¿Cuál de los organismos está en mejor posición para tomar tales decisiones?

Tal y como fue indicado en el capítulo III, alcanzar decisiones finales sobre derechos incondicionales implica dificultades a nivel de la imparcialidad, así como razonamientos complejos. Estas cuestiones se refieren a la importancia fundamental de cada individuo, y, por tanto, es probable que los individuos estén de acuerdo con que las mejores decisiones posibles deberían ser hechas tomando en consideración tales cuestiones.

Para justificar la autoridad para tomar decisiones finales más allá del alcance de las instituciones mayoritarias se requiere demostrar por qué tal procedimiento alternativo estaría en mejor posición para proteger las garantías que son necesarias para que una sociedad basada en el reconocimiento del principio de importancia equitativa de las vidas individuales continúe existiendo. Para ello, es necesario introducir un grupo de consideraciones «débiles» concernientes a las prácticas que probablemente lleven hacia la mejor toma de decisión sobre cuestiones complejas. Consideraciones como la necesidad de tiempo, reflexión, imparcialidad, y ausencia de oportunismo serían estándares que po-

⁵⁸ Existen, en efecto, otras posibilidades, pero no pueden ser consideradas aquí. La dificultad contramayoritaria es considerada como más grave en relación con la superación de las decisiones legislativas por parte de las Cortes. Esta es la razón por la cual me concentro en contrastar al legislativo con el poder judicial.

drían, se afirma, contar con acuerdo unánime entre los diversos individuos. Estas consideraciones epistemológicas, sostendré en la parte final, proveen buenas razones en favor del control judicial de constitucionalidad cuando una sociedad se ocupa del problema de decidir en torno a problemas relativos a los derechos fundamentales.

Antes de realizar esta tarea, es importante plantear dos puntos preliminares. Primero, los defensores del control judicial de constitucionalidad no cuestionan que las instituciones representativas deban ser excluidas de la toma de decisión concerniente a cuestiones fundamentales en la sociedad; por el contrario, el argumento se refiere a si los jueces deben ser facultados para someter a control a las decisiones provenientes de organismos basados en el principio de la mayoría, así como si ellos tienen éxito al llegar a ponderar los intereses que mejor reflejen la importancia equitativa de los individuos. El poder judicial por lo general no reemplaza las decisiones de una mayoría pero podría representar un control a tales decisiones. El control judicial de constitucionalidad o *judicial review* puede, por tanto, desde un enfoque menos antagonista, ser considerado como una institución que colabora con las instituciones mayoritarias para la consecución de las mejores decisiones concernientes a los derechos fundamentales⁵⁹.

Segundo, para decidir sobre la cuestión de si el control judicial de constitucionalidad es deseable, es necesario tomar en consideración ciertas características de las instituciones en conflicto. Esto plantea la pregunta en torno a si consideramos la historia de una institución y cómo ella en efecto funciona en contraste con cómo una institución debería funcionar. Tanto el hecho de defender, así como criticar al control judicial de constitucionalidad representa un propósito que involucra valores. Estamos interesados en comparar diversas instituciones respecto a un propósito en particular a fin de afirmar si ellas están en la mejor posición para realizar una función en particular. Incluso una discusión en torno a las propiedades descriptivas de estas instituciones en este contexto implica un entendimiento implícito de cómo ellas deberían funcionar. Además, las prácticas actuales de estas instituciones están influenciadas con un entendimiento de cómo deben funcionar. El analizar cómo es que ellas funcionan ya nos provee de algunas indicaciones sobre cómo debemos considerar que deben funcionar. Tanto la empresa descriptiva como la valorativa están intrínsecamente conectadas con esta empresa analítica⁶⁰.

Esto no implica, sin embargo, que estemos forzados a aceptar las prácticas reales de estas instituciones. La visión dinámica que sub-

⁵⁹ La idea de colaboración entre instituciones mayoritarias y el poder judicial es objeto de discusión en el contexto de los derechos socioeconómicos en WESSON, 2004: 295, y LENTA, 2004b: 575.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, la discusión sobre la separación de poderes y las funciones apropiadas del poder judicial en *South African Association of Personal Injury Lawyers vs. Heath* 2001 (1) SA 883 (CC) pp. [22]-[46], la cual fusiona la descriptiva y la normativa.

yace a estas instituciones puede ser errada; o por el contrario, la visión puede ser acertada pero las instituciones pueden fallar en cumplir estos ideales. Las Cortes y las legislaturas tienen distintas características institucionales y estas son ampliamente determinadas por las funciones que pensamos que tales instituciones deben realizar. El real funcionamiento de estas instituciones puede ser solo un espejo imperfecto de nuestras razones para establecerlas de la forma en que hemos hecho.

Sin embargo, siempre y cuando no les hayamos encomendado una tarea imposible, el fallo de estas instituciones en cumplir con su instanciación ideal no provee una razón para disminuirlos o para reformarlos. El hecho de que un cuerpo de policía sea corrupto no es argumento suficiente para justificar eliminar a dicho cuerpo policial. Similarmente, la insuficiencia de las Cortes, a veces, en aportar decisiones imparciales respecto a ciertos grupos particulares nos da un argumento en favor de tratar y remediar este defecto⁶¹. Es importante desarrollar instituciones de una forma que busque asegurar que funcionen óptimamente en relación con su rol distintivo. Por tanto, para proveer una teoría de las diferencias generales entre la legislatura y el judicial, presentaré una teoría referida tanto a cómo es que estas instituciones funcionan y cómo ellas deberían funcionar. Habiendo hecho estas consideraciones preliminares, ahora quiero presentar un argumento en favor de por qué el máximo poder para la toma de decisiones sobre cuestiones concernientes a derechos fundamentales deberían ser asignados al judicial antes que a las instituciones basadas en el principio de la mayoría como lo es la legislatura.

5. TOMANDO DECISIONES ÓPTIMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿EL JUDICATIVO O EL LEGISLATIVO?

Hasta este momento se ha venido planteando un argumento en favor de no asignar poderes para la toma de decisiones finales al legislativo. La cuestión consiste en que la limitación a los organismos mayoritarios es totalmente ineficaz si dicha limitación es controlada por estos mismos órganos. La idea clave que ha de ser establecida aquí consiste en que existen ciertas consideraciones epistemológicas que hacen que el judicial sea más adecuado que las instituciones mayoritarias para lograr tomar mejores decisiones sobre derechos individuales y la estructura básica de la sociedad. Una discusión exhaustiva no puede ser desarrollada aquí ni tampoco constituye el foco de atención de este libro; sin embargo, elaboraré brevemente un grupo de factores que respaldan el control judicial de constitucionalidad a fin de mostrar la manera en la cual esto es posible.

⁶¹ Una forma de hacerlo, por ejemplo, consistiría en asegurar que se ha nombrado un juez distinto.

5.1. Tiempo

La buena toma de decisión sobre asuntos complejos requiere deliberación reflexiva sobre aquellas cuestiones a lo largo de un periodo de tiempo. Razonamiento intuitivo rápido sin reflexión profunda puede conducir a decisiones arbitrarias y equivocadas.

Las instituciones mayoritarias usualmente tienen un limitado espacio de tiempo dentro del cual discuten asuntos complejos. Los representantes se encuentran por lo general ocupados con un amplio espectro de asuntos. El tiempo para el debate es extremadamente limitado. La discusión sobre diversas cuestiones en el ámbito público se desarrolla por lo general mediante la radio, la televisión o los periódicos. Tales discusiones no permiten que argumentos de gran complejidad sean desarrollados ampliamente. Se requiere más bien de discursos grandilocuentes, lo cual inevitablemente lleva a una representación simplista de asuntos complejos. Al final de cuentas esto puede afectar la toma de decisión por parte de los representantes.

Mientras que las audiencias en las Cortes, por lo general, tienen un tiempo limitado, los jueces no tienen ningún tipo de fecha límite dentro de la cual deban llegar a una decisión (excepto en casos urgentes). Como tales, ellos sí están en posición de realizar una deliberación por algún espacio de tiempo. A nivel de los más altos tribunales en una sociedad, existen por lo general un número de jueces que en conjunto resuelven casos referidos a derechos fundamentales. Esto permite que se lleven a cabo discusiones entre los jueces y que ellos revisen sus puntos de vista, de ser necesario, fuera del ojo público. Los tribunales, por tanto, no están gobernados por las reglas de los medios y la política, las cuales imponen severas limitaciones de tiempo al debate y favorecen el ejercicio de discursos emocionales o retóricos para ganar los debates. En los tribunales se pueden hacer largos y detallados alegatos en relación con materias complejas y se deberá redactar un juicio cuidadoso y razonado cuando se decida sobre tales materias, forzando a los jueces a articular razones claras para respaldar sus conclusiones.

5.2. Política y principio

Las buenas decisiones son tomadas teniendo en consideración el balance de factores implicados en la decisión y alcanzando la conclusión más favorable mediante este balance. Evidentemente, diferentes personas realizarán este balance de forma distinta⁶². Sin embargo, distorsiones claras de este balance, que no están relacionadas con las me-

⁶² Las dificultades de ponderar consideraciones fácticas y normativas está relacionada con los «límites de juicio» que RAWLS identifica como propiciadores de una situación en sociedades liberales en las cuales estamos lejos de alcanzar acuerdos sobre materias morales complejas. Cfr. RAWLS 1993: 54-58.

jores razones para unas decisiones, impactarían de manera negativa en la toma de decisión más óptima.

En el famoso estudio de Pitkin sobre la representación, dicha autora sostiene que «los representantes modernos actúan dentro de un elaborado entramado de presiones, exigencias y obligaciones»⁶³. El representante político tiene una circunscripción dentro de la cual él representa los intereses de miles. Tales intereses pueden entrar en conflicto y a menudo es difícil valorar en qué consisten estos intereses. Es una de las virtudes de las instituciones mayoritarias —tales como el legislativo y el ejecutivo en las democracias modernas— el hecho que ellas operen en el ámbito político, y que los representantes políticos busquen influenciar al público para que voten por ellos. Sus políticas a menudo son el producto derivado de la popularidad antes que de un principio. Además, la opinión de un representante respecto de una medida determinada «puede que esté modelada por los líderes del partido u otros colegas, por amigos o por lobistas efectivos o incluso por la prensa. Los asuntos no vienen a él de manera solitaria, los asuntos están interrelacionados y quizás deseen apoyar a un grupo a fin de obtener ganancias a costa de otros»⁶⁴. Dejar en manos de tal órgano la toma de decisiones sobre derechos llevaría a que tales decisiones reflejen estas distintas presiones sobre los políticos antes que de estar dirigidas por un entendimiento correcto del principio de importancia equitativa. Como resultado de esto, tal procedimiento puede llevar fácilmente a menoscabar a tal principio y a los derechos básicos existentes en tal comunidad.

Los jueces, una vez designados, por lo general no están sometidos a elecciones por las personas y no tienen que adecuar sus opiniones a las doctrinas populares. Una de las características centrales del judicial es su independencia. En el caso canadiense de *R vs. Valente*⁶⁵, se delinearon tres condiciones necesarias para la independencia del poder judicial: primero, tiene que existir seguridad en el cargo asignado; segundo, tiene que existir seguridad financiera; y finalmente, tiene que haber un control administrativo ejercido por los jueces sobre decisiones que afecten directa e inmediatamente al ejercicio de la función judicial. En *R vs. Generaux*⁶⁶, se sostenía que la independencia no solo implicaba libertad respecto de interferencias por parte del legislativo o el ejecutivo sino también de cualquier otro tipo de fuerza externa, tal como los intereses financieros, corporativos o cualquier otro grupo de presión⁶⁷. Se exige, por tanto, que los jueces cuenten con una independencia estructural y financiera, así como con estabilidad en sus pues-

⁶³ PITKIN, 1967: 219-220.

⁶⁴ *Ibid.*: 220.

⁶⁵ (1985) 24 DLR (4th) 161.

⁶⁶ (1992) 88 DLR (4th) 110.

⁶⁷ *Ibid.* 128 c-d. Cfr. la discusión de estos casos en *De Lange vs. Smuts* 1998 (3) SA 785 (CC).

tos de trabajo ante posibles decisiones impopulares⁶⁸. Como resultado de esto, ellos no tendrán ninguna iniciativa de reproducir las opiniones que sean simplemente populares o satisfagan las necesidades de un grupo lobista en particular. Ellos también no requerirán de comprometer derechos en una decisión a fin de obtener ganancias en otras.

Es verdad que, en algunos países, los jueces son elegidos. Además, en algunos casos esta ventaja epistemológica puede ser recusada como resultado de procesos de designación altamente politizados como es el caso de países como Estados Unidos. En tales circunstancias, los jueces quizás deban adoptar ciertas posturas políticas a fin de obtener su designación. Una vez designado, sin embargo, ellos son libres de variar sus opiniones, y existen casos en Estados Unidos en los cuales los jueces han defraudado a los políticos de quienes obtuvieron su designación⁶⁹. Sin embargo, procedimientos de designación altamente politizados pueden ser criticados por fallar en colocar a los jueces lo suficientemente lejos del ámbito de la política del beneficio. A fin de asegurar que los beneficios de un juez independiente sean logrados y que los jueces no sean expuestos a las exigencias ordinarias de la vida política, es preferible buscar diseñar procedimientos alternativos para la designación de jueces⁷⁰.

5.3. Pericia

Las mejores decisiones en un área determinada son tomadas a menudo por aquellos que están en las mejores condiciones para hacerlo. Las cualificaciones pueden incluir pericia en un área en especial, así como un entrenamiento de las capacidades de razonamiento y justificación.

Una de las virtudes del legislativo consiste en que los representantes elegidos pueden tener diversas áreas de pericia o especialización. Algunos de ellos puede que sean juristas, pero otros puede que sean médicos, economistas o granjeros. Muchos de estos individuos puede que no estén acostumbrados a la toma de decisiones respecto a derechos fundamentales. Además, ellos puede que no estén habituados a separar sus propios intereses partidarios y puntos de vista de aquellos que son necesarios para favorecer a un amplio rango de individuos⁷¹. Una de las exigencias de la vida política consiste en ser capaz de de-

⁶⁸ Cfr., por ejemplo, secciones 165.2), 3) y 4) de la Constitución sudafricana y la discusión sobre la importancia de la independencia del judicativo en *Heath*, nota 60 *supra*, p. [25].

⁶⁹ Uno de los casos más famosos de esto es el rechazo de ciertos jueces designados por los republicanos respecto de derogar la decisión sobre el aborto del caso *Roe vs. Wade*. Cfr. *DWORKIN*, 1996: 5.

⁷⁰ La Comisión de Servicios Judiciales en Sudáfrica, quienes representan a un amplio grupo en la comunidad, está en mejores condiciones para este propósito, desde mi punto de vista. Cfr. sección 178 de la Constitución sudafricana.

⁷¹ Michael MOORE, 2002: 218, en efecto, sostiene de manera similar que «tener un

fender un interés partidario en una línea acción. Sobre preguntas altamente emotivas referidas a cuestiones tales como las relacionadas al aborto, la homosexualidad, o pornografía, por ejemplo, los representantes posiblemente opten por votar en favor de aquello que ellos crean, de una manera que no se encuentra respaldada por ninguna "razón pública" aceptable. Esta forma de toma de decisión raramente será factible de ser justificable para un amplio número de individuos diversos, así como tampoco podría ser considerada como una toma de decisión acertada, en tanto los individuos no se vean forzados a cuestionar sus propios puntos de vista.

Los jueces, sin embargo, son por lo general juristas que han venido siendo objeto de especialización desde sus años como estudiantes a fin de razonar sobre cuestiones relacionadas a derechos fundamentales. Tal entrenamiento implica por lo general separar claramente «razones personales» ilegítimas de aquellas que pueden ser presentadas legítimamente como base de la justificación pública. Dicho entrenamiento debería implicar también asegurar que los juristas sean particularmente adeptos a proteger los intereses fundamentales de los individuos. Los jueces deben ser elegidos entre quienes tienen una trayectoria que refleje un compromiso con la protección de los derechos fundamentales. Además en el caso *Heath*, Chaskalson P. identifica a las mismas como aquellas que incluyen «independencia, la ponderación de información, la formación de una opinión basada en información, y la dación de una decisión sobre la base de una valoración profunda de información relevante»⁷². El partidismo no es concordante con el ejercicio del poder jurisdiccional⁷³.

Naturalmente no hay garantía de que los jueces eviten tomar decisiones de acuerdo con sus propios puntos de vista o que no revistan a las mismas con el manto de razones públicas respetables⁷⁴. Sin embargo, debido al hecho de que un juez debe estar entrenado en decidir sobre aspectos relativos a derechos fundamentales y experimentado en separar sus razones personales de aquellas relativas al caso que resuelve, los jueces están en mejores condiciones para tomar decisiones que excluyan «razones ilegítimas» de sus deliberaciones que los representantes electos. Por ello, Rawls considera que una Corte suprema es probablemente el mejor ejemplo de razón pública. «Ciudadanos y legisladores... no necesitan justificar mediante razón pública

compromiso apasionado con un punto de vista en especial es consistente con la labor del legislador».

⁷² *Heath*, nota 60 *supra*, p. [34].

⁷³ *Ibid.*, p. [40].

⁷⁴ LENTA, 2004a: 21-22, plantea este punto en su argumento. Sin embargo, él no confronta directamente el argumento referido a que las características institucionales del poder judicial que he descrito lo vuelve más idóneo para tomar mejores decisiones en lo concerniente a la estructura básica de una sociedad que las tomadas por los representantes en el parlamento. En lugar de ello parece contentarse con defender el argumento —el cual muchos cuestionarían— de que la historia de la toma de decisión judicial falla en mostrar que tales ventajas epistémicas han hecho la diferencia en la toma de decisión.

el por qué ellos votan de la forma en que lo hacen, dado que ellos toman o hacen que sus razones sean consistentes con una visión constitucional coherente con la totalidad de sus decisiones. El rol de los jueces consiste en hacer precisamente ello y al hacerlo ellos no tienen otra razón o valor que la política»⁷⁵.

5.4. Parcialidad

Para alcanzar decisiones óptimas es necesario contar previamente con información relevante, así como para tomar la decisión que esté mejor justificada con base en esta información. En la medida en que las decisiones no sean tomadas de acuerdo con las mejores razones para ello, y por el contrario lo sean sobre la base de favoritismo o una predilección injustificada, ellas son decisiones malas.

En relación con este fundamento epistemológico existen múltiples preocupaciones que surgen respecto a la toma de decisión mayoritaria.

5.4.1. Parcialidad informacional

Los políticos presentan a menudo información distorsionada a sus electores a fin de respaldar sus posiciones⁷⁶. Cuando existen grandes disparidades de riqueza entre las partes opuestas, una posición recibe a menudo más cobertura que otro, y las personas son llevadas a creer que las distorsiones presentadas son ciertas. Además, los políticos por lo general se concentran únicamente en argumentos en favor de la proposición que ellos defienden y suelen fallar en dar una caracterización justa de los argumentos que se les contraponen. Esto puede tener efectos nocivos para la democracia y la protección de los derechos fundamentales⁷⁷.

Los tribunales (por lo menos en un sistema adversarial) necesitan que los dos lados de un caso sean presentados de la mejor manera posible. En efecto, en algunos casos donde no existe la posibilidad de contestación, un tribunal puede y citará a un representante a fin de que defienda el caso contrapuesto⁷⁸. Toda la información relevante ha de ser puesta ante un tribunal y, en caso que el tribunal no tenga ac-

⁷⁵ RAWLS, 1993: 235.

⁷⁶ PITKIN, 1967: 220.

⁷⁷ SUNSTEIN, 2001b: 16-22, tiene un tratamiento fascinante sobre aquello que él denomina efectos cascada, en los cuales el derecho, la política, la opinión y el comportamiento se reorientan rápidamente en una dirección en particular. Una causa directa para esto es lo que él denomina «cascadas informacionales», donde los individuos que carecen de información suficiente confían en la información proporcionada por las expresiones y acciones de otros. El hecho de que los representantes por lo general tienen mayor acceso a la información relativa a cuestiones públicas puede hacer que sus opiniones sean más influyentes y, por tanto, incrementar la probabilidad de que se produzcan tales efectos cascada.

⁷⁸ Cfr., por ejemplo, *Khosa vs. The Minister of Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC).

ceso a la información que requiere, los procedimientos por lo general permitirán que el tribunal solicite y reciba tal información⁷⁹.

Este último punto, se puede objetar, favorece en efecto a la toma de decisión a nivel del poder legislativo y de los órganos ejecutivos en el hecho de que ellos a menudo tienen mayores poderes financieros y de investigación del que poseen los órganos jurisdiccionales. Esto en efecto puede ser verdad y, por ende, en la mayoría de las circunstancias, permitimos a las instituciones mayoritarias tomar decisiones iniciales concernientes a cuestiones particulares. Sin embargo, el problema en relación con los derechos básicos es la posibilidad de que las instituciones mayoritarias distorsionarán la información para sus propios fines y usarán sus poderes para obtener mayor información que solo respalda su posición. De otra parte se exige al juez asegurar que posee información adecuada obtenida a partir de las alegaciones presentadas por ambas partes, y, por tanto, que se encuentra en mejor posición para corregir sus parcialidades distorsionadas. Él revisa las decisiones de las instituciones mayoritarias y puede, por tanto, coleccionar los beneficios de obtener información que constituye la base de los juicios hechos por tales instituciones. También está en posición de obtener información adicional si sospecha que las instituciones mayoritarias han presentado un punto de vista parcializado respecto de un asunto que afecta derechos fundamentales.

5.4.2. La posición de las minorías

Las instituciones representativas toman decisiones sobre la base de un voto mayoritario. Como resultado, se encuentran en capacidad de reflejar las opiniones de la mayoría de los ciudadanos. Sin embargo, existe una clara inclinación institucional hacia decidir materias sobre la base de los intereses de una mayoría. En relación con materias de derechos fundamentales, por lo general existe un balance delicado a ser realizado entre los intereses de individuos diferentes. Los intereses de las minorías pueden ser simplemente ignorados por las instituciones mayoritarias e, incluso si son tomadas en cuenta, pueden ser desmontadas mediante prejuicios de aquellos pertenecientes a la mayoría. La discriminación y los factores étnicos pueden además contribuir con distorsionar el juicio de la mayoría⁸⁰.

La marginación de las minorías no necesariamente tiene lugar mediante una discriminación deliberada por parte de las mayorías; por el

⁷⁹ Cfr., por ejemplo, *Prince vs. President of the Law Society of the Cape of Good Hope Case CCT 36/00*, disponible en <http://www.constitutionalcourt.org.za>.

⁸⁰ Esta es probablemente la principal razón en función de la cual se ha venido justificando al control judicial de constitucionalidad. En este punto dirijo mi atención a los problemas epistemológicos que esta fundamentación presenta: el hecho de que la parcialidad mayoritaria de las instituciones representativas probablemente tenga un efecto distorsionador en la toma de decisión. Para otros autores que han sostenido este argumento cfr., por ejemplo, DWORKIN, 1996: 34; KAVANAGH, 2003: 473-474 y 481, y MOORE, 2002: 219.

contrario, puede ser que los intereses de las minorías simplemente no sean tomados en cuenta adecuadamente por el proceso democrático. Tomemos como ejemplo a las democracias modernas en el mundo desarrollado. Los partidos políticos generalmente apelan a la clase media para ser electos, y, por tanto, los intereses de la clase media son los dominantes. Personas sin hogar también pueden ser votantes, pero su número puede ser insuficiente para tener un impacto relevante en las políticas partidarias o para garantizar un interés serio por parte de los partidos políticos. Por tanto, sus intereses son marginados y no forman parte de la agenda política. Se puede dar poca atención a las personas sin hogar dado que ello no implicaría un coste político relevante. En su momento, en tal comunidad política, es muy posible que los intereses fundamentales de las personas sin hogar no se vean protegidos adecuadamente ⁸¹.

Ciertamente, los jueces también pueden estar parcializados. Sin embargo, el entrenamiento y la naturaleza de las instituciones es tal, que propicia una toma de decisión que no esté basada en ningún perjuicio particular sino en formas de razones públicas. En Sudáfrica, como en la mayoría de países, la real definición de un ejercicio adecuado del poder jurisdiccional consiste en que el derecho debe ser aplicado «imparcialmente sin temor, favoritismo o prejuicio alguno» ⁸². No existe una clara parcialización institucional en favor de la mayoría; y si acaso existiese alguna, se deberá a una parcialización de las instituciones mayoritarias. Es, por tanto, argumentable que los jueces estén entrenados para permanecer particularmente atentos ante casos donde más minorías se vean afectadas.

Para evitar la marginación de las minorías, es necesario tener algún procedimiento que asegure que los intereses vitales de los marginados sean protegidos en una democracia. El control judicial de constitucionalidad ofrece esta oportunidad en la medida en que el judicativo no enfrenta las mismas presiones como sí lo hacen los políticos en el sentido de centrarse principalmente en los intereses de la mayoría. Para alcanzar el fin de proteger los intereses de todos los ciudadanos, es ne-

⁸¹ Cfr. capítulo VII para un ejemplo extraído de la vida real respecto a este fenómeno, el cual he experimentado en el Reino Unido. El caso puede ser distinto en un país como Sudáfrica, en donde un número sustancial de individuos viven mal; sin embargo, debido a una variedad de otras razones, los intereses de tales personas siguen siendo ignorados. Una razón central para esto es el conflicto entre los intereses de los representantes (los cuales, por lo general, llevan una buena vida) y sus electores (quienes no). Una dura acusación en contra de los líderes políticos que fallan en promover los intereses de la mayoría en India ha sido planteada por el anterior secretario de gabinete, TSR Subramanian: «Muy pocos, si acaso alguno, de los ministros tiene algún interés en cuestiones referidas al desarrollo o en la transformación económica o social de India. La verdadera debilitación de la pobreza y el mejoramiento de las masas rurales es lo último en sus mentes. Su único interés fue su propio futuro —aparte de obtener beneficio propio—» (*Guardian*, jueves 13 de mayo de 2004).

⁸² Sección 165.2) de la Constitución sudafricana. Cfr. también *R vs. Valente*, nota 65 *supra*, pp. 169-70; la expresión «imparcialidad» está referida al estado mental o actitud del tribunal en relación con las materias y partes involucradas en un caso particular. La palabra «imparcial» implica necesariamente ausencia de sesgo, real o imaginable.

cesario tener un judicativo que represente los intereses de todos los sectores de la población. Una forma diversa de judicatura será aquella que también esté en posibilidad de ser más consciente de la amplia gama de consideraciones que surgen en determinaciones complejas concernientes a los derechos de los ciudadanos. Debido a los problemas estructurales de las instituciones mayoritarias, la protección judicial de los derechos fundamentales por un poder judicial adecuadamente construido es crucial si las democracias pretenden tratar a cada individuo con igual importancia.

5.4.3. *Elocuencia*

Debido a que las políticas mayoritarias y participativas son conducidas usualmente por el parlamento y la clase media, ellas tienden a ser fuertemente influenciadas por aquellos que pueden imponer elocuentemente sus puntos de vista. Aquellos que tengan dificultad en expresarse a sí mismos en público o aquellos que son por naturaleza tímidos, raramente podrán convencer a los demás. Por tanto, cuestiones sobre derechos fundamentales pueden terminar siendo decididas por el hecho de que existen buenos oradores de un lado del debate y del otro no.

A pesar de que la cualidad del elector puede variar (conjuntamente con los estándares de sus argumentos), la elocuencia usualmente no es una base suficiente sobre la cual ganar un caso en donde los jueces son los que deciden. El contenido juega un rol mucho más importante, por lo que un excelente abogado con un argumento débil por lo general perderá. Cuestiones sobre derechos fundamentales serán, por tanto, menos dependientes de la elocuencia o del grupo quien ve afectados sus derechos.

Tal punto de vista tiene incluso mayor importancia en relación con grupos que no pueden expresarse o representarse a sí mismos. En la política mayoritaria, los niños pequeños, las personas mentalmente enajenadas, y los animales no humanos, generalmente requieren representantes elocuentes a fin de que sus intereses sean tomados en cuenta. Sin tal representación, los intereses de tales grupos se verían simplemente ignorados. Sin embargo, en los tribunales, los intereses de todos aquellos que se ven afectados por una cuestión particular deben ser analizados, y un juez diligente debe asegurar que los intereses de aquellos que no pueden expresarse sean tomados en cuenta en sus decisiones⁸³. Esto puede implicar elegir representantes para velar por los intereses de tales individuos en el tribunal⁸⁴.

⁸³ Los representantes, a menudo llamados curadores, son elegidos para representar los intereses de aquellos que no pueden expresarse por sí mismos.

⁸⁴ De hecho, esta es un área donde los jueces pueden mejorar su desenvolvimiento. Tanto las instituciones mayoritarias como las jurisdiccionales han fallado por lo general en incorporar suficientemente los intereses de aquellos que no pueden expresarse. Mi ar-

5.5. Responsabilidad y justificación

Las mejores decisiones son tomadas por entes decisores que saben que requieren justificar sus decisiones con un alto estándar de exigencia. El permitir a los entes decisores una discrecionalidad absoluta generará menos posibilidades de producir buenas decisiones, mientras que requerirles justificar sus decisiones ante otros sectores del gobierno puede mejorar la calidad del proceso de toma de decisión.

En un sistema sin un control judicial de constitucionalidad, las decisiones de los representantes elegidos son vinculantes, si ellas son capaces de satisfacer ciertos estándares de justificación o no. A menudo, el único estándar requerido será si la política adoptada es capaz de ganar apoyo popular o no⁸⁵. Sin embargo, existen razones para pensar que un sistema de soberanía parlamentaria puede a veces fallar en proteger incluso los intereses de la mayoría. En las democracias modernas, los individuos solo eligen funcionarios cada pocos años. Muchas personas se muestran insatisfechas con el gobierno antes que termine el periodo por el que fueron elegidos. El gobierno puede cometer en ocasiones errores y adoptar políticas que contravienen los intereses de todos sus ciudadanos, incluso la mayoría. Dado que son elegidos por varios años, los efectos de tales políticas defectuosas pueden en efecto ser graves para una sociedad si no son corregidas.

La obligación principal del poder judicial cuando exista control judicial de constitucionalidad ha venido siendo identificado con asegurar «que los límites del ejercicio del poder público no sean transgredidos»⁸⁶. El control constitucional ejercido por el poder judicial sobre las políticas del legislativo y el ejecutivo requiere, por tanto, que un gobierno deba justificar sus políticas de acuerdo con un estándar particular y asegurar que tales políticas no infrinjan los intereses vitales de los individuos. Ello representa una garantía para todos los ciudadanos en el sentido de que el partido mayoritario no violará sus aspiraciones de forma que vean sus vidas en peligro. La independencia estructural, imparcialidad, y pericia del judiciario lo hace particularmente idóneo para desarrollar tal rol. *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa*⁸⁷ y *Minister of Health vs. Treatment Action*

gumento sugiere que, debido a la naturaleza de las instituciones en cuestión, el judiciario puede estar en mejores condiciones de ofrecer una adecuada protección a tales individuos. Esta es un área donde la teoría sugiere que existe un ámbito definido de desarrollo, particularmente en el caso de los animales no humanos.

⁸⁵ Cfr. Michael Moore, 2002: 218.

⁸⁶ Heath, nota 60 *supra*, p. [25].

⁸⁷ *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and another In Re: Ex Parte Application of the President of Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC). Este caso implica una situación donde el presidente comete un error al promulgar una ley —que regulaba el registro y control para uso en humanos y en animales— antes de que los anexos hayan sido preparados. Estos anexos eran parte esencial de la estructura regulatoria de la ley, ante cuya

*Campaign*⁸⁸ son casos donde el judiciario ostensiblemente ayuda a proteger los intereses de toda la sociedad en contra de una acción gubernamental irracional⁸⁹.

5.6. Toma de decisión particular versus toma de decisión general

La toma de decisión general a través de muchos casos puede oscurecer el problema que puede surgir en casos particulares a los cuales la decisión general puede ser aplicada. Los órganos decisores de carácter general pueden simplemente ignorar o fallar en dar peso suficiente a los problemas que pueden ser afectados en casos particulares.

Las decisiones legislativas, en particular, tienen la virtud de ser generales y aplicables a un amplio número de casos. Sin embargo, ignoran el grave efecto que tales políticas pueden tener en situaciones particulares⁹⁰. La toma de decisión jurisdiccional concerniente a derechos fundamentales, por otra parte, usualmente surge como resultado de un caso particular en el cual un individuo sostiene que la ley general tiene graves consecuencias para él o para un grupo involucrado. Una sociedad interesada en proteger derechos individuales debe tener en cuenta el efecto que las leyes y las políticas generales tienen sobre los individuos. A pesar de que los juicios tienen por lo general una naturaleza

ausencia todas las sustancias potencialmente dañinas hubiesen sido dejadas sin regulación alguna.

⁸⁸ 2002 (5) SA 721 (CC) («TAC»). Este caso será discutido en el capítulo V.

⁸⁹ Se puede sostener que, en un sistema de control judicial de constitucionalidad, una Corte constitucional se encuentra en una posición donde es en efecto incontrolable. Sin embargo, las Cortes constitucionales están en la obligación de justificar sus decisiones en resoluciones escritas y proporcionar razones claras para sus decisiones. Si estas decisiones fuesen evidentemente irrazonables, los individuos en las sociedades perderían el respeto hacia la Corte y, por tanto, dicha institución se vería debilitada. La Corte constitucional no puede decidir cuestiones sin que las mismas sean traídas ante él previamente, y los individuos no traerán sus causas ante la Corte si ellos avizoran que las mismas serán objeto de análisis caprichosos. Ciertamente existe la posibilidad de una enmienda constitucional en casos en los que la decisión de una Corte sea inaceptable; las Cortes determinarían sus propios poderes si ellas forzasen al legislativo a aprobar constantemente tales enmiendas. Estas consideraciones sugieren, por tanto, que existen limitaciones a la toma de decisiones por parte del judicativo que hace que los jueces sean responsables de proveer decisiones razonadas que puedan ser aceptadas por otros en la política.

⁹⁰ En adición, un votante diligente a menudo afronta un problema difícil: el mismo puede desear votar por un partido que represente ampliamente sus intereses, a pesar de estar completamente en desacuerdo con ciertas políticas particulares que dicho partido tenga. Este votante puede reconocer que tales políticas son objetables y estar de acuerdo en que deberán ser invalidadas por una Corte, pero en comparación con otros este votante preferirá a este partido antes que a otros. Por tanto, un partido con el voto mayoritario por encima de otros puede carecer de apoyo mayoritario para algunas de sus políticas. Dado que los jueces evalúan casos particulares que llegan ante ellos, ellos no están vinculados con la totalidad de los programas políticos, sino que están interesados en la conformidad de una acción particular del gobierno con los derechos fundamentales. La institución del control judicial de constitucionalidad se encuentra, por tanto, en un lugar adecuado para asegurar que el sistema de partidos políticos nunca permita que ciertas políticas influyentes violen derechos fundamentales. En algunas circunstancias, los jueces pueden, en efecto, estar actuando de acuerdo con las aspiraciones mayoritarias, pero el sistema de partidos oscurece este hecho.

general, ellos usualmente parten de una consideración de los efectos de una ley general o política sobre un individuo o un grupo de individuos. Por tanto, la naturaleza de la toma de decisión general la hace más adecuada para tener una particular consideración respecto a tales efectos y su impacto sobre los individuos en comparación con el legislativo.

Hasta este momento he tomado en consideración un número de factores epistemológicos que respaldan la visión de que los jueces son más adecuados que las instituciones mayoritarias para alcanzar mejores decisiones respecto de los derechos fundamentales y la estructura básica de una sociedad⁹¹. Naturalmente, los jueces pueden fallar en actuar de la forma que he descrito, así como pueden ser designados malos jueces. El procedimiento de designación es crucial en la medida en que determinará si en efecto los jueces son meros peones actuando subordinados a partidos políticos, o si en efecto los beneficios epistemológicos que he analizado pueden ser alcanzados mediante el judicial. He buscado delinear algunos fundamentos que pueden proveer razones para respaldar la afirmación fundamental que debe hacer un partidario del control judicial de constitucionalidad que se base en razones respetuosas de los derechos: que el poder judicial está en mejores condiciones que las instituciones mayoritarias para alcanzar decisiones concluyentes sobre disputas relacionadas con los principios fundamentales de una sociedad.

6. DERECHOS SOCIOECONÓMICOS Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Mientras que algunos escritores aceptan la legitimidad del control judicial de constitucionalidad para decisiones finales concernientes a derechos civiles y políticos, ellos se oponen a ella cuando están en juego decisiones relacionadas con derechos socioeconómicos⁹². Una de las objeciones más importantes que ha venido siendo dirigida en contra de la participación de los jueces en decisiones relacionadas a derechos socioeconómicos ha sido el hecho de que es inapropiado para los jueces decidir cómo han de repartirse los recursos económicos de una sociedad⁹³. El legislativo y el ejecutivo tienen acceso a un amplio número de expertos en materias económicas. Los jueces tradicionalmente no son expertos en políticas económicas o en las cuestiones complejas implicadas en la determinación de un presupuesto. Se afirma que ellos no se

⁹¹ La lista de razones no pretende ser exhaustiva pero sí busca ilustrar la forma en la cual una teoría débil del control judicial de constitucionalidad puede ser justificada.

⁹² De acuerdo con TUSHNET, 2004, esta es la creencia tradicional entre los teóricos de Derecho constitucional en Estados Unidos. No es posible proveer respuestas detalladas a la gran cantidad de autores que han objetado que el judicial se involucre en determinaciones sobre derecho socioeconómicos, pero en lugar a eso, yo delinearé en términos amplios mis respuestas basadas en principios a tales objeciones. Para un tratamiento excelente y detallado de esta materia cfr. PIETERSE, 2004.

⁹³ Cfr., por ejemplo, TUSHNET, 2004: 1896.

encuentran en consecuencia en la mejor posición para tomar decisiones concernientes a la distribución general de recursos⁹⁴.

En respuesta, el control judicial de constitucionalidad en muchos países ha comprometido a los jueces en la toma de determinaciones en torno a derechos civiles y políticos. La realización de muchos de estos derechos también adquiere un impacto masivo, el cual tiene consecuencias a nivel de la distribución general de los recursos. Por ejemplo, reconocer un derecho a un juicio imparcial significará imponer al gobierno asumir los costes derivados de implementar un sistema de justicia penal efectivo; similarmente el derecho al voto requiere la realización de elecciones regularmente⁹⁵. Sin embargo, los jueces generalmente han resuelto ellos mismos de manera correcta cuando han tenido que decidir sobre la interpretación y la efectividad de estos derechos, y su rol al respecto por lo general no se ha correspondido con las acusaciones de que no estaban cualificados para dicha tarea, a pesar de las implicaciones que sus decisiones tenían sobre los recursos.

La primera respuesta enfatiza, por tanto, que los deberes judiciales en relación con los derechos socioeconómicos no serán diferentes de los deberes judiciales relativos a los derechos civiles y políticos. Las Cortes no son criticadas por ordenar se otorgue representación legal a los no representados, o por ordenar que todos los ciudadanos cuenten con derecho al voto en una sociedad: ¿por qué entonces deben ser criticados por ordenar a un Estado el asegurar que las personas se vean provistas con suficiente alimentación a fin de evitar la malnutrición? Las razones para esta decisión parecen residir en el hecho de que los críticos consideran que los derechos socioeconómicos son de cierta manera inferiores a los derechos civiles y políticos, así como la creencia de que ellos no proporcionan una protección equitativa. He mostrado en los capítulos I al III que no existe base normativa justificable para esta afirmación y que los mismos fundamentos normativos respaldan ambos tipos de derechos.

Algunos han argumentado, sin embargo, que la cuestión se puede medir en grados, haciendo notar que es la «magnitud de las consecuencias para los recursos económicos» lo que cuenta⁹⁶. Se ha venido objetando que «las ordenes de las Cortes que efectivizan derechos socioeconómicos tendrán graves consecuencias presupuestales cada vez que la Corte decida en contra del Estado mientras que en el caso de los otros derechos las consecuencias presupuestarias serán más ocasionales o menos severas para el orden»⁹⁷. No es verdad que las implicacio-

⁹⁴ Cfr., por ejemplo, MUREINIK, 1992: 465, quien plantea esta objeción a fin de rebatirla. Cfr. también TAC, nota 88 *supra*, p. [37], donde se afirmó que «las Cortes no se encuentran institucionalmente equipadas para realizar amplias investigaciones fácticas y políticas que son necesarias [...] para decidir cómo los fondos públicos deberían ser gastados eficientemente».

⁹⁵ MUREINIK, 1992: 466, y, recientemente, LENTA, 2004b: 569.

⁹⁶ TUSHNET, 2004: 1896.

⁹⁷ LENTA, 2004b: 567.

nes presupuestarias relevantes se presentarán inevitablemente en órdenes que contengan derechos socioeconómicos: la efectividad de los deberes negativos asociados con los derechos socioeconómicos —por ejemplo, impedir que el Estado demuela casas o desaloje personas— no atraerá necesariamente consecuencias presupuestales elevadas. En relación con las obligaciones positivas, la misma naturaleza de las consecuencias presupuestales dependerán del orden en que son hechas y el contexto: la ampliación de un programa de alimentación existente, por ejemplo, puede costar menos que la creación de un nuevo programa de alimentación. Además, no es claro que exista necesariamente diferencias significativas en todas las sociedad entre el monto del gasto respecto de las obligaciones positivas impuestas por los derechos civiles y políticos en relación con aquellos impuestos por los derechos socioeconómicos⁹⁸.

Sin embargo, aceptemos para nuestros propósitos el argumento de que las consecuencias presupuestales derivadas de efectivizar algunas obligaciones positivas en términos de derechos socioeconómicos son mayores que aquellas que generalmente resultan de las obligaciones positivas que manan de los derechos civiles y políticos. En efecto, ¿importa la magnitud respecto a si el juez debe efectivizar reivindicaciones socioeconómicas?

La magnitud de las consecuencias presupuestarias no afectan, en cualquier forma, el argumento presentado en este capítulo respecto a cuándo la revisión de las decisiones mayoritarias realizada por un juez está justificada; como resultado, ello no representa un argumento fuerte basado en principio para que el juez adopte un enfoque más laxo respecto de las pretensiones ante los tribunales basadas en derechos socioeconómicos. Quizás, sería incluso más importante si existiesen consecuencias presupuestarias significativas ya que así el juez pondría más atención en asegurar que los intereses fundamentales de los individuos se encuentren protegidos, dado que es aquí que los gobiernos tienden a resistirse a proteger estos intereses.

Sin embargo, la magnitud de las consecuencias presupuestales será un elemento a ser tomado en cuenta por el juez al traducir derechos condicionales en derechos incondicionales. Cuanto mayor sea la magnitud de las consecuencias presupuestales, mayor probabilidad habrá que los factores abordados en el capítulo III no sean implementados de manera completa en ciertas circunstancias. Cuando los factores como la escasez y sacrificio jueguen un rol significativo en la toma de decisión, los jueces pueden muy bien considerar apropiado otorgar mayor peso a decisiones alcanzadas por otros sectores del gobierno debido a sus competencias particulares y las dificultades del procedimiento de

⁹⁸ Considérese, por ejemplo, el coste de mantener un sistema electoral que concrete el derecho al voto o el coste implicado en el mantenimiento del sistema de Cortes. ¿Serán siempre tales costes más elevados que, por ejemplo, la conformación de un programa de alimentación?

ponderación. Lo que la magnitud de las consecuencias presupuestales no hace es impactar en la urgencia de las necesidades humanas, ni proporcionar una razón para que otros sectores del gobierno fallen en priorizar los intereses protegidos por los derechos socioeconómicos. Por tanto, el judicativo mantendrá, independientemente de la magnitud de las consecuencias presupuestales, un rol importante en asegurar que las políticas del gobierno estén en concordancia con sus obligaciones en los términos de las normas sobre derechos socioeconómicos (tal y como ocurre a nivel de los derechos civiles y políticos)⁹⁹.

Sin embargo, esta respuesta no enerva una objeción más general al control judicial de constitucionalidad que sostiene que los jueces no deberían ser quienes determinen la distribución general de los recursos independientemente del tipo de derecho implicado.

Esta objeción es errada en dos aspectos centrales. Primero, si la objeción no aspira a destruir la institución del control judicial de constitucionalidad de los derechos fundamentales, entonces debe implicar la afirmación de que se puede separar cuestiones referidas a la distribución de recursos de aquellas referidas al control basado en derechos fundamentales. Incluso prescripciones relativas a deberes negativos requerirán efectividad por parte de las agencias y, como tales, tener un impacto en la distribución de recursos. Por tanto, si una sociedad se justifica por reconocer derechos fundamentales, y tiene buenas razones para garantizar los poderes revisores de los jueces, entonces la sociedad se justifica en permitir que sus jueces aseguren que los recursos sean distribuidos de acuerdo con las exigencias de los derechos fundamentales.

Se puede afirmar, sin embargo, que la objeción en contra del control judicial de constitucionalidad de los derechos fundamentales en el supuesto en que dicho control pueda aparejar consecuencias a nivel del uso de recursos es de tipo genérico. Sin embargo, la justificación en favor del control judicial de constitucionalidad, delineada en este capítulo, no desaparece donde los derechos fundamentales acarrear consecuencias para los recursos: por lo general se vuelve más fuerte. La forma en la cual se distribuyen los recursos —particularmente en relación con los derechos socioeconómicos— a menudo tiene un severo impacto sobre los intereses más fundamentales de los individuos. Esto implica proporcionar refugio, alimentación, y agua a los individuos que no poseen estas comodidades básicas y, por tanto, es donde se requiere la mejor toma de decisión. Es donde la igual importancia de los individuos está en juego. Si la afirmación planteada en este capítulo es correcta —específicamente, que el control judicial de constitucionalidad puede llevar a una mejor toma de decisión concerniente a los derechos fundamentales— entonces es de especial importancia que tal

⁹⁹ Cfr. capítulos VI y VII para una discusión más detallada de qué es lo que se espera que haga el juez para efectivizar los derechos socioeconómicos.

control ocurra donde más importa: cuando está implicada la distribución de recursos.

Además, esta objeción no afecta la verdadera naturaleza del control judicial de constitucionalidad. El garantizar a los jueces el poder del control judicial de constitucionalidad no implica que los jueces repentinamente decidan elaborar el presupuesto por ellos mismos sin tener en consideración la experiencia del legislativo y del ejecutivo. El punto consiste en que las decisiones originales son tomadas por aquellos que han sido elegidos democráticamente y, esperemos, con la mayor pericia. Se ha conferido a los jueces el poder de controlar tales decisiones en función de su conformidad con el grupo de prioridades mencionadas en la Constitución¹⁰⁰. En el caso *TAC*, la Corte Constitucional de Sudáfrica reconoció correctamente que las determinaciones concernientes a los derechos socioeconómicos «pueden tener implicaciones presupuestales, pero no están dirigidas en sí mismas a reorganizar presupuestos»¹⁰¹.

En caso se considere que el presupuesto no proporcione los recursos necesarios para que el gobierno cumpla con las prioridades que la Constitución le exige, la Corte tiene diversas opciones respecto del remedio que puede dar. En caso se sienta incapaz de tomar decisiones respecto a la distribución debido a falta de pericia, puede devolver la medida al ejecutivo para la redistribución de los recursos que satisfacen las prioridades en cuestión¹⁰². Puede que en ocasiones se esté en condiciones para afirmar que se ha alcanzado recursos suficientes en las arcas de tal suerte que las necesidades en conflicto no se vean perjudicadas por una disposición superior que requiera la provisión de algún servicio¹⁰³. En otros casos, se tendrá el poder para pronunciarse sobre una clara distribución errónea de recursos y ordenar que esto sea remediado. Se exige, por tanto, que los jueces evalúen la distribución de recursos en el marco de un área donde ellos tienen experiencia: la aplicación de estándares basados en derechos humanos¹⁰⁴. Cuando

¹⁰⁰ MUREINIK, 1992, sostiene que la revisión debería basarse en la pregunta: dado el compromiso constitucional de erradicar la hambruna [por ejemplo], ¿está este estatuto o su plan administrativo o incluso el presupuesto anual justificado? (p. 471). MUREINIK cree en una forma limitada de control judicial de constitucionalidad —limitada por sinceridad y racionalidad— que requiere que el gobierno justifique sus acciones en relación con los estándares constitucionales. Él, sin embargo, no especifica el contenido de estos derechos, y pone los estándares muy por debajo (sinceridad y racionalidad). El enfoque que he defendido es congruente con el enfoque de MUREINIK y puede ser considerado como un desarrollo del mismo. El mismo busca llegar más cerca del contenido de los derechos, y reconocer diferentes umbrales de urgencia. Además, este reconocimiento llevaría a estándares más estrictos de justificación que aquellos propuestos por MUREINIK, particularmente en casos donde el gobierno busque justificar su fallo en realizar intereses que tengan un alto grado de urgencia.

¹⁰¹ *TAC*, nota 88 *supra*, p. [38].

¹⁰² La disposición en el caso *Grootboom* (cfr. capítulo V) es esencialmente un ejemplo de este tipo de remedio.

¹⁰³ La disposición *TAC* proporciona un ejemplo para tal caso.

¹⁰⁴ Este es un punto crítico que no ha recibido suficiente atención por parte de los au-

la distribución es insuficiente, los jueces tienen una variedad de remedios a su disposición que les permitirá echar mano a la pericia de otros sectores del gobierno cuando sea necesario.

7. CONCLUSIÓN

En este capítulo, he ofrecido una defensa de la institución del control judicial de constitucionalidad (*judicial review*). He argumentado en favor de una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en derechos en contraposición de lo afirmado por Waldron en el sentido de que tal teoría es incoherente. La naturaleza contraproducente de los argumentos de Waldron nos lleva a reconocer la importancia de desarrollar una teoría débil de valores compartidos y de buena toma de decisión. Tal teoría a su vez necesita de un entendimiento de las bases normativas de los derechos fundamentales, y ciertos principios sobre cómo deben ser tomadas las decisiones. Una decisión debe tener en cuenta qué instituciones en una sociedad están en mejor posición para alcanzar determinaciones óptimas respecto a los derechos fundamentales. He sostenido que un número de consideraciones ampliamente aceptadas respecto a la correcta toma de decisiones respaldan la visión de que el poder judicial deberá ser responsable de alcanzar decisiones finales sobre los derechos fundamentales de los individuos en una sociedad.

Los capítulos V y VI situarán la discusión filosófica planteada hasta ahora dentro del contexto de la vida real en la Sudáfrica contemporánea. El contexto de la vida real iluminará la importancia de hacer participar a la jurisdicción en la resolución de pretensiones basadas en derechos socioeconómicos al demostrar en la práctica los puntos ciegos que tienen las instituciones mayoritarias y cómo la intervención judicial ha llevado a mejoras importantes en las medidas para aquellos que están más necesitados y son más vulnerables. Sin embargo, para que los derechos realicen todo su potencial tales intervenciones deben ser hechas sobre la base de una doctrina jurídica sólida y en una forma que refleje la importancia normativa de estos derechos. El contexto de la vida real nos exigirá, por tanto, abstraernos de las implicaciones de la teoría filosófica defendida hasta este momento y pasar a una doctrina jurídica en el contexto de la aplicación. Dicho contexto también

tores. STEINBERG, 2006: 282, por ejemplo, escribe que los derechos socioeconómicos están «esencialmente referidos a la distribución de recursos»; esto la lleva a remendar un enfoque extremadamente cauteloso respecto de la participación jurisdiccional en la interpretación de tales derechos (un punto similar es planteado por WESSON, 2004: 293). Sin embargo, los derechos socioeconómicos son por el contrario fundamentales para la realización de un amplio número de intereses de los individuos. El rol del judiciario no consiste en basarse en lo abstracto y determinar la distribución de recursos en una sociedad: tal y como con los derechos civiles, consiste por el contrario en asegurar que cualquiera de tales distribuciones sea capaz de satisfacer los intereses fundamentales más urgentes que estén protegidos en la constitución de una sociedad.

permitirá un mayor entendimiento de la distinción importante entre derechos condicionales y derechos incondicionales y las obligaciones prácticas que surgen de la teoría que he propuesto. El capítulo final de este libro intentará extraer brevemente implicaciones políticas adicionales de esta teoría tanto para países desarrollados, tal como Estados Unidos o el Reino Unido, así como para países en desarrollo, tales como la India y Sudáfrica. De esta manera se espera que las implicaciones universales de esta teoría filosófica se hagan evidentes.

El foco de esta discusión en los capítulos de aplicación se centrará en un subgrupo de derechos fundamentales a los cuales denominaré «derechos de subsistencia»¹⁰⁵. Estos derechos incluyen derechos a una vivienda adecuada, alimentación, agua, y atención médica. Estos derechos han sido tradicionalmente negados y se ha otorgado escasa atención a su contenido. La teoría filosófica que ha venido siendo desarrollada también indica la gran importancia normativa de estos derechos: una vez sean reconocidos, estos derechos tienen el potencial de coadyuvar al desarrollo de un marco legal para enfrentar uno de los problemas más apremiantes que tiene nuestro mundo en la actualidad, específicamente, la propagación de las carencias socioeconómicas. Empleando una teoría filosófica para desarrollar el contenido de los derechos que han venido siendo históricamente mal entendidos, puede mostrar la utilidad y validez de tal teoría. Además, me ocuparé particularmente de las obligaciones positivas que tales derechos imponen a la sociedad. Tales obligaciones implican muchos de los factores que he identificado en la conversión de derechos socioeconómicos condicionales en obligaciones incondicionales. Como tal, es una cuestión de intuición considerar las consecuencias de la teoría filosófica que he desarrollado para una sociedad en la cual tales derechos sean legalmente reconocidos.

Concentraré la discusión de aplicación en el caso de Sudáfrica, donde los derechos socioeconómicos han sido incluidos expresamente en su Declaración de Derechos (*Bill of Rights*). Existen por lo menos tres razones para ello. Primero, Sudáfrica es un país que posee un gran problema relacionado con sacar a las personas de la pobreza. Históricamente, no ha existido una red de seguridad social y actualmente 34,4 por 100 de la población vive bajo la línea internacional de pobreza: 2 dólares por día¹⁰⁶. Sudáfrica también es un país que posee una riqueza considerable: minería, agricultura, y turismo, se encuentran entre una gama de prósperos ámbitos de la actividad económica. En el 2006, el

¹⁰⁵ En este libro emplearé el término «derechos socioeconómicos» para denotar principalmente a los «derechos de subsistencia». En el habla legal general, sin embargo, el término hace referencia a un amplio grupo de derechos, incluyendo, por ejemplo, derechos laborales y el derecho a la educación, los cuales no constituyen el centro de atención del presente libro.

¹⁰⁶ Cfr. datos al respecto en el capítulo VII; se ha estimado que una cantidad equivalente al 57 por 100 de las personas viven por debajo de la línea nacional de pobreza (cfr. <http://www.sarpn.org.za/documents/d0000990/index.php>).

Ministro de Finanzas indicó que Sudáfrica tiene un presupuesto que sobrepasa los 41 millones de Rands, un pequeño déficit presupuestario, y que una amplia cantidad de dinero sería usada en ayuda social¹⁰⁷. En consecuencia, se trata de un país donde las necesidades son grandes, donde también hay recursos económicos importantes disponibles para satisfacer tales necesidades, pero tales recursos siguen siendo limitados. Esta combinación lleva a que Sudáfrica sea un ejemplo útil para poder entender las implicaciones prácticas de reconocer derechos socioeconómicos en una Constitución en situaciones que pueden ser denominadas como de escasez moderada¹⁰⁸. Es un contexto en el cual los derechos socioeconómicos son de gran importancia pero en el cual las limitaciones para la realización de tales derechos también tienen que ser tomadas en cuenta. Tal contexto es relevante y aplicable a muchos, sino la mayoría, de países en el mundo.

Segundo, en Sudáfrica los derechos socioeconómicos no solo son ideas abstractas; pueden tener consecuencias prácticas en la vida real. Dependiendo de cómo es que se interpreten tales derechos, es posible que el reconocimiento de los derechos de subsistencia pueda coadyuvar en la tarea de sacar a grandes sectores de la población de la pobreza absoluta. Es, por tanto, instructivo considerar en este punto el impacto que estos derechos han tenido y desarrollar un entendimiento del impacto que deben tener en la sociedad.

Finalmente, Sudáfrica es un país en el cual las doctrinas legales se encuentran actualmente en formación y no han sido hasta ahora profundamente arraigadas. El derecho sirvió en el pasado para hacer notorias las injusticias; ahora hay un deseo de usar al derecho como una herramienta que ayude a la transformación de la sociedad¹⁰⁹ y conciliar con justicia los intereses contrapuestos¹¹⁰. Sudáfrica, a diferencia de la mayoría de otros países en el mundo, también tiene un número de decisiones claves que han manifestado un enfoque jurisprudencial respecto de la efectividad de los derechos socioeconómicos a través de las Cortes. En el capítulo V, me concentraré en estas decisiones de la Corte Constitucional sudafricana y criticaré sus enfoques respecto de la interpretación de los derechos de subsistencia. En el capítulo VI, intentaré mostrar que el marco analítico y los fundamentos filosóficos que han venido siendo desarrollados en los primeros cuatro capítulos de este libro pueden proveer un enfoque alternativo útil y atractivo a la interpretación de los derechos de subsistencia en Sudáfrica y más allá.

¹⁰⁷ Cfr. http://bussines.iafrica.com/Budget_2006_2007/Budget_news/904189.htm para tener una visión general del presupuesto.

¹⁰⁸ Cfr. RAWLS, 1999a: 110.

¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, KLARE, 1998, y LIEBENBERG, 2006.

¹¹⁰ KLUG, 2000: 13-14.

CAPÍTULO V

EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PRÁCTICA: EL ENFOQUE DE RAZONABILIDAD Y SUS FALENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

El último capítulo estuvo referido a la justificación de permitir a los jueces tomar decisiones finales respecto de derechos fundamentales y, por tanto, la posibilidad de que los actos de los sectores mayoritarios del gobierno devengan en inválidos. Las Cortes en Sudáfrica han sido provistas con el poder para realizar el control judicial de constitucionalidad¹. De hecho, es uno de los pocos países en los cuales los jueces pueden revisar los actos legislativos o ejecutivos por fallar en su conformidad con las disposiciones de derechos socioeconómicos contenidos en la Constitución², y en los cuales tales disposiciones han sido colocadas en términos iguales con sus contrapartes civiles y políticas.

La manera en la cual las garantías socioeconómicas han de ser incluidas en la Constitución fue arduamente debatida en los escritos públicos y académicos al tiempo en que se proyectaba la Constitución. Algunos críticos objetaron el hecho de si estos derechos podrían, en efecto, recibir un rol importante en una democracia constitucional³. Otros sostienen que cuando estos derechos se convierten en opcionales, los jueces sobrepasarían inevitablemente los límites de su fun-

¹ Secciones 167.4) y 5), 169.a) y 172 de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 108 de 1996 (en adelante «la Constitución»).

² La incorporación en las constituciones de derechos socioeconómicos factibles de ser concretizados ha venido siendo solo una tendencia en los años recientes, particularmente en las constituciones adoptadas desde 1980 hacia adelante en Europa del este (Hungría, por ejemplo) y en Sudamérica (Argentina, por ejemplo) después de la transición desde gobiernos autoritarios hacia otros de tipo democrático.

³ Cfr., por ejemplo, las objeciones consideradas por HAYSOM, 1992.

ción legítima⁴. Como resultado, múltiples voces propusieron adoptar el modelo contenido en la Constitución de la India en el sentido de incluir disposiciones socioeconómicas como principios directivos diseñados para guiar la política de Estado pero que no son directamente reivindicables en sede judicial⁵. Otros objetan que los derechos socioeconómicos merecen reconocimiento pleno en la Constitución y ofrecieron argumentos para demostrar cómo hacerlos directamente atendibles judicialmente⁶.

La Asamblea Constitucional decidió finalmente que los derechos socioeconómicos poseían suficiente importancia como para incluirlos directamente dentro de la Declaración de Derechos. Los jueces fueron provistos con el poder para revisar actos y políticas en función de su conformidad con estos derechos. A diferencia de esto, en Europa —donde los jueces deben inferir tales derechos de la naturaleza del Estado⁷— y en India —donde los jueces protegen tales derechos mediante una interpretación expansiva del derecho a la vida⁸—, en Sudáfrica, los jueces se enfrentan a la tarea de interpretar disposiciones expresas estableciendo derechos a una vivienda adecuada, alimentación, agua y atención sanitaria. El impacto y relevancia de estos derechos para la sociedad sudafricana dependerán, por tanto, en gran medida del enfoque que los jueces adopten para su interpretación. La tarea central de este capítulo será, por tanto, entender y criticar el enfoque adoptado por la Corte Constitucional respecto a la interpretación de los derechos de subsistencia. El centro de la discusión se concentrará en las obligaciones positivas que manan de estos derechos. Se mostrará que el enfoque adoptado por la Corte busca evitar la tarea de proporcionar contenido a los derechos socioeconómicos; la falla en proporcionar contenido a tales derechos coloca a la reciente jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos en Sudáfrica sobre frágiles cimientos teóricos pero, más decisivamente, podría comportar que tales derechos fallen en tener cualquier tiempo de efecto práctico relevante en las vidas de aquellos quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Las falencias del enfoque adoptado por la Corte Constitucional sudafricana sugieren la necesidad de un enfoque alternativo orientado hacia la necesidad de proveer de contenido a estos derechos, tema que será el centro del capítulo VI.

⁴ Cfr. DAVIS, 1992.

⁵ En años recientes, sin embargo, la Corte Suprema de la India ha buscado emplear estos principios directivos para interpretar, y por ende ampliar, el contenido y alcance de los derechos fundamentales que están contenidos en la Constitución. Cfr., por ejemplo, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SC 180.

⁶ Cfr., por ejemplo, MUREINIK, 1992.

⁷ Cfr., por ejemplo, la decisión de la Corte Constitucional Federal de Alemania, la cual reconoce que el derecho a un mínimo existencial se deriva del principio de Estado social de derecho en la Constitución alemana 40 BverfGE 121 (133) citado en DE WET, 1996.

⁸ Cfr., por ejemplo, *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame y otros* (1990) 1 SCC 520.

2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SUDÁFRICA

La Corte Constitucional sudafricana («la Corte») diseñó su enfoque teórico sobre interpretación constitucional en función de dos de los primeros casos que decidió. En *S vs. Zuma*⁹, Kentridge AJ explicó que los jueces estarían adoptando un enfoque propositivo y generoso para interpretar la Declaración de Derechos. Él advirtió, sin embargo, que: «Mientras que nosotros debemos ser siempre conscientes de los valores que subyacen a la Constitución, es también no menos importante nuestra tarea de interpretar un documento escrito. Soy muy consciente de la falacia que representa suponer que el lenguaje general debe tener un único significado «objetivo». Tampoco es fácil evitar la influencia de las propias preconcepciones intelectuales y morales. Sin embargo, no se puede insistir demasiado en que la Constitución no pueda significar cualquier cosa que nosotros deseemos que ella signifique»¹⁰.

En *S vs. Makwanyane*¹¹, Chaskalson P. continuó explicando el enfoque de la Corte respecto de la interpretación constitucional el cual «mientras que por un lado prestaba debida consideración al lenguaje que había sido usado, era “generoso”, y “propositivo” y daba expresión a los valores subyacentes a la Constitución»¹². Luego dijo que las disposiciones de la Constitución deben ser construidas en su contexto, el cual, en *Makwanyane*, incluían «la historia y el trasfondo para la adopción de la Constitución, otras disposiciones de la Constitución en sí misma y, en particular, las disposiciones del capítulo tres del cual es parte»¹³. El razonamiento gira en torno a reconocer que el contexto social de un caso —tal como, en ese caso, el alto nivel de la actividad criminal en la sociedad sudafricana— también tiene que ser tomada en cuenta. El Juez Chaskalson enfatizó el hecho de que la Constitución debe ser interpretada «a la luz de nuestra propia historia y condiciones con observancia debida a las aspiraciones articuladas en ella»¹⁴.

¿Cómo se debería entonces determinar el contexto en el cual una disposición de la Constitución ha de ser considerada y su propósito? Es usual que en la actualidad se afirme que la interpretación contextual es deseable bajo la condición de cómo se determine el contexto en el cual se considere una provisión. Ha habido algunas objeciones respecto a cómo la Corte Constitucional ha interpretado el contexto histórico en el cual se ha de interpretar la Constitución¹⁵. Para determinar el contexto,

⁹ 1995 (2) SA 642 (CC).

¹⁰ *Ibid.*, p. [17].

¹¹ 1995 (3) SA 391 (CC).

¹² *Ibid.*, p. [9].

¹³ En la p. [10]. El capítulo se trataba de la Declaración de Derechos en la Constitución Provisional de Sudáfrica, Ley 200 de 1993.

¹⁴ Esta particular afirmación sobre el enfoque de la interpretación constitucional aparece en CHASKALSON, 1998: 7.

¹⁵ DE Vos, 2001.

lo que se requiere es la capacidad de distinguir entre consideraciones relevantes e irrelevantes. La relevancia debe ser determinada en alguna medida en relación con los valores que están en juego en un caso particular. Similarmente, respecto de los propósitos de una provisión constitucional, estas deben derivarse de la consideración de los profundos valores subyacentes a la Constitución. Una Constitución en sí misma explica usualmente cuáles son los valores de central importancia. Como tal, es en referencia a estos valores que los propósitos particulares de las disposiciones han de ser determinados. La Constitución identifica a la dignidad humana, la igualdad y la libertad, como los valores centrales subyacentes a la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*)¹⁶.

2.1. Retos que enfrenta el enfoque de interpretación constitucional basado en valores

Desde una lectura extra-judicial¹⁷, el Juez Supremo de Sudáfrica, Arthur Chaskalson, consideró la relación entre estos tres valores, con una atención particular en la noción de dignidad humana. Rastreo la historia de la noción de dignidad y la importancia que se le suele conferir para la justificación de los derechos. Chaskalson sostiene que los valores de la dignidad, igualdad y libertad, son a menudo considerados como en conflicto. Afirma, sin embargo, que es posible interpretar estas nociones de la manera que ellas se refuerzan mutuamente, antes que entrar en conflicto.

La igualdad, por ejemplo, debe ser interpretada para expresar igualdad de valía (o dignidad), y cita el principio planteado por Dworkin respecto a que todos deben ser tratados con igualdad de atención y respeto como expresión de esta idea.

Dos de las dificultades que enfrenta el enfoque de interpretación constitucional basado en valores son aparentes según la lectura del juez Chaskalson. Primero, sostiene en un pie de página «para los propósitos de esta lectura no es necesario definir exactamente qué se debe entender por dignidad humana»¹⁸. A pesar de que es verdad que una definición unívoca de dignidad pueda ser imposible, algunos intentos de definir dicho valor fueron de crucial importancia en su lectura. Si el valor no tiene contenido, y puede ser cualquier cosa que uno desee, entonces es trivial que pueda ser reconciliado con la libertad y la igualdad. Una reconciliación entre estos valores solo tiene sentido si cada uno tiene algún núcleo de significación que pueda ser mostrado como complementario antes que conflictivo con los otros valores. Además, si

¹⁶ La sección 7.1) estipula lo siguiente: «Esta Declaración de Derechos es una de las piedras angulares de la democracia en Sudáfrica. La misma resalta los derechos de todas las personas en nuestro país y afirma los valores democráticos de la dignidad humana, igualdad y libertad». Cfr. también secciones 1, 9, 10 y 36.1) de la Constitución.

¹⁷ CHASKALSON, 2000.

¹⁸ *Ibid.*: 198.

la noción de dignidad carece de un núcleo de significación que sea independiente de otros valores, entonces no puede servir de guía para la interpretación constitucional, con los valores de igualdad y libertad haciendo todo el trabajo.

Por tanto, si el enfoque de interpretación constitucional basado en valores ha de funcionar, entonces se requiere de trabajo continuo para tratar de entender estos valores. Es poco realista esperar que la Corte establezca una teoría comprensiva en un razonamiento¹⁹. Se podría esperar que tal teoría sea objeto de revisión como resultado de las discusiones entre los jueces, dentro de la sociedad civil y académica. Sin embargo, el proceso de interpretación constitucional requiere de un enfoque bien razonado respecto de la determinación del contenido de los valores constitucionales adoptados.

Segundo, es importante que los jueces desarrollen un enfoque no solo respecto del entendimiento teórico del núcleo de los valores constitucionales, sino también para superar el vacío entre la teoría y la práctica. Este punto puede ser ilustrado tomando en consideración el principio de igual consideración y respeto postulado por Dworkin, el cual Chaskalson invoca para expandirlo sobre la noción de dignidad. Mientras que Dworkin considera su principio como fundamental para una sociedad, él reconoce que existen diferentes interpretaciones de este principio²⁰. Mucho de su trabajo tiene que ver con argumentar en favor de lo que él considera como la mejor interpretación del mismo. Por ejemplo, sostiene que en relación con la justicia distributiva, «igualdad de bienestar» es una interpretación posible pero errada del principio. Sostiene que la mejor interpretación del principio es una «igualdad de recursos». Las consecuencias prácticas de estas interpretaciones son muy diferentes, y, por tanto, es de gran importancia decidir entre ellas a fin de decidir cómo es que el principio abstracto de «igual consideración» impactará prácticamente en la sociedad.

Esta discusión de la lectura de Chaskalson ha buscado iluminar alguno de los retos que enfrenta la aplicación del enfoque de interpretación constitucional basado en principios. La dificultad central se relaciona con determinar el contenido de estos valores abstractos. Pueden ser ofrecidas concepciones diferentes de tales valores, y estos pueden ser combinados en formas distintas. Concepciones distintas de estos valores pueden llevar a aplicaciones concretas divergentes, y, por tanto, no es siempre fácil comprobar las consecuencias prácticas de resaltar ciertos derechos en la Constitución. A fin de que el enfoque de interpretación constitucional basado en valores funcione, es necesario contar con una teoría política concerniente a los valores y razo-

¹⁹ Tampoco esto es necesariamente deseable: Cfr. la discusión entre CURRIE, 1999, y ROEDER, 1999.

²⁰ DWORKIN, 2000: 2. RAWLS, 1999a: 5, por ejemplo, también distingue entre un concepto compartido común de justicia y diferentes entendimientos (él las denomina concepciones) de este concepto compartido.

nes que subyacen al reconocimiento de los derechos fundamentales. Tal teoría permite atribuir un contenido a los derechos, así como permite desarrollar principios que pueden ser de aplicación clara en casos particulares.

En general, la Corte Constitucional ha buscado razonar sobre los valores e intereses protegidos por la Constitución y sobre esta base ofrecerles protección. Ha empleado los valores de dignidad, igualdad y libertad a fin de interpretar la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*). El problema surge al considerar si se ha otorgado contenido suficiente a estos valores y a los propios derechos a fin de alcanzar sus conclusiones. Al respecto, la Corte ha venido siendo acusada de fallar en desarrollar una filosofía política de los derechos y de emplear un razonamiento difuso respecto a los valores fundacionales de la dignidad, igualdad y libertad, mismo que ha venido siendo denominada como «jurisprudencia arcoiris»²¹.

En el resto de este capítulo, me concentraré en la jurisprudencia de la Corte sobre derechos socioeconómicos y, en particular, sobre tres casos básicos: *Grootboom*, *TAC*, y *Khosa*. Argumentaré que la jurisprudencia de la Corte no ha demostrado tener una concepción basada en principios sobre las razones para la inclusión de los derechos socioeconómicos en la Constitución. Ha fallado en proveer un contenido suficiente a estos derechos para permitirles alcanzar las conclusiones a las que ha llegado, y sus decisiones, por tanto, son débiles. Se puede también sostener que la idoneidad del razonamiento teórico ha afectado los resultados prácticos de los casos y ha conducido a la Corte, en general, a ofrecer remedios débiles para aquellos cuyos derechos socioeconómicos han sido transgredidos. La discusión buscará resaltar la necesidad de otorgar un mayor contenido a los derechos socioeconómicos. El siguiente capítulo ofrecerá un enfoque alternativo para la determinación del contenido de estos derechos, recurriendo a la filosofía política desarrollada en este libro.

3. GROOTBOOM: RAZONABILIDAD Y EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL

3.1. La decisión

Government of the Republic of South Africa vs. Grootboom («*Grootboom*»)²² se refería a un grupo de personas extremadamente pobres (los demandados) quienes se veían en la necesidad, debido a las condiciones de vida que tenían en un asentamiento informal en Wallacedene²³, de mudarse a un terreno libre pero de propiedad pri-

²¹ COCKRELL, 1996: 11.

²² 2001 (1) SA 46 (CC).

²³ Yacoob J. describe las condiciones que los residentes de Wallacedene enfrentaban como «lamentables». Él describe sus circunstancias en la p. [7] como sigue: «La cuarta parte

vada y que había sido destinado para la construcción de viviendas de bajo coste. Los procedimientos de desalojo fueron exitosamente dirigidos en contra de estas personas, y la decisión a la que llegó la Corte fue aplicada de manera tal que «recordaba el estilo de los desalojos en el *apartheid*»,²⁴ destruyendo sus posesiones y materiales en el proceso.

Los demandados llegaron al campo deportivo de Wallacedene con nada más que láminas de plástico para protegerse de las inclemencias del clima. Presentaron una acción legal en contra del gobierno, exigiendo que la municipalidad cumpla con sus obligaciones constitucionales respecto a ellos, las cuales consistirían en proveerles de por lo menos una choza básica. La Corte Superior amparó los derechos de algunos demandados. El gobierno apeló entonces esta decisión ante la Corte Constitucional. En la fundamentación de su decisión, Yacoob J. (respecto a cuyo razonamiento todos los jueces estuvieron de acuerdo) se embarcó en un análisis de dos derechos constitucionales: las secciones 26 y 28.1.c). Me concentraré en su enfoque respecto a la sección 26. Dicha sección estipula lo siguiente:

1. Todo individuo tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.

2. El Estado deberá tomar las medidas legislativas —y de otra índole— razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la concreción progresiva de este derecho.

3. Ningún individuo podrá ser desalojado de su vivienda ni podrá ésta ser demolida sin una orden judicial, la cual deberá ser dictada habiéndose considerado todas las circunstancias relevantes del caso. Ninguna ley permitirá el desalojo arbitrario.

A efectos de entender cómo había de interpretarse este derecho, se argumentó ante la Corte que dicho criterio debía basarse en las interpretaciones dadas a los derechos socioeconómicos en el marco del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales («el Pacto»)²⁵. El comité responsable de la interpretación y aplicación del Pacto (el Comité de las Naciones Unidas) emitió un número de Observaciones Generales que buscaban dar contenido a los derechos reconocidos en el Pacto²⁶. El Comité de las Naciones Unidas sostenía que los derechos socioeconómicos contenían una obligación mínima

de los habitantes de Wallacedene no tenían ingreso económico alguno, y más de dos tercios ganaban menos de 500 rands al mes. Cerca de la mitad de la población eran niños; todos vivían en chozas. Ellos no tenían agua, ni desagüe o servicio de eliminación de residuos, y solo el 5 por 100 de la población contaba con servicio de electricidad. El área estaba parcialmente anegada y quedaba peligrosamente cerca de una carretera. La Sra. Grootboom vivía con su familia y la familia de su hermana en una choza a unos veinte metros de la plaza».

²⁴ *Grootboom*, nota 22, *supra*, p. [10].

²⁵ *Ibid.*, p. [26].

²⁶ Las Observaciones Generales que son de particular importancia en este contexto son las Observaciones Generales 3 y 4. Han sido reimpresas en EIDE, KRAUSE y ROSAS, 1995: 442 y ss.

esencial que debería ser satisfecha por los Estados parte. Tal obligación exige que todo Estado parte satisfaga niveles mínimos esenciales de los derechos en cuestión, y un error en realizarlo constituía un error *prima facie* en el cumplimiento de sus obligaciones dentro del Pacto²⁷. En su razonamiento, Yacoob J. hace referencia al enfoque adoptado por el Comité de las Naciones Unidas. No rechaza el enfoque sobre el contenido mínimo esencial por completo, plantea serias críticas en contra de este enfoque y concluye que no es «necesario decidir si es apropiado para una Corte determinar en primera instancia el contenido mínimo esencial de un derecho»²⁸.

Por el contrario, sostiene que «la pregunta real en términos de nuestra Constitución es si la medidas tomadas por el Estado para realizar el derecho garantizado por la sección 26 son razonables»²⁹. Medidas razonables implican el establecimiento e implementación por parte del Estado de un programa coherente, bien coordinado y comprensivo dirigido hacia la realización progresiva del derecho al acceso a una vivienda adecuada. Además, «una Corte que tome en consideración la razonabilidad no se pregunta si otras medidas más deseables o favorables pudieron haber sido adoptadas, o si el dinero público pudo haber sido invertido mejor... Es necesario reconocer que una amplia gama de medidas posibles pudieron ser adoptadas por el Estado para cumplir sus obligaciones»³⁰. A fin de cumplir con sus obligaciones, el Estado será requerido no solamente a legislar, sino también a actuar de una manera orientada a alcanzar el resultado previsto. Además, un programa razonable debe ser ponderado y flexible, así como «dar cuenta adecuadamente de la atención a la crisis de vivienda y las necesidades a corto, mediano y largo plazo. Un programa que excluye un segmento significativo de la sociedad no puede ser considerado como razonable»³¹.

Yacoob J. examinó si el programa de vivienda que había sido adoptado por el Estado era razonable. Determinó que el Estado había instituido una política integrada para el desarrollo de viviendas, «cuyos objetivos a mediano y largo plazo no podía ser objeto de crítica»³². Sin embargo, el programa de vivienda carecía de componente alguno que permitiese ayudar a aquellos que se encontraban en urgente necesidad. Yacoob J. determinó que la ausencia de tal componente era irrazonable y, por tanto, concluyó que «el programa nacional de vivienda no es suficiente para cumplir con las obligaciones impuestas al gobierno nacional en la medida en que él mismo falla en reconocer que el Es-

²⁷ Cfr. Observación General 3, p. [10].

²⁸ *Grootboom*, nota 22, *supra*, p. [33]. Abordaré en más detalle las objeciones de la Corte respecto a este enfoque en el capítulo VI.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. [41].

³¹ *Ibid.*, p. [43].

³² *Ibid.*, p. [64].

tado debe proveer de ayuda a aquellos que se encuentren en urgente necesidad»³³.

3.2. Dificultades teóricas del enfoque de razonabilidad en el caso *Grootboom*

La línea central del razonamiento en el caso *Grootboom* implica la conclusión de que a fin de estar conforme con el modelo impuesto por la Constitución, la acción gubernamental en relación con la vivienda (y otras prerrogativas socioeconómicas) debe ser razonable. El hecho de que el gobierno haya fallado con su programa de vivienda en solucionar los problemas de aquellos en urgente necesidad en el corto plazo, fue considerado como irrazonable. Como resultado de ello, el programa de vivienda del gobierno fue declarado como inconstitucional. En esta sección, deseo evaluar la solidez del razonamiento de la Corte, y demostrar que a fin de dotar de coherencia al enfoque de la Corte se requiere reflexionar más detenidamente sobre el contenido de este derecho. Para tal fin, buscaré mostrar que la Corte debe reconocer una obligación mínima esencial —algo que ella trata de evitar— a fin de llegar a la misma conclusión a la que se llegó en el caso *Grootboom*.

3.2.1. Razonabilidad

A fin de determinar si el razonamiento de la Corte es en efecto persuasivo, es importante obtener un mayor entendimiento sobre aquello a lo que se hace referencia con la noción de «razonabilidad». Razonabilidad no es una noción que esté bien definida, a pesar de que aparezca en diferentes aspectos del derecho. El uso que hace de ella Yacoob J. en este contexto trae reminiscencias de su uso en el marco del derecho administrativo, donde ha habido recientemente muchos trabajos en torno a la noción de razonabilidad³⁴. El control administrativo también implica control por parte del judicial sobre las decisiones tomadas por otros sectores del gobierno. Es, por tanto, relevante tener en cuenta el significado de la razonabilidad en el derecho administrativo³⁵.

Hoexter escribe que la noción de razonabilidad se emplea para hacer referencia a aquello que se encuentra dentro de los «límites de la

³³ *Ibid.*, p. [66]. Más adelante abordaré más detalladamente las razones que Yacoob J. plantea para su conclusión de irrazonabilidad.

³⁴ Recientemente un comentarista ha hecho referencia en efecto al enfoque de la Corte como el «modelo de derecho administrativo de los derechos socioeconómicos». Cfr. SUNSTEIN, 2001a. este análisis ha sido respaldado por algunos escritores (cfr. DAVIS, 2006) y cuestionado por otros (cfr. WESSON, 2004, y STEINBERG, 2006).

³⁵ Existe en efecto amplia discusión sobre la naturaleza exacta del test de razonabilidad en el derecho administrativo. No pretendo resolver este debate aquí, más bien haré referencia al sentido de la razonabilidad que me parece más apropiado para el presente contexto y que permite una forma importante de control sustantivo.

razón» y permite tener una legítima diversidad de puntos de vista. Lo que es razonable no solo es aquello que es correcto, sino también son aquellas decisiones que se encuentran respaldadas por razones y evidencias, lo cual está racionalmente conectado con un propósito, y es objetivamente capaz de desarrollar dicho propósito. Una decisión razonable generalmente también evidencia proporcionalidad entre medios y fines, beneficios y detrimentos³⁶. La noción de razonabilidad está, por tanto, diseñada para dar margen para la realización del control judicial sustancial de constitucionalidad por parte de otros sectores del gobierno mientras que mantiene un margen de apreciación, el cual tiene el organismo decisor original al tomar una decisión. Una Corte solo sustituirá la decisión tomada por dicho organismo, teniendo como tarea inicial decidir la cuestión referida a si la decisión tomada por el organismo decisorio original cae fuera del margen de apreciación otorgado al mismo.

Esta doctrina es importante ya que permite mantener una separación de poderes, así como la idea de que el cuerpo al cual le ha sido delegada una decisión —o tiene la más alta competencia institucional— tomará la decisión entre las medidas que caen dentro del ámbito de lo razonable. En el contexto de los derechos socioeconómicos, la razonabilidad permite a la legislación y al ejecutivo un margen de apreciación al decidir sobre las medidas que requieren ser adoptadas para la realización de los derechos socioeconómicos. Como ya ha venido mencionándose, se han venido planteando una serie de dudas respecto a la competencia institucional de las Cortes en el momento de razonar en torno a los derechos socioeconómicos³⁷, así como respecto de la legitimidad de la toma de decisión judicial en este campo³⁸. No es, por tanto, sorprendente que la Corte Constitucional haya buscado centrar su decisión en la doctrina de la razonabilidad, la cual le permite mostrar deferencia apropiada a la legislación y al ejecutivo.

Sin embargo, para entender el rol de la razonabilidad, es crucial reconocer que la palabra «razonable» cualifica la palabra *medidas* en la sección 26 y no el derecho en sí mismo. En otras palabras, el derecho no solo es un derecho a tener el acto gubernamental razonable cuando se refiera a la provisión socioeconómica en la sociedad. No se debe deferencia al gobierno en lo referente a la definición del contenido del derecho a tener acceso a una vivienda adecuada, sino solo en permitirle un «margen de apreciación» para decidir qué *medidas* no se adoptarán en el cumplimiento de sus obligaciones. Al dar eficacia al derecho, las *medidas* adoptadas por el gobierno deben ser razonables en relación con el objetivo que se busca alcanzar, el cual consiste en realizar el derecho al acceso a una vivienda adecuada. Este análisis re-

³⁶ Me baso aquí en el excelente postulado desarrollado por HOEXTER, 2002: 509-13; cfr. WADE y FORSYTH, 2000, y ELLIOTT, 2001.

³⁷ Cfr., por ejemplo, MUREINIK, 1992.

³⁸ Cfr., por ejemplo, DAVIS, 1992.

quiere la especificación de algún tipo de contenido para el derecho, independientemente de la noción de razonabilidad.

La razonabilidad u otro tipo de acción gubernamental deben ser, por tanto, analizadas en relación con los fines, propósitos, u obligaciones que la Constitución impone. Ahora bien, el gobierno construye sus obligaciones bajo la Constitución de una manera particular en el caso *Grootboom*. En la Ley de Vivienda de 1997, el propósito de su programa de vivienda fue descrito como encaminado a asegurar que:

Todos los ciudadanos y residentes permanentes de la República tendrán, de manera progresiva, acceso a:

- a) estructuras residenciales permanentes con posesión segura, que aseguren privacidad interna y externa, así como una adecuada protección en contra de los elementos; así como
- b) agua potable, instalaciones de salud y suministro de energía doméstico³⁹.

El gobierno promulgó un marco legislativo e instituyó programas detallados y sistemáticos para alcanzar este fin. Los programas del gobierno fueron dirigidos hacia el cumplimiento de su obligación de proveer acceso a vivienda adecuada tal y como estaba definida en la Ley de Vivienda para un creciente número de personas a lo largo del tiempo. Si buscamos valorar el programa a la luz de los objetivos del gobierno, no es claro que exista base alguna sobre la cual juzgar sus acciones como irrazonables, excepto la posibilidad de que la cuota de construcción sea demasiado baja⁴⁰. A lo más, la Corte pudo haber ordenado que la cuota de entrega se incremente sobre la base de este enfoque.

Sin embargo, en lugar de aceptar la interpretación del gobierno sobre sus obligaciones y luego juzgar la razonabilidad a la luz de las mismas, Yacoob J. inicia su análisis de la razonabilidad del programa gubernamental de la siguiente manera: «esta Corte debe decidir si el programa nacional de vivienda es lo suficientemente flexible para brindar una respuesta a aquellos que se encuentran en urgente necesidad en nuestra sociedad y satisfacer apropiadamente sus requerimientos de corto y mediano plazo»⁴¹. Este enunciado invoca la asunción de que existe una obligación a cargo del gobierno de responder a las urgentes necesidades existentes en la sociedad sudafricana y de satisfacer las necesidades a corto plazo de las personas. Si el derecho contenido en la sección 26.1) no implicaba tal obligación, no existiría razón alguna en preguntar esta cuestión. La cuestión sería más bien si el programa nacional de vivienda está razonablemente diseñado para asegurar que un

³⁹ Cfr. la definición de «desarrollo de vivienda» en la Ley de Vivienda 107 de 1997.

⁴⁰ Cfr. *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [58], donde Yacoob J. apunta a las estadísticas que demuestran que el retraso en la implementación de viviendas se había reducido a solo 2000 unidades por año.

⁴¹ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [56].

creciente número de personas pueda tener acceso a una vivienda adecuada a lo largo del tiempo. La respuesta a dicha cuestión no había llevado, sin embargo, a la conclusión alcanzada por la Corte de que el fallo en satisfacer las necesidades de corto plazo en el programa de vivienda es irrazonable. Este punto se hace más claro sobre la base de un detallado análisis del razonamiento efectuado por Yacoob J.

3.2.2. *Razonabilidad y la necesidad de un contenido mínimo esencial*

¿Qué razones planteó Yacoob J. para justificar su conclusión de que los planes de vivienda del gobierno eran irrazonables? Él planteó dos líneas principales de argumentación. Primero, él sostenía que el fallo en satisfacer necesidades de corto plazo ejercería presión sobre asentamientos ya existentes y provocaría invasiones de terreno, mismas que a su vez frustrarían los objetivos a mediano y largo plazo del programa nacional de vivienda. Segundo, él afirmó que la ausencia de un componente para enfrentar la problemática de aquellos en situación de urgente necesidad pudo haber sido razonable si el programa de vivienda hubiese logrado proveer de vivienda a la mayoría de personas dentro de un plazo razonablemente corto. Pero, debido a la escala del problema, este nivel de vivienda no puede ser proporcionado rápidamente. Por tanto, las personas en urgente necesidad serían dejadas a su suerte indefinidamente a no ser que se adopten medidas temporales para aliviar su situación. «Es comprensible que las autoridades de vivienda sean incapaces de decir cuándo habrá viviendas disponibles para estas personas en urgente necesidad. El resultado consiste en que las personas en urgente necesidad son dejadas sin ninguna forma de asistencia y sin ninguna luz al final de túnel»⁴². Tal situación fue claramente considerada por Yacoob J. como inaceptable y, por tanto, llegó a la conclusión de que era irrazonable.

¿La razonabilidad funciona de la manera que Yacoob J. afirma? El primer argumento que provee busca establecer que el fallo en satisfacer las necesidades a corto plazo sería contraproducente. Sin embargo, existe una fuerte carga que la versión planteada por Yacoob J. sobre este argumento debe superar: no es obvio que el fallo en satisfacer las necesidades básicas devenga con una total probabilidad de invasiones de terrenos. Existe una multiplicidad de otros factores contingentes con base en los cuales dependerá el hecho de que tal resultado se produzca: el gobierno podría, por ejemplo, adoptar medidas de vigilancia policial y afrontar con mano dura cualquier intento de invasión de terrenos⁴³. Dichas acciones podrían disuadir la invasión de te-

⁴² *Ibid.*, p. [65].

⁴³ Cabe afirmar que sus acciones en respuesta a la invasión de terrenos en el Kempton Park de Johannesburgo durante el 2001 hayan sido diseñadas para demostrar que no se tolerarían tales actividades. Cfr. http://www.sabcnews.com/features/year_in_review/bredell.html para un reporte sobre estos hechos.

rrenos. No es, por tanto, claro que una política dirigida a la provisión de viviendas en el largo plazo para un número mayor de personas que carezca de un componente para resolver problemas relacionados con las necesidades a corto plazo sea necesariamente contraproducente en la forma que sugirió Yacoob J.

Sin embargo, existe un argumento que puede servir para establecer que el fallo en satisfacer necesidades a corto plazo es en efecto irrazonable en caso de ser contraproducente. Tal argumento requeriría que la obligación constitucional sea establecida de tal manera que sea más onerosa que la idea referida a que el gobierno simplemente tenga que incrementar el número de personas que tienen acceso a vivienda a lo largo del tiempo. Requeriría que la obligación a cargo del gobierno asegure que, el enunciado de la sección 26.1) sugiera que «todos» tienen este derecho. Si esto es así, entonces no tiene sentido ignorar las necesidades básicas ahora debido al beneficio que acumularía en el largo plazo, esto porque se puede predecir con un alto grado de certeza que los efectos de la privación de corto plazo excluirían a algunos de en algún momento ser capaces de disfrutar los beneficios a largo plazo (por ejemplo debido a la muerte o a enfermedades crónicas). Por tanto, si la meta consistía en lograr vivienda a largo plazo para todos, entonces sería contraproducente ignorar las necesidades a corto plazo de las personas. El resultado de este argumento implicaría reconocer una obligación sobre la satisfacción de necesidades a corto plazo, y por ende requerir la imposición de una obligación mínima esencial al gobierno. El test de razonabilidad llevaría al reconocimiento de una obligación mínima esencial.

Yacoob J. buscó evitar reconocer una obligación mínima esencial; en ese sentido, analicemos su segundo argumento basado en la razonabilidad. Este argumento gira en torno a la afirmación de que es inaceptable para las personas en urgente necesidad ser dejadas a cuenta propia sin ninguna forma de asistencia que les permita vislumbrar un fin para su situación. ¿Por qué debería esta afirmación llevar al resultado de que el programa gubernamental era irrazonable? Si la principal obligación constitucional impuesta por la sección 26 implica la provisión a largo plazo de vivienda para un creciente número de personas a lo largo del tiempo, entonces no hay base alguna sobre la cual juzgar que la política del gobierno sea irrazonable debido a su fallo en proveer de ayuda a aquellos en urgente necesidad. Este último fin es simplemente uno que no está reconocido por la Constitución en el enunciado de la sección 26. El razonamiento de Yacoob J. en torno a este argumento parece estar basado en algún tipo de noción de proporcionalidad. Sin embargo, el problema con la proporcionalidad en este contexto consiste en que implica la ponderación de medios y fines. Si el fin es el incremento gradual en el acceso a viviendas a largo plazo, entonces esto provee la única base sobre la cual pueden ser valorados los medios. Otros intereses tales como ver satisfechas las necesidades

personales no entran siquiera en el marco de tal análisis. Entonces no pueden proveer la base para concluir que algo es irrazonable.

La única base en función de la cual un argumento de proporcionalidad podría tener éxito es si uno de los propósitos de la Constitución consiste en satisfacer las necesidades básicas de las personas. Las medidas adoptadas por el gobierno podrían entonces ser ponderadas con este fin, a fin de determinar si son o no razonables. Un programa gubernamental que falle en prever tales necesidades sería irrazonable debido al hecho de que no hace esfuerzo alguno por concretizar una obligación constitucional. Sin embargo, la aceptación de este punto implicaría reconocer una obligación mínima esencial para satisfacer necesidades básicas.

Lo que distingue a la eventual conclusión de Yacob J. de aquellas que serían alcanzadas en el marco de un enfoque que reconozca una obligación mínima esencial, es su afirmación respecto a que podría haber sido aceptable no satisfacer necesidades básicas «si el programa nacional de vivienda hubiese proporcionado casas pagables para la mayoría de personas dentro de un tiempo razonablemente corto»⁴⁴. En este pasaje él se inclina a realizar un procedimiento de ponderación, sopesando algunas necesidades a corto plazo de las personas conjuntamente con los beneficios que se acumularían para un gran número de personas a lo largo de un periodo razonable de tiempo. He sostenido en esta sección que, a fin de embarcarse en este proceso ponderativo, se debe reconocer que una de las obligaciones que recaen sobre el Estado consiste en satisfacer las necesidades básicas de las personas. Además, el proceso de ponderación implicado será uno que sopesa los méritos relativos de las diferentes obligaciones constitucionales y busque determinar qué curso de acción es el que se corresponde mejor con los valores constitucionales de dignidad, libertad e igualdad. Es poco probable que existan muchos casos en los cuales sería aceptable ignorar completamente las necesidades a corto plazo de alguien. El efecto de no proteger a las personas de los elementos puede tener un profundo impacto en sus vidas, y afectar sus capacidades básicas de vivir y de verse libres de cualquier afectación a su salud física y su libertad⁴⁵. Esos intereses son tan poderosos que parece difícil imaginar situaciones en las cuales sea justificable ignorar estas necesidades de corto plazo en favor de la provisión de vivienda adecuadas incluso para la mayor parte de las personas⁴⁶. El reconocimiento de una

⁴⁴ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [65].

⁴⁵ En torno al efecto de la carencia de vivienda en la libertad, cfr. WALDRON, 1993b.

⁴⁶ La urgencia y seriedad de estos intereses sugiere que la principal defensa que persuasivamente puede ser ofrecida por el Estado por haber fallado en satisfacer sus obligaciones mínimas esenciales consistiría en que no existen recursos suficientes para hacerlo. Las secciones 26.2) y 36.1) (la cláusula de las limitaciones) permitirían una defensa de tal tipo. Lo que es interesante respecto del caso *Grootboom* es que el Estado no planteó este argumento. Por tanto, no haría existido barrera alguna para que la Corte ordene al gobierno cumplir con tal obligación.

obligación mínima esencial aseguraría que la Corte sea estricta en su evaluación de las defensas ofrecidas por el gobierno para justificar no haber cumplido con estas necesidades básicas⁴⁷.

3.2.3. *Dignidad y el contenido mínimo esencial*

Se puede afirmar que Yacoob J. reconoce la insuficiencia de la razonabilidad, y usa la dignidad como el fin en función del cual debe valorarse la acción del gobierno. Él sostiene que «es fundamental para una evaluación de la razonabilidad de la acción del Estado el hecho de que se tome en cuenta la dignidad inherente de los seres humanos... la sección 26, leído en el contexto de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) como un todo, debe significar que los demandados tienen un derecho a una acción razonable por parte del Estado en todas las circunstancias y con particular observancia de la dignidad humana. En resumen, yo enfatizo que los seres humanos requieren ser tratados como seres humanos»⁴⁸.

Tal escrito en efecto es retóricamente poderoso; sin embargo, es importante analizar qué es lo que realmente significa. La última oración nos ofrece una pequeña pista: ¿qué significa tratar a un ser humano como un ser humano? Similarmente, se invoca la noción de dignidad, pero se le da escaso contenido.

Ha habido recientemente una profusión de escritos académicos en Sudáfrica relacionados con el uso de la dignidad en la jurisprudencia constitucional sudafricana en general, y en la interpretación de los derechos socioeconómicos en particular. Algunos han argumentado que la noción tiene poco contenido y es «usada en cualquier forma y sentido en que sea requerido por las exigencias del creador judicial»⁴⁹. Otros sostienen que el concepto tiene suficiente significado como para ser útil en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁰. Incluso algunos de estos últimos autores, sin embargo, aceptan que el «concepto por sí solo no sirve de nada para explicar la visión de la sociedad transformada ni los medios mediante los cuales tal sociedad ha de ser alcanzada»⁵¹.

La noción de dignidad puede tener, dependiendo de sus bases teóricas, distintas implicaciones. Los teóricos libertarios, por ejemplo, por lo general argumentarían que las obligaciones de un Estado deben estar dirigidas solo hacia la protección de aquellos intereses de los seres humanos que están referidos al escrutinio personal y la libertad de perseguir sus propios proyectos. El respeto de la dignidad humana,

⁴⁷ Cfr. capítulo VI para un desarrollo más amplio de esta idea.

⁴⁸ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [83].

⁴⁹ DAVIS, 1999b: 413.

⁵⁰ Cfr. COWEN, 2001: 54; LIEBENBERG, 2005b; WOOLMAN, 2005b.

⁵¹ COWEN, 2001: 55; Cfr. también, LIEBENBERG, 2005b: 9.

desde este punto de vista, requiere enfatizar la libre elección de los individuos y con ello su responsabilidad para desarrollar sus propias posiciones. El reconocimiento de prerrogativas socioeconómicas, en dicho punto de vista, puede decirse que restringe la libertad de otros individuos en la sociedad mediante la imposición de cargas tributarias. Además, estos derechos puede decirse que muestran poco respeto hacia los propios individuos que ellos supuestamente asisten al tratarles de modo paternalista y sugiriendo que ellos no pueden ayudarse a sí mismos. Tal posición sería opuesta, por lo general, a los derechos socioeconómicos o, por lo menos, respaldaría una interpretación muy restrictiva de los mismos. Denominaré a esta noción como: «dignidad como libertad»⁵².

Muchos teóricos liberales estarían en desacuerdo con este enfoque y afirmarían que las obligaciones del Estado deben estar dirigidas hacia la protección de todos los intereses fundamentales de los individuos, incluyendo los intereses de libertad y seguridad, pero aquellos intereses referidos a tener acceso a ciertos recursos materiales⁵³. Esta visión de dignidad reconoce que la capacidad de la libertad de decisión es solo uno de los aspectos importantes en una persona. Ella abarca un interés en que la persona sea entendida como un todo integrado, una unión de aspectos voluntarios e involuntarios de la misma. Ella reconoce también que las capacidades de decisión requieren en sí mismas de ciertas condiciones materiales a fin de ser ejercitadas de una manera que sea valiosa para un individuo⁵⁴. Como tal, esta concepción de dignidad no confiere especial énfasis en la responsabilidad personal. La misma se enfoca por el contrario en asegurar que las vidas de los individuos sean tratadas con importancia equitativa: ello implica, en esta visión, intereses en que cada uno de los individuos vea garantizadas las condiciones generales necesarias para llevar vidas valiosas. Ello implicaría que tanto los intereses relativos a la libertad y las prerrogativas socioeconómicas requieren de protección a fin de que los individuos sean capaces de obtener aquello que ellos consideran como valioso. Como resultado de esto, el respeto de la dignidad de una persona en esta visión implicaría proteger la totalidad de intereses básicos que tiene una persona. Denominaré a esto como «dignidad como integridad».

El problema del uso que hace la Corte Constitucional del concepto de dignidad en pasajes tales como el que he citado líneas arriba consiste en la idea de que la dignidad puede ser empleada sin mayor desarrollo para respaldar su conclusión. La Corte invoca la noción de

⁵² NOZICK, 1972, sería el exponente más famoso de dicha concepción.

⁵³ NUSSBAUM, 2000a: 71-4.

⁵⁴ RAWLS, 1999b: 179, por ejemplo, distingue entre libertad y el valor de la libertad: «la libertad está representada por el sistema completo de libertades de igualdad ciudadana, mientras el valor de la libertad para las personas y grupos depende de su capacidad de incorporar sus intereses dentro del marco del sistema que define». En Sudáfrica, cfr. LIEBENBERG, 2005b: 9-10, y WOOLMAN, 2005b: 14-17.

dignidad sin reconocer que las diferentes interpretaciones de este valor pueden llevar a conclusiones contrapuestas. Parece ser claro a partir del caso *Grootboom* que la Corte no comparte la visión libertaria de dignidad. Yacoob J. afirma en un punto que «una sociedad debe buscar asegurar que las necesidades básicas de la vida sean proveídas a todos si es que se busca tener una sociedad basada en la dignidad humana, libertad e igualdad»⁵⁵. Esto sugiere que los valores contenidos en la Constitución respaldan la noción de «dignidad como integridad» antes que la noción de «dignidad como libertad». Si esto es así, sin embargo, la consecuencia sería que la «dignidad como integridad» respaldaría el reconocimiento de una obligación mínima esencial por parte del gobierno para asegurar que, por lo menos, las necesidades básicas de todos se vean satisfechas. Pero, Yacoob J. busca llegar a su conclusión solamente sobre la base de la razonabilidad sin reconocer tal obligación. Por tanto, podemos concluir que la noción de dignidad puede ser usada de dos formas posibles: o bien ella carece de contenido suficiente para proporcionar una base sólida para la noción de razonabilidad, o bien ella puede tener un contenido adecuado para guiar la toma de decisión aunque ello implicaría reconocer una obligación mínima esencial sobre la satisfacción de necesidades básicas. Solo la segunda opción permitirá a la Corte alcanzar la conclusión a la que llega en el caso *Grootboom*⁵⁶.

Por tanto, la discusión precedente ha buscado ilustrar que Yacoob J. no puede lograr su ansiada conclusión únicamente mediante la noción de razonabilidad, sino que debe reconocer en alguna medida una obligación mínima esencial sobre la satisfacción de necesidades básicas⁵⁷. Un análisis respecto de la razonabilidad no manda en sí y por sí misma

⁵⁵ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [44]. Cfr. también *Soobramoney vs. Minister of Health, Kwazulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC), p. [8].

⁵⁶ Este trabajo puede ser considerado como orientado a desarrollar la noción de dignidad equitativa con base en entender el contenido e implicaciones de la noción de importancia equitativa que se encuentra en su núcleo. Sin embargo, la forma en la cual la noción de dignidad es usada en Sudáfrica (y más allá) por lo general ofrece poco detalle a cerca de su valor y sus implicaciones. La noción de valor ha servido de fundamento para ideologías reaccionarias (El nazismo consideraba que solo los arios tenían igual valor) así como a ideologías progresistas, y puede acarrear consecuencias moralmente objetables, particularmente si su alcance es demasiado restrictivo (cfr. FREDMAN, 2005: 190 para una crítica del uso de la dignidad en la jurisprudencia canadiense sobre igualdad). No puedo abordar aquí de manera exhaustiva pero mucha de la literatura en torno a la dignidad evidencia ciertas falencias al omitir tratar varias cuestiones centrales: primero, ¿cuál es el fundamento del valor? ¿es acaso, por ejemplo, el actuar racional, o la sensibilidad? Segundo, ¿quién tiene la prerrogativa de ser tratado con dignidad: acaso la noción incluye a los dementes y a los niños? ¿qué hay acerca de los animales? Tercero, en el contexto de los derechos socioeconómicos, ¿cuál es el nivel de provisión requerido en una sociedad que trate a los individuos como poseedores de igual dignidad? finalmente, ¿cómo es que la dignidad nos ayuda en la ponderación de exigencias contrapuestas de libertad e igualdad?

⁵⁷ En efecto, diversos académicos consideran al caso *Grootboom* como el típico ejemplo para representar el enfoque de la obligación mínima esencial respecto de los derechos socioeconómicos (cfr. CHAPMAN y RUSSELL, 2002: 19). Es extraño que la Corte busque precisamente distanciarse de este enfoque.

si es que se deben satisfacer necesidades de corto plazo. El control de razonabilidad, por el contrario, implica un análisis sobre la forma de razonamiento del gobierno y la relación entre las medidas adoptadas y los propósitos mandados constitucionalmente. Yacoob J. se ve, por tanto, forzado a determinar el significado de razonabilidad a fin de que él pueda alcanzar su deseada conclusión. A fin de evitar reconocer una obligación mínima esencial. Yacoob J. termina por introducir de contrabando una obligación sobre satisfacer las necesidades de corto plazo en la propia noción de razonabilidad. Sería más transparente y teóricamente coherente reconocer qué es lo que en realidad está haciendo ⁵⁸.

3.3. La crítica al remedio en el caso *Grootboom*

3.1.1. *El mandato*

El «enfoque de la razonabilidad» de la Corte desafortunadamente no solamente es deficiente a nivel teórico, sino que también pudo haber tenido un efecto negativo en la eventual prescripción ⁵⁹ que fue hecha, la cual tiene gran relevancia para aquellos incapaces de satisfacer sus necesidades básicas.

En la parte final de su razonamiento, el Corte decidió renunciar a dictar un mandato terminante y Yacoob J. afirmó que «es necesario y apropiado hacer un mandato terminante» ⁶⁰. Este mandato estableció que el Estado está constitucionalmente obligado a crear un programa comprensivo y coordinado diseñado para efectivizar de manera progresiva el derecho al acceso a una vivienda adecuada. Tal programa debe incluir ayudas para aquellos quienes no tienen acceso a terreno, no poseen techo donde cobijarse, y quienes están viviendo en condi-

⁵⁸ STEINBERG, 2006: 269-71, objeta que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial implica inherentemente activismo judicial y transgrede las restricciones del minimalismo judicial, el cual supone (en palabras de Cass SUNSTEIN) «decir solo lo necesario para justificar un resultado, dejando aspectos sin decidir tanto como sea posible». En la sección 3.2 he buscado mostrar que la Corte no puede alcanzar su decisión solamente sobre la base de la razonabilidad: el aceptar la existencia de una obligación mínima esencial era necesario a fin de justificar el resultado de la decisión. Consecuentemente, la adopción del enfoque sobre el contenido mínimo esencial no mostraría un activismo injustificado sino que llevará meramente a decisiones adecuadamente justificadas: el enfoque no evidencia un «activismo judicial intenso». Estoy de acuerdo con DAVIS, 2006: 323-4, en que el rol de la judicatura en casos sobre derechos socioeconómicos «no puede ser analizado eficazmente en términos de la oposición binaria entre el activismo y el autocontrol surgido de una historia de controversias sobre la reescritura judicial del texto».

⁵⁹ La Corte dispuso dos mandatos en este caso. Uno de los mandatos buscaba resolver específicamente la difícil situación de la comunidad en Wallacedene, y esencialmente dictó un acuerdo de conciliación entre las partes por mandato de la Corte. Cfr. *Grootboom vs. Government of the Republic of South Africa* CCT 38/00. El Segundo de los mandatos fue hecho al final del razonamiento en el caso *Grootboom* y representa el mandato principal de la Corte como resultado de considerar las obligaciones constitucionales del gobierno en términos del derecho a tener acceso a una vivienda adecuada. Concentraré mi argumentación en este último mandato.

⁶⁰ Cfr. *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [96].

ciones intolerables o en situaciones de crisis. Además, la Corte declaró que el programa vigente en el Cabo Metropolitano en ese tiempo no era suficiente para satisfacer las obligaciones constitucionales a cargo del gobierno en tanto fallaba irrazonablemente en proveer de ayuda eficaz a aquellos que caían dentro de las categorías de urgente necesidad arriba descritas ⁶¹.

Por tanto, el mandato requiere que el Estado adopte medidas razonables para proveer ayuda eficaz a las personas en urgente necesidad. El primer punto importante a tener en cuenta respecto a este mandato es su falta de precisión. El Estado debe «proporcionar ayuda». Esto da escasa orientación al Estado al no especificar qué es aquello que se requiere hacer en un caso particular para satisfacer necesidades básicas. Desde que el estándar de razonabilidad es resbaladizo, puede proporcionar las razones de la demora del Estado, ofuscación, y mucho más.

De haberse impuesto una obligación mínima esencial se habría tenido el beneficio de que el Estado contase con estándares más precisos en función de los cuales analizar su comportamiento. Por tanto, en lugar de meramente implorar ser «razonable» debió haberse requerido al Estado asegurar que las personas tengan «una protección efectiva respecto de las inclemencias del clima y acceso a servicios básicos, tales como baños y agua potable» ⁶². Estas dos cosas pueden terminar siendo idénticas, pero la última formulación garantiza a las personas en situación de vulnerabilidad una mayor protección y mayor seguridad respecto a qué prerrogativas tienen. También hace que el Estado esté más seguro respecto de sus obligaciones.

Existen dos aspectos adicionales del mandato que merecen ser analizados. El primero consiste en que la Corte no impone límite alguno a las acciones del Estado respecto del desarrollo de un programa encaminado a satisfacer las necesidades de corto plazo. Una vez dichas necesidades hayan sido reconocidas como una obligación mínima esencial, así como la urgencia del interés protegido por tal obligación, es muy probable que dichas necesidades tiendan a imponer un límite de tiempo al gobierno. Sin embargo, la Corte podría haberlo hecho incluso dentro del marco que adopta, y por ende haber sido criticada por haber sido demasiado permisiva ante la demora y la ineficiencia en la provisión de las necesidades más básicas de las personas.

Finalmente, existe cuestión abierta respecto a la introducción de mecanismos supervisores para la efectividad de los derechos socioeconómicos. La Corte se refiere al hecho de que la Comisión de los Derechos Humanos monitoreará y reportará respecto al cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en los términos impuestos por la sección 26 ⁶³. Sin embargo, es cuestionable si la Corte debió por sí

⁶¹ *Ibid.*, p. [99].

⁶² Cfr. capítulo VI para la formulación sugerida respecto al estándar del mínimo esencial en el caso *Grootboom*.

⁶³ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [97].

misma haber retenido un rol de supervisión residual al respecto. Pudo haberlo hecho configurando su mandato de tal suerte que le permitiese a la Comisión de Derechos Humanos, o a un cuerpo alternativo con un *locus standi*, abordar rápidamente cualquier problemática relacionada con la necesidad de la acción estatal bajo los alcances de la sección 26. El haber fallado en configurar tal mandato de «fácil acceso» significa que cualquier cuerpo que desee someter al control jurisdiccional una acción o inacción gubernamental referente a la vivienda tendrá que instituir un nuevo caso y pasar por la Corte Superior una vez más, sin perjuicio de los retrasos y los costes que ello implica. Si al centro del razonamiento de la Corte se hubiese encontrado una comprensión más aguda de la urgencia de los intereses fundamentales protegidos por los derechos socioeconómicos, podría ser por lo menos argumentable que la Corte no habría tenido intención de apartarse completamente del proceso de aseguramiento para proteger estos intereses. Es, por tanto, posible que de haber colocado estos intereses al centro de su razonamiento, la Corte pudiese haber sido más propensa a adoptar un rol supervisor residual.

3.3.2. *La implementación del mandato*

La necesidad de que la Corte proporcione un contenido claro a sus mandatos y que retenga alguna forma de jurisdicción supervisora en casos relacionados con derechos socioeconómicos puede ser demostrada considerando cómo es que el gobierno ha procedido de hecho en la implementación del mandato de la Corte en el caso *Grootboom*. Kameshni Pillay, luego de un estudio realizado a los dos años de recaída la sentencia, concluyó que el mandato del caso *Grootboom* no había sido completamente implementado⁶⁴. Pillay escribió en ese entonces que «habían pocos cambios tangibles o visibles en la política de vivienda en el sentido de satisfacer las necesidades de las personas que se encuentran en urgente necesidad o situaciones de crisis»⁶⁵. La administración provincial del Cabo Occidental dejó pasar casi un año para decidir sobre la asignación de responsabilidades respecto a la implementación de lo decidido en el caso *Grootboom*, e incluso luego de ello, falló en implementar cambios políticos sistemáticos para brindar ayuda a todas las personas en situación de crisis. La implementación de la decisión en el cabo se enfocó inicialmente de manera específica en la comunidad *Grootboom* y no fue más allá de esto en el sentido de establecer un programa comprensivo que brinde ayuda a todos aquellos en situación de crisis. Además, el gobierno interpretó la decisión tan escuetamente que solo hacía referencia a los afectados por eventos como inundaciones o incendios, y no consideraba que la decisión en ese tiempo haya

⁶⁴ Cfr. PILLAY, 2002. Para una versión más amplia de este artículo, cfr. PILLAY, 2003.

⁶⁵ PILLAY, 2002, p. 14.

dispuesto la adopción de una política diseñada para satisfacer las necesidades básicas de todo aquel sin un lugar donde cobijarse.

La decisión en el caso *City of Cape Town vs. Rudolph*⁶⁶ confirma el fallo por parte de la municipalidad de la Ciudad del Cabo en entender (o tomar en serio) sus obligaciones en los términos prescritos por la decisión *Grootboom*. El caso *Rudolph* se refería al intento de desalojo contra 50 individuos quienes habían decidido vivir en los parques públicos como resultado de no tener a donde ir⁶⁷. Estos individuos plantearon una demanda en el sentido que la Ciudad del Cabo estaba incumpliendo con sus obligaciones constitucionales para con ellos en lo referente a su derecho a una vivienda adecuada.

Selikowitz J. consideraba que estas personas estaban «viviendo en condiciones intolerables o en situaciones de crisis» y, consecuentemente, el gobierno tenía que tomar medidas razonables para cubrir sus necesidades⁶⁸. El juez consideró que la Ciudad del Cabo había fallado en implementar cualquier tipo de programa de emergencia para brindar ayuda a aquellos en urgente necesidad. La Ciudad negó que «las personas que viven en autos, calles, bajo las escaleras, en los arbustos, o en lugares a la intemperie ahí donde puedan encontrar refugio en la noche, y quienes literalmente no tienen donde vivir legalmente, estén viviendo en condiciones intolerables o que ellas se encuentren en situaciones de crisis»⁶⁹. Ello llevó al juez a concluir que la Ciudad «desplegó y continuaba desplegando una inobservancia inaceptable del mandato de la Corte Constitucional»⁷⁰, y que su programa de vivienda fallaba en cumplir con obligaciones legales y constitucionales. Esta vez, sin embargo, ordenó a la Ciudad a cumplir con sus obligaciones. El juez ordenó a la Ciudad del Cabo a que dentro del plazo de cuatro meses desde la fecha de publicación de la sentencia emita un informe mostrando los pasos que se siguieron para cumplir con sus obligaciones. Por tanto, la insuficiencia de la Corte Constitucional en el caso *Grootboom*, en el sentido de ejercer una jurisdicción de control, llevó en efecto a un retraso de tres años para la implementación de lo mandado en el caso *Grootboom*⁷¹. Ello llevó a una prolongada discusión por la Corte sobre la implementación de su decisión. En el ínterin, miles de personas continuaron sufriendo debido a la exposición a las inclemencias del clima.

En una decisión posterior que evaluaba los reportes emitidos por la Ciudad⁷², la Corte concluyó que tras dieciocho meses del mandato ini-

⁶⁶ 2004 (5) SA 39 (C) («primera decisión *Rudolph*»).

⁶⁷ El juez detalla cada una de las historias de los individuos, pp. 79-81.

⁶⁸ *Grootboom*, nota 22 *supra*, p. [99].

⁶⁹ Primera decisión *Rudolph*, nota 66 *supra*, p. 84.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Cfr. capítulo VII para una breve discusión de las medidas en respuesta que adoptó el gobierno nacional respecto al caso *Grootboom* en el 2004.

⁷² *City of Cape Town vs. Rudolph* (decisión no publicada de la Corte Superior del Cabo, 5 de diciembre de 2005, en adelante la «segunda decisión *Rudolph*»).

cial, la Ciudad había reconocido finalmente sus obligaciones respecto de proveer asistencia a aquellos que se encontraban en urgente necesidad. El interdicto estructural llevó a este reconocimiento, así como a algunas acciones por parte de la Ciudad. Sin embargo, la Ciudad seguía sin cumplir adecuadamente con el mandato inicial, a pesar de que intentó justificar su fallo en cumplir. La Corte en una decisión posterior declinó supervisar la continuación de la implementación de su mandato por parte de la Ciudad y emitió un mandato declarativo concluyendo que la Ciudad no había cumplido con sus obligaciones constitucionales. Queda ver si la insuficiencia en supervisar la completa implementación de la orden emitida por la Corte fue una decisión acertada por parte de ella.

He buscado demostrar dos puntos cruciales en esta discusión del caso *Grootboom*. Primero, he intentado mostrar la incapacidad del enfoque basado solo en la razonabilidad para generar las conclusiones que la Corte desea alcanzar. Se requiere prestar más atención a las obligaciones impuestas al gobierno por el derecho. Segundo, he sugerido que la debilidad del mandato y las pobres acciones del gobierno por implementar el mismo pueden explicarse en parte por el error de la Corte en proporcionar un contenido suficiente al derecho en cuestión. Esta crítica del enfoque de la razonabilidad empleado por la Corte puede ser ampliada y extendida en relación con la decisión TAC, a la cual dirigiré mi atención ahora.

4. CAMPAÑA DE ACCIÓN PARA EL TRATAMIENTO: REDUCIENDO DERECHOS A RAZONABILIDAD

4.1. La decisión

La cuestiones tratadas en el caso *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign (TAC)*⁷³ surgió como resultado de la política del gobierno sudafricano respecto de provisión de nevirapina, una droga antirretroviral que reduce considerablemente la probabilidad de transmisión de VIH de madre a hijo. Las Naciones Unidas estiman que 5,5 millones de personas están infectadas de VIH/SIDA en Sudáfrica, número que se encuentra en constante crecimiento; el 29,9 por 100 de la mujeres embarazadas en Sudáfrica se encuentran infectadas con el virus⁷⁴. Los niños recién nacidos a menudo se infectan con el virus al momento del nacimiento cuando es transmitido por la madre al hijo (conocido como transmisión vertical). Se estimó que solo en el 2005 la transmisión ver-

⁷³ 2002 (5) SA 721 (CC). La traducción literal del enunciado *Treatment Action Campaign* es: «Campaña de Acción para el Tratamiento». En lo subsiguiente se mantendrán las siglas correspondientes a dicha expresión en inglés (TAC) a fin de conservar la nomenclatura estándar de dicho caso [N. del T].

⁷⁴ Esta estadística se basa en la más reciente estimación hecha por la UNAIDS: cfr. http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2006/200605-FS_SubSaharanAfrica_en.pdf.

tical fue responsable a nivel mundial que 700.000 niños sean infectados con el virus⁷⁵. La nevirapina es administrada dando a la madre una sola tableta en el momento de entrar en labor y en unas pocas gotas al bebé dentro de las setenta y dos horas después del parto. En julio del 2000, los productores de nevirapina ofrecieron ponerla a disposición del gobierno sudafricano libre de coste por espacio de cinco años a fin de reducir el riesgo de la transmisión vertical del VIH.

A pesar de esta oferta, hasta mayo de 2001 la población no podía tener acceso a la nevirapina en el sector público. Posteriormente, un cambio en la política gubernamental puso la nevirapina a disposición de un número reducido de centros de investigación y de prueba en el país. El propósito de este acceso restringido consistía en evaluar la posible efectividad de un futuro programa nacional para combatir la transmisión madre-hijo del VIH al estudiar los resultados del programa comprensivo instituido en estos lugares. En dichos centros, el gobierno ofreció nevirapina en forma de paquetes de prueba y servicios de seguimiento a mujeres embarazadas. Dos centros de investigación habrían de ser establecidos en cada una de las nueve provincias que conforman Sudáfrica a lo largo de un periodo de dos años⁷⁶.

La Campaña de Acción para el Tratamiento (TAC), una organización no gubernamental que presionaba en favor de un acceso universal a las drogas antirretrovirales, instaba al gobierno a acelerar su programa de provisión de nevirapina más allá de estos centros de investigación y de prueba. El gobierno, sin embargo, mantuvo su posición en el sentido de que la nevirapina sería puesta a disposición solo en los centros de investigación. Esto implicaba que «por un periodo prolongado la nevirapina no sería suministrada a ninguna persona en ningún tipo de institución de salud distinta a aquellas que habían sido designadas como centros de investigación»⁷⁷.

La primera cuestión que aclarar en este caso era si la restricción para administrar nevirapina solo en los centros de investigación constituía una violación a ciertos derechos protegidos por la Constitución. Los derechos relevantes son la sección 27.1).a) en concordancia con las secciones 27.2) y 28.1).c)⁷⁸.

La sección 27 estipula lo siguiente:

1. Todo individuo tiene derecho a tener acceso a:
 - a) servicios de atención sanitaria, incluyendo la atención de la salud reproductiva;
 - b) una cantidad suficiente de alimentos y agua, y

⁷⁵ Cfr. <http://www.avert.org/motherchild.htm>.

⁷⁶ TAC, nota 73 *supra*, p. [16].

⁷⁷ *Ibid.*, p. [17].

⁷⁸ Dirigiré mi atención en este capítulo primeramente a la sección 27.1) y, por tanto, no tomaré en consideración el enfoque de la Corte sobre la interpretación de los derechos de los niños en la sección 28.

- c) un sistema de seguridad social, incluyendo —en el caso de las personas incapaces de proveer a su manutención y a la de las personas dependientes de éstos— un adecuado plan de asistencia social.
- 2) El Estado deberá adoptar las medidas legislativas —y de otra índole— razonables que estuvieran a su alcance para proveer a la concreción progresiva de este derecho.
- 3) Ningún individuo podrá ser privado de un tratamiento médico de emergencia.

La segunda cuestión estaba referida a si estos derechos obligaban al gobierno a «planificar e implementar un programa efectivo, completo y progresivo para la prevención de la transmisión de VIH de madre a hijo en todo el país»⁷⁹. El proceso se inició a nivel de la Corte Superior donde se determinó que la política del gobierno referida a la provisión de nevirapina en el país era irrazonable y, por tanto, constituía una violación a la Declaración de Derechos⁸⁰. El gobierno apeló de la decisión ante la Corte Constitucional.

En una decisión unánime, la Corte confirmó el enfoque que desarrolló en el caso *Grootboom* en el sentido de que la cuestión consistía en determinar si las medidas tomadas por el Estado para concretizar derechos socioeconómicos eran razonables. En este caso en particular, se tuvo que determinar si la política de confinar la nevirapina a centros de investigación y de prueba era razonable en dichas circunstancias⁸¹. Después de haber rechazado sistemáticamente cuatro objeciones planteadas por el gobierno sobre la provisión de nevirapina, la Corte evaluó la política del gobierno a la luz de los factores delineados en el caso *Grootboom*, los cuales eran de relevancia para determinar la razonabilidad de la medida. Sobre la base de la evidencia médica, la Corte determinó que la provisión de nevirapina reduciría el riesgo de la transmisión vertical de VIH sin presentar ningún tipo de riesgos para la madre o el niño. Dado que la droga había sido ofrecida al departamento de salud libre de coste por espacio de cinco años, el coste no era un factor. El gobierno defendía su posición argumentando que solo se podía proveer un paquete de servicios completo si se incluyesen sustitutos para la leche materna en los centros de investigación. Sin tal paquete comprehensivo, la nevirapina no sería máximamente efectiva dado que el virus podría ser transmitido durante la lactancia.

La Corte, sin embargo, concluyó sobre la base de la evidencia médica que la nevirapina podría seguir siendo efectiva incluso si fuese administrada sin un paquete completo que incluya los sustitutos de la leche materna y servicios de apoyo. Dado que en tales condiciones la nevirapina podría salvar la vida de un número significativo de ni-

⁷⁹ TAC, nota 73 *supra*, p. [5].

⁸⁰ El caso resuelto por la Corte a quo es conocido como *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign 2002 (4) BCLR 356 (T)*.

⁸¹ TAC, nota 73 *supra*, p. [47].

ños, no sería razonable denegar dicha droga sobre la base de que el paquete completo aún no se encontraba disponible. Además, la Corte sostuvo que lo mejor no debería ser enemigo de lo bueno, y que, por tanto, esperar por un mejor programa a ser desarrollado en un periodo de tiempo prolongado antes que decidir extender el uso de la nevirapina más allá de los centros de investigación no era razonable⁸².

La Corte concluyó, por tanto, sobre la base de este análisis que la política de confinar la provisión de nevirapina a los centros de investigación era irrazonable y contravenía las obligaciones del Estado en el marco de la Constitución. La segunda cuestión consistía en si el programa instituido por el gobierno para prevenir la transmisión madre-hijo del VIH representaba un intento razonable de realizar sus obligaciones en términos de la Constitución. La Corte determinó que, desde que no era razonable restringir la nevirapina a los centros de investigación, la política del gobierno debía ser revisada en su totalidad. Específicamente, se habría de entrenar especialmente a los asistentes de sanidad respecto al uso de la nevirapina, y que el gobierno había de tomar medidas razonables para extender los servicios de asistencia más allá de las áreas donde ellos ya existían⁸³.

Como resultado de estas conclusiones, la Corte se embarcó en una discusión sobre cuáles serían los remedios apropiados que se podría proporcionar en casos concernientes a derechos socioeconómicos. La Corte sostuvo que si la política del Estado es inconsistente con la Constitución, la función de las Cortes consiste en asegurar que otros sectores del gobierno cumplan con sus obligaciones constitucionales. «cuando se produzca un incumplimiento de cualquier tipo de derecho, incluyendo los derechos socioeconómicos, las Cortes están bajo la obligación de asegurar que la satisfacción efectiva de los mismos sea garantizada»⁸⁴. Para cumplir con esto, se concluyó que las Cortes tienen una jurisdicción amplia para tomar cualquier disposición que sea justa y equitativa⁸⁵. Significativamente, la Corte afirmó que esta jurisdicción podía incluir el poder de garantizar la ayuda por mandato, así como el poder para ejercitar alguna forma de jurisdicción supervisora a fin de asegurar que el mandato sea implementado. La Corte decidió, sin embargo, que en este caso no existía necesidad de ejercer jurisdicción supervisora alguna, pero consideró apropiado adoptar una orden vinculante. La Corte ordenó al gobierno que extienda sin demora la provisión de nevirapina más allá de los centros de investigación y de prueba a donde sea requerido médicamente, y disponer que se extienda los servicios de prueba y orientación a hospitales y clínicas en las cuales no existían centros de investigación.

⁸² *Ibid.*, p. [81].

⁸³ *Ibid.*, p. [95].

⁸⁴ *Ibid.*, p. [106].

⁸⁵ En los términos de la sección 172.1).b) de la Constitución.

4.2. Dificultades teóricas del enfoque de la razonabilidad en el caso TAC

4.2.1. La razonabilidad y el contenido de los derechos

El primer y segundo *amicus curiae*⁸⁶ en el caso TAC proporcionó argumentos a la Corte en dichos *amici* afirmaban que existieron dos causas separadas de acción en casos referidos a los derechos socioeconómicos. En los casos previos referidos a derechos socioeconómicos —*Soobramoney*⁸⁷ y *Grootboom*— estos *amici* afirmaron que la Corte había procedido bajo la presunción de que las secciones 26.2) y 27.2) eran exhaustivas respecto de las obligaciones positivas a cargo del gobierno en dichas secciones»⁸⁸. Sin embargo, los *amici* afirmaron que una correcta interpretación de la Constitución permitiría por ejemplo un motivo distinto para iniciar un proceso si la sección 27.1.a) fuese leída solo en concordancia con la sección 7.2) de la Constitución⁸⁹. La estructura adoptada en la sección 27 crea «por un lado derechos individuales independientes, y por otro impone deberes positivos al Estado respecto de la efectividad de dichos derechos»⁹⁰. Estos derechos tienen un contenido mínimo esencial del cual cada individuo es titular inmediatamente. Los *amici* emplean diversos argumentos para respaldar este caso, partiendo desde las características lingüísticas y estructurales de los derechos en la Constitución sudafricana hasta argumentos basados en política.

La Corte, sin embargo, rechazó el enfoque de los *amici*. Afirmó que en el argumento de los *amici* se encontraba implícita la afirmación de que el contenido del derecho en la subsección 1) difería del contenido de la obligación en la subsección 2). Este argumento «no toma en cuenta que las subsecciones 1) y 2) de ambas secciones 26 y 27 se encuentran vinculadas en el texto mismo de la Constitución, y a la forma en que deben ser interpretadas por esta Corte en observancia a los casos *Soobramoney* y *Grootboom*»⁹¹.

Esta última objeción al enfoque de los *amici* no parece tener mucha fuerza argumentativa y parece ser simplemente una expresión de la autoridad de la Corte. Visto que la Corte Constitucional tiene el poder de reemplazar sus precedentes, podría haberse entendido que los *amici* se encontraban en oposición al enfoque de la Corte en los casos

⁸⁶ Por razones de brevedad, me referiré a ellos como «los *amici*» en lo subsiguiente. El primer *amicus curiae* fue elaborado por el *Institute for Democracy in South Africa* (IDASA) y el segundo *amicus curiae* por la *Community Law Centre* (CLC).

⁸⁷ *Soobramoney vs. Minister of Health, Kwazulu-Natal* 1998(1) SA 765 (CC).

⁸⁸ *Amicus Brief*, p. [8].

⁸⁹ La sección 7.2) postula: «El Estado debe respetar, proteger, promover y cumplir los derechos contenidos en la Declaración de Derechos».

⁹⁰ *Amicus Brief*, p. [14].

⁹¹ TAC, nota 73 *supra*, p. [29].

previamente resueltos por ella en materia de derechos socioeconómicos y, por tanto, estar recomendando que ella modifique dicho enfoque. No representa respuesta a dicha oposición afirmar que la propuesta de los *amici* fallaba en dar cuenta del propio enfoque que ellos estaban impugnando.

Sin embargo, el argumento lingüístico y estructural es más convincente. La Corte sostiene que las secciones 26.2) y 27.2) exigían que el Estado adopte «medidas legislativas razonables dentro de los recursos a su disposición a fin de lograr una realización progresiva de este derecho». La referencia a «este derecho», sostienen, está claramente dirigida a los derechos contenidos en las secciones 26.1) y 27.2). Esta formulación, conjuntamente con la inclusión de estas subsecciones dentro de la misma sección general de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), evidencia que las dos subsecciones se encuentran unidas y han de ser leídas conjuntamente. La Corte sostiene que esto derrota el enfoque de los *amici*, quienes respondieron que la Constitución confería a cada persona a distinguir entre dos motivos distintos para iniciar un proceso: uno bajo las secciones 26.2) y 27.2) y otro bajo las secciones 26.1) y 27.1) en concordancia con la sección 7.2).

Desde un punto de vista puramente formal, el enfoque de la Corte aquí parece ser un constructo más natural de la relación entre las secciones 27.1) y 2) que el enfoque adoptado por los *amici*. A pesar de ello, es interesante notar que el argumento de la Corte también presenta problemas dentro de su propio enfoque. La Corte está ansiosa por enfatizar que los derechos contenidos en las secciones 26.2) y 27.2) son los derechos contenidos en las secciones 26.1) y 27.1), respectivamente⁹². Este argumento implica que las medidas razonables que el Estado adopta deben dirigirse con relación a si ellas buscan la progresiva realización de los derechos expresados en las secciones 26.1) y 27.1) o no. Si esto es así, entonces un análisis de la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado también debe implicar un análisis en el contenido de los derechos contenidos en las secciones 26.1) y 27.1). El problema con el enfoque de la Corte en el caso *TAC* radica en que el mismo falla en proporcionar un análisis de qué es lo que el derecho a la atención de salud implica. ¿Cuáles son los servicios a los que se está facultado a reclamar acceso? ¿Abarcan estos servicios medicina preventiva, tales como inmunizaciones, o tratamientos para enfermedades existentes, o ambos? ¿Garantiza el derecho al acceso a servicios de salud primarios, secundarios o terciarios, o todos estos juntos?⁹³. El análisis concerniente a la razonabilidad de las medidas adoptadas por el gobierno no puede llevarse a cabo en el vacío y re-

⁹² *Ibid.*, p. [30].

⁹³ No sugiero que se exigió a la Corte responder a todas estas cuestiones en este caso pero sí se le exigió algún tipo de análisis del derecho a fin de alcanzar la conclusión a la que llegó: que el acceso a la nevirapina caía dentro de las prerrogativas conferidas a las personas en virtud de la sección 27.1).a).

quiere que algún contenido sea dado al derecho para cuya efectividad estas medidas han sido diseñadas.

4.2.2. ¿Implicó el caso TAC una violación a una obligación negativa?

Por lo menos en el caso *Grootboom* se efectuó algún tipo de análisis respecto a qué es lo que el derecho contenido en la sección 26.1) buscaba⁹⁴. En cambio, en el caso *TAC*, escasamente existe un análisis sobre el derecho contenido en la sección 27.1). El único enunciado que la Corte hace en torno a esta cuestión se basa en el análisis realizado en el caso *Grootboom*, donde se sostuvo que existía por lo menos una obligación negativa por parte del Estado en desistir en afectar el derecho a la vivienda adecuada. En este caso, la Corte sostuvo que la «obligación negativa» reconocida en el caso *Grootboom* se aplica idénticamente a la sección 27.1). La Corte afirmó que «esto es relevante para las objeciones levantadas en contra de las medidas adoptadas por el gobierno para la provisión de servicios médicos para combatir la transmisión madre-hijo del VIH»⁹⁵. La Corte, por tanto, parece identificar la violación de la sección 27 que se produjo en el fallo por parte del gobierno en cumplir con su obligación negativa de desistir en afectar los derechos de las personas a tener acceso a servicios de asistencia sanitaria. ¿Cómo es que este análisis se contradice con los hechos del caso?

La distinción entre obligaciones positivas y negativas puede ser esbozada de la siguiente manera: una obligación negativa consiste en tener un deber a no interferir con la capacidad de los individuos en hacer algo para lo que se encuentran facultados; una obligación positiva, de otro lado, implica tener un deber de actuar de una forma particular para proporcionar algo a los individuos. En este contexto, una obligación negativa requerirá que el Estado no interfiera con la libertad de las personas para adquirir las medicinas que deseen usar; una obligación positiva requerirá que el Estado provea tales medicinas para que las usen los individuos.

Finalmente, la Corte concluye que la política del gobierno era inconstitucional debido al hecho de que los médicos en los hospitales públicos y clínicas, a excepción de los centro de investigación, «no estaban facultados» para prescribir nevirapina a fin de reducir el riesgo de la transmisión madre-hijo del VIH y que la política «había fallado en adoptar disposiciones en favor de los asistentes de salud en los hospitales y clínicas a excepción de los centro de investigación y prueba (el énfasis es mío)⁹⁶. El propio lenguaje de la Corte sugiere que en el caso *TAC* estaba involucrada primordialmente el fallo del Estado en cumplir sus obligaciones positivas en el sentido de proveer medicación ne-

⁹⁴ *Grootboom*, nota 22 *supra*, pp. [34]-[38].

⁹⁵ *TAC*, nota 73 *supra*, p. [46].

⁹⁶ *Ibid.*, parágrafo 2.c.i) y i) del mandato.

cesaria para salvar la vida de los pacientes. Un análisis más minucioso de la situación confirma este resultado.

El gobierno no prohibió el uso de la nevirapina en los hospitales públicos distintos a los centros de investigación. Si los médicos podían acceder por sus propios medios al medicamento, podían, y en efecto en algunos casos lo hicieron, prescribir el mismo⁹⁷. Por tanto, no parece que la afectación consista en una intervención directa del gobierno en la libertad de los médicos en la prescripción de medicamentos a sus pacientes. Por el contrario, consistió en que el gobierno fue emplazado a poner la medicina a disposición de los médicos a efectos de que ellos la puedan prescribir —una acción positiva de su parte— y falló en hacerlo. El mismo punto es aplicable a la debida capacitación de los asistentes de salud. Naturalmente, la libertad de los doctores en prescribir la medicina era meramente formal en ausencia del cumplimiento por parte del gobierno de su obligación positiva. Al fallar en proveer la mencionada droga, el gobierno estaba denegando efectivamente a la población el tratamiento, e impidiendo de esta manera el acceso a el mismo. Sin embargo, cualquier incumplimiento a una obligación negativa surge como resultado de un fallo en realizar una obligación positiva: la primera violación consistió en el fallo en actuar donde la Constitución lo exigía. Además, la decisión de la Corte de emitir un mandato terminante requiriendo al gobierno poner la nevirapina a disposición de los hospitales además de los centros de investigación y de capacitar a los consejeros de salud sobre la administración de nevirapina, respalda la afirmación de que el fallo en cuestión representaba un incumplimiento de las obligaciones positivas a cargo del Estado.

Si esto es así, entonces la discusión de la Corte en torno al contenido del derecho en la sección 27.1) es inadecuada. La falla del gobierno no se deja caracterizar de la mejor manera en términos de un fallo en el cumplimiento de una obligación negativa hacia sus pacientes. Necesitamos entender qué es lo que se exige hacer al gobierno en los términos planteados por dicha sección.

El contenido normativo del derecho a servicios de atención sanitaria ha sido analizado por el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 14⁹⁸, y por numerosos autores⁹⁹. No hay duda de que la tarea de especificar el contenido de este derecho es en efecto compleja, y que la Corte no debe pretender proporcionar en un único caso una definición final y exhaustiva de qué es lo que ha de incorporarse en dicho contenido. Lo que sí pudo haberse esperado, sin embargo, fueron algunas

⁹⁷ Cfr. párrafos 124-5 de la de la Declaración Jurada del Sr. S. Mthathi en el caso «*Campaña de Acción para el Tratamiento (TAC)*», donde explica que hubieron situaciones en las cuales los hospitales públicos estaban en condiciones de proporcionar nevirapina a sus pacientes a pesar de que la política oficial del gobierno estaba en contra de ello.

⁹⁸ Cfr. el Catálogo General de observaciones en <http://unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

⁹⁹ Cfr., por ejemplo, HUNT, 1996; TOEBES, 1999, y CHAPMAN, 2002.

especificaciones adicionales en torno a las obligaciones impuestas por dicho derecho en este caso en particular.

Por ejemplo, la Constitución sudafricana exige que cuando se interpreten derechos, la Corte debe tener en cuenta el derecho internacional¹⁰⁰. Por tanto, el derecho pudo haber sido interpretado a la luz del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual específicamente prevé en el art. 12.2.a) que se deben tomar disposiciones orientadas a la «reducción del número de muertes prenatales y de la mortalidad infantil, así como garantizar el desarrollo sano del niño». El comité de las Naciones Unidas ha interpretado este artículo en el sentido de una exigencia hacia los Estados para que estos adopten medidas diseñadas a mejorar la salud del niño y de la madre, así como extender los servicios de salud sexual reproductiva. El reconocer tal obligación de proporcionar los servicios necesarios para el desarrollo sano del niño pudo haber proporcionado la base para exigir al gobierno poner a disposición la nevirapina más allá de los centros de investigación¹⁰¹.

Similarmente, se pudo haber argumentado en favor de determinar el contenido de la sección 27.1).a) en concordancia con el art. 12.2).c) del Pacto Internacional, el cual prescribe la «prevención, tratamiento y control epidémico, endémico, ocupacional y otras enfermedades». El Comité de las Naciones Unidas ha interpretado este artículo para incorporar por lo menos el mandato de prestar ayuda médica urgente en caso de epidemias¹⁰². La Corte pudo haber llegado también a su decisión de proporcionar nevirapina mediante el reconocimiento de que la sección 27.1) imponía al Estado por lo menos esta obligación.

Por tanto, la Corte ha enfocado los casos sobre derechos socioeconómico afirmando que el test de constitucionalidad consiste en determinar si las medidas adoptadas por el gobierno eran razonables. Este enfoque es culpable del fallo en integrar las secciones 27.2) y 27.1): enfoca todo su análisis en la sección 27.2) sin tener en cuenta a la sección 27.1). Sin embargo, la sección 27.1) es en efecto el derecho aplica-

¹⁰⁰ Sección 39.1).b) de la Constitución.

¹⁰¹ STEINBERG, 2006: 272, sostiene que esta definición es demasiado amplia y que «cualquier definición sobre el contenido de los derechos socioeconómicos corre el riesgo de adolecer de sobre o infrainclusividad». Esta objeción es trivial: la determinación de cualquier tipo de principio o definición corre este mismo riesgo. Así como el proceso de interpretación legal o de los derechos constitucionales, el proceso judicial permite a las Cortes refinar el contenido de los derechos a lo largo del tiempo y en función del caso concreto (esta es precisamente una de sus ventajas). Tampoco me parece cierto que el contenido ofrecido líneas arriba requiera que el gobierno provea un tipo de «educación musical infantil» como afirma STEINBERG: esto no se encuentra usualmente incluido dentro del ámbito de los servicios de atención sanitaria, el cual es el centro de la discusión. Sin embargo, el contenido del derecho a contar con servicios de atención sanitaria derivado del Pacto Internacional representa solo una de las posibles formas en las cuales la Corte pudo haber procedido en el caso TAC a fin de justificar su decisión adecuadamente. Otra alternativa hubiera sido no proporcionar contenido alguno a los derechos socioeconómicos: este capítulo representa un argumento en contra de la adopción de tal enfoque.

¹⁰² Observación General 14, p. [16].

ble al caso, y la Constitución nos dirige a evaluar la razonabilidad de la política del gobierno en relación con el entendimiento de qué es lo que los derechos en cuestión exigen del gobierno.

4.2.3. *La razonabilidad y su contenido*

Este punto estructural también es reflejado por una objeción sustancial adicional en contra del enfoque de la razonabilidad. Al enfocarse en la noción de «razonabilidad», la Corte ha demostrado que someterá a análisis la política y conducta del gobierno en función de su capacidad de cumplir con este estándar de justificación. Este desarrollo está relacionado con un famoso argumento en el constitucionalismo: el cual se opone a una cultura en la cual la autoridad debe ser respetada por sí misma, y por el contrario promueve un ambiente en el cual todas las decisiones de aquellos con autoridad, incluso aquellos que conforman el legislativo, deben estar justificadas¹⁰³. Hacer énfasis en la justificación tiene, a su vez, ciertos efectos saludables en las leyes y en las políticas: ello requiere un alto grado de responsabilidad y, por tanto, provee incentivos a los servidores públicos a fin de considerar detenidamente sus razones al momento de tomar decisiones, y por ende ayudar a hacer evidente cualquier tipo de debilidad en ellas¹⁰⁴.

El rol distintivo de los derechos, sin embargo, no solamente es para llamar la atención respecto a las deficiencias en la justificación de las políticas del gobierno. La deficiencia que nos interesa analizar es uno de tipo especial: una deficiencia en abordar adecuadamente ciertos intereses vitales que tienen las personas. Uno de los principales defectos teóricos del enfoque empleado para interpretar derechos socioeconómicos que ha venido siendo adoptado por la Corte Constitucional es el no colocar los intereses fundamentales de los individuos en el centro de su análisis en tales casos. Por el contrario, se ha pretendido enfocar el análisis en una noción más abstracta y procedimental, que puede tender a oscurecer las vulnerabilidades de los individuos en casos particulares. Como he sostenido, el enfoque de la Corte Constitucional se concentra en si las medidas adoptadas por el gobierno satisfacen el estándar de «razonabilidad» en relación con los fines mandados por la Constitución. Dichos fines no pueden ser determinados en sí mismos por el análisis de razonabilidad y, por tanto, el enfoque falla por sí mismo en generar conclusión útil alguna.

Además, un análisis sobre la razonabilidad no coloca los intereses vitales de los individuos en su centro. Sin embargo, es difícil encontrar razones adecuadas para incluir a los derechos socioeconómicos en la Constitución sin reconocer que están diseñados para proteger intere-

¹⁰³ Cfr. MUREINIK, 1994.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 1992.

ses fundamentales de los individuos en tener acceso a bienes esenciales tales como vivienda, alimentación, y asistencia sanitaria. Por tanto, las raíces del enfoque de razonabilidad no se correlacionan claramente con los propósitos para incluir específicamente a los derechos socioeconómicos en la Constitución. Como resultado, no guarda mucha coherencia con el enfoque intencional de interpretación constitucional adoptado expresamente por la Corte.

Se puede objetar, sin embargo, que el enfoque de razonabilidad tiene el beneficio de desarrollar lentamente doctrina sobre la base del caso concreto. A partir de un análisis de estos casos particulares, eventualmente será posible discernir líneas generales que guíen el proceso de toma de decisión basándose en la razonabilidad. La alternativa requiere que la Corte asigne contenido específico a los derechos, los cuales pueden ser más bien controversiales y petrificar el derecho rápidamente. Al limitar sus decisiones a los estrechos confines de los casos particulares, una Corte puede evitar también hacer pronunciamientos generales que pueden llevarla en el futuro a tomar decisiones incorrectas en diversas circunstancias¹⁰⁵.

En respuesta, sin embargo, no se ha venido argumentando que sea deseable para las Cortes determinar el contenido completo de un derecho en cualquier caso particular. A pesar de ello, es importante reconocer que incluso si una Corte desea confinar sus pronunciamientos a casos particulares, es necesario para ello proporcionar cierto grado de contenido general a un derecho que le permitirá alcanzar la decisión que precisa en ese caso. Por ello se podría cuestionar cómo es que se deben de tomar decisiones en contextos particulares sin algunos principios generales que guíen el procedimiento de toma de decisión¹⁰⁶.

Analicemos la noción de razonabilidad: aquello que se considera razonable variará en gran medida en función de las circunstancias que estamos valorando¹⁰⁷. Esta es una de las fortalezas del enfoque que sin duda animó a la Corte a adoptarla. Sin embargo, la propia naturaleza ligada al contexto de este enfoque requiere que el mismo incorpore por lo menos algunos estándares generales que puedan ser usados para evaluar la acción del gobierno en múltiples contextos. De otra manera, el análisis sobre razonabilidad estaría vacío. Por ejemplo, en el caso *Grootboom*, se afirmó que un programa gubernamental razonable debe ser equilibrado y flexible. Este estándar general puede ser luego apli-

¹⁰⁵ «Como criaturas limitadas debemos tener cuidado respecto de dar demasiados pasos al mismo tiempo y quizás la sabiduría aconseja modestia, así como desarrollar el derecho de manera paulatina» (ROEDERER, 1999: 503). En este párrafo, me baso en el debate entre aquellos en favor de lo que ha sido denominado como judicialismo minimalista y sus oponentes. Cfr., por ejemplo, SUNSTEIN, 1996 y 1997; DWORKIN, 1997; CURRIE, 1999; ROEDERER, 1999, y STEINBERG, 2006.

¹⁰⁶ Cfr. los comentarios realizados en el capítulo III sobre el valor e importancia de los principios.

¹⁰⁷ La Corte parece reconocer este punto en el caso *TAC*, p. [24].

cado a diversos casos para ver si poseen en efecto las características de ser equilibrados y flexibles ¹⁰⁸.

Una definición contextual de razonabilidad presupone, por tanto, ciertos estándares descontextualizados que guíen nuestra valoración en diferentes contextos. Si analizamos qué es lo que está implicado en el análisis de razonabilidad un poco más de cerca, he sostenido que ello implica evaluar la justificabilidad de las conexiones entre las políticas que son adoptadas y los fines que están avalados constitucionalmente. Se hace evidente en estas circunstancias que la propia sensibilidad contextual de razonabilidad descansa sobre el hecho de que distintas circunstancias permiten diferentes conclusiones respecto a estas vinculaciones. Sin embargo, en cualquiera de estos análisis, debe ser posible especificar los fines que son buscados de forma tal que estén general y no específicamente relacionados con el contexto particular. Los propios beneficios del enfoque de razonabilidad radican en nuestra capacidad de identificar fines generales en función de los cuales la política gubernamental debe ser evaluada. En este contexto, dichos fines son proporcionados por las obligaciones impuestas en las secciones 26.1) y 27.1). Un enfoque que rechace la necesidad de determinar el contexto de estos derechos vacía, por tanto, de contenido al enfoque de razonabilidad ¹⁰⁹.

Como resultado de la vacuidad del enfoque adoptado por la Corte, la razonabilidad se muestra en todo aquello que la Corte analice como una característica deseable en las políticas del Estado. El problema con tal enfoque radica en que carece de una base de principios sobre la cual fundamentar decisiones en casos referidos a derechos socioeconómicos. Independientemente de la necesidad de evitar procedimientos de toma de decisión *ad hoc*, existen dos razones adicionales del por qué tal basamento es de particular importancia en el contexto de los derechos socioeconómicos.

Primero, han existido temores expresados en el sentido de que la Corte excederá su rol legítimo en esta área al prescribir decisiones políticas al gobierno. Como resultado, la Corte precisa contar con un método para delimitar su rol en casos concernientes a derechos socioeconómicos. A pesar de lo sensible de esta cuestión, el enfoque que actualmente maneja la Corte en el sentido de determinar un signifi-

¹⁰⁸ No es claro que la Corte haya identificado correctamente a la flexibilidad como ser «razonable» en todas las circunstancias. En *Soobramoney*, por ejemplo, el gobierno adoptó una política hacia la racionalización de los recursos para la asistencia sanitaria que fue evidentemente inflexible, pero la misma parece razonable a la luz del deseo de emplear los recursos disponibles de la mejor forma posible. Esto demuestra la dificultad de proporcionar contenido a tal vaga noción de razonabilidad.

¹⁰⁹ Este punto es corroborado quizás de manera más contundente por el hecho de que los defensores del enfoque de razonabilidad se ven forzados a hacer referencia a otros valores al momento de darle contenido: STEINBERG, 2006: 281, por ejemplo, se ve obligado a admitir que solo un «estándar de razonabilidad que incorpore conceptos de proporcionalidad, imparcialidad, igualdad y dignidad, es capaz de ofrecer protección considerable a los intereses de los pobres» (la cursiva es mía).

cado para el amplio y vago concepto de razonabilidad no sienta restricciones claras a su rol en tales casos. Una enunciación más clara de los principios sobre los cuales tal contienda ha de llevarse a cabo ofrecerá tal especificación de los estándares que la Corte ha de emplear al momento de valorar las políticas del Estado. Esto a su vez ayudará a demarcar el alcance de sus propios poderes para la toma de decisión mediante la articulación clara de los intereses fundamentales que incitan la participación judicial en los asuntos socioeconómicos del legislativo y el ejecutivo.

Segundo, existe una necesidad para la Corte de clarificar las obligaciones impuestas por los derechos socioeconómicos al Estado. No se dejará al Estado con un estándar amorfo con el cual deba juzgar su propia conducta, sino que será capaz de evaluar su conducta en función de referencias más claras. El actual sistema de invocar la vaga noción de razonabilidad no proporciona una base perspicaz y principista para la evaluación de la conducta del Estado por parte de los jueces u otros sectores del gobierno en casos futuros. Como resultado, es probable que los propósitos para incluir tales derechos en la Constitución no se vean realizados y que en lugar de ello prevalezca la confusión.

4.3. Crítica al remedio en el caso TAC

4.3.1. *La insuficiencia práctica del mandato*

Es difícil evitar llegar a la conclusión de que al colocar a la razonabilidad en el centro de sus decisiones, la Corte tenga que desarrollar y estipular un significado específico para este concepto tan amplio y amorfo. Se ha sostenido que existe un número de buenas razones teóricas del por qué la Corte no debería concentrar toda su energía interpretativa en desarrollar la noción de razonabilidad sino antes bien complementar su enfoque concentrándose en los intereses que están en juego en los casos referidos a derechos socioeconómicos. Tal atención podría haber aclarado cuán urgente fue en este caso ofrecer a los individuos remedios efectivos y sólidos. Es plausible sugerir que una justificación que coloque a las vidas de los recién nacidos en su centro pudo llevar a la Corte a adoptar un enfoque estricto tal como lo hizo.

Un ejemplo del enfoque extremadamente cauteloso de la Corte fue su decisión de no ordenar al gobierno proporcionar sustitutos de leche materna. A pesar de verse confrontado con la evidencia sobre los problemas de tal programa¹¹⁰, la Corte también tuvo una evidencia clara de que el VIH puede ser transmitido de madre a hijo vía lactan-

¹¹⁰ La Corte expresamente aborda esta materia en el caso TAC, nota 73, *supra*, p. [128] donde analiza los problemas relacionados con un programa en el que las madres «no cuentan con un acceso fácil a agua potable o la capacidad de adoptar un régimen de alimentación mediante biberones debido a sus condiciones personales». Sin embargo, no es claro por qué el gobierno debe ser liberado de proveer sustitutos de leche materna en casos donde los

cia¹¹¹. En tales condiciones, es extraño y en efecto desalentador, que no hubiese por lo menos un mandato que incluya leche de fórmula dentro del programa completo a ser desarrollado por el gobierno en casos en que esto esté prescrito médicamente, y pueda ser apropiadamente cumplido. La falta de tal mandato significa que el gobierno puede evitar la obligación de tener que proporcionar substitutos para la leche materna como parte del programa comprensivo que la Corte exige sea desarrollado, y ello puede tener un profundo impacto en la salud de miles de bebés. El no haber colocado en el centro del análisis a los intereses implicados pudo haber dado una explicación posible para la insuficiencia de la Corte en adoptar un mandato ligeramente más ambicioso.

La discusión teórica de la Corte en el caso *TAC* en torno a la ayuda que pudo prescribir es mayormente loable y sugiere que la misma busca contar con una amplia gama de remedios a disposición. El mandato fue vinculante y mucho más específico que el ofrecido en el caso *Grootboom*. A pesar de ello, el haber obviado ejercitar la jurisdicción supervisora en esta cuestión no parece estar bien justificada. La Corte decidió no ejercitar tal jurisdicción sobre la base de una expresión de buena fe en el gobierno. Ella afirmó que «el gobierno ha respetado y ejecutado siempre las ordenes de esta Corte. No existe razón alguna para creer que no lo hará en el presente caso»¹¹².

Sin embargo, este fue un momento particularmente malo para expresar su buena fe en la capacidad del gobierno en proporcionar expeditivamente las medicinas requeridas. La política del gobierno en relación con el VIH se caracteriza por su progreso lento en solucionar la crisis de salud que enfrenta el país. Ha habido una cantidad enorme de torpezas y reticencias en la tarea de proporcionar nevirapina. En un punto previo a la emisión de la resolución, la Ministra de Salud amenazó en televisión nacional con desobedecer el mandato de la Corte¹¹³. El caso se refirió a la cuestión central de que esta droga tiene el potencial de evitar que los niños sean infectados por una enfermedad potencialmente mortal. Era, por tanto, de la mayor urgencia que la nevirapina sea distribuida inmediatamente. Bajo estas condiciones, la Corte debió haberse preparado para asegurar que su mandato sea implementado tan pronto como fuese posible. Mientras que por un lado puede que haya sido potencialmente importante mostrar confianza en el gobierno, por otro lado la importancia de los intereses implicados respaldaba la necesidad de un enfoque mucho más estricto. Es argumentable que el fallo del enfoque de la razonabilidad en colocar los in-

problemas mencionados por la Corte no existen o pueden ser remediados sin representar un coste sustancial.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. [51] y [57].

¹¹² *TAC*, nota 73, *supra*, p. [129].

¹¹³ Yo personalmente escuché esta amenaza en un programa de noticias emitido por una cadena de televisión sudafricana en abril de 2002.

tereses implicados en una posición más determinante, haya jugado un rol en la configuración de las medidas y el enfoque demasíadamente cauto de la Corte.

En realidad, muchos meses después de emitida la resolución existieron signos reveladores de que el gobierno había puesto poca atención en cumplir el mandato de la Corte. Dos provincias en particular, Mpumalanga y Limpopo, no realizaron progreso alguno en distribuir nevirapina, a pesar de los reportes emitidos por los médicos y enfermeras en el sentido que existía la capacidad para realizarlo. Esta situación es trágica y pudo haber sido evitada si la Corte hubiese adoptado un enfoque más fuerte y hubiese intentado supervisar la implementación de su mandato ¹¹⁴.

4.3.2. *El rol de la jurisdicción supervisora*

Algunos autores han afirmado recientemente que el principal problema del enfoque de la Corte en torno a los derechos socioeconómicos hasta ahora han sido sus limitaciones en ejercitar una jurisdicción supervisora. Se afirma que el problema no tiene que ver con las resoluciones en sí mismas sino con «la subsecuente implementación de las mismas por parte del Estado» ¹¹⁵. Si la Corte «hubiese ejercido una jurisdicción supervisora en casos de esta naturaleza... hubiese sido posible asegurar que las resoluciones como las emitidas en los casos *Grootboom* y *TAC* alcanzasen total cumplimiento. En este sentido, las prescripciones inicialmente vagas consignadas en tales casos se hubiesen concretizado paulatinamente» ¹¹⁶.

Los problemas relacionados con este punto de vista presentan tres aspectos. Primero, el ejecutivo solo puede entender cómo implementar una resolución, si la misma provee criterios orientadores respecto a lo que se exige. La exhortación vaga a ser razonable no da al Estado una idea concreta respecto a aquello que es exigido de él, por lo que especificaciones más concretas pueden proporcionar al Estado estándares en función de los cuales evaluar sus programas. Sin tal orientación, es muy probable que la actuación inadecuada del Estado vuelva a ser sometida a consideración de la Corte, lo cual llevará a su vez a más pérdida de tiempo y a individuos que permanecerán en estado de necesidad.

Esto nos lleva a una segunda objeción, la cual consiste en que la jurisdicción supervisora no representa realmente sustituto alguno para una concepción sobre el contenido de los derechos socioeconómicos ¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. los artículos «Provinces Stonewall Action» y «TAC: We Want to Help» en el *Mail & Guardian* (20-26 de septiembre de 2002). Para mayor crítica respecto del error de la Corte en no adoptar un mandato supervisor y las consecuencias de ello, cfr. HEYWOOD, 2003; PIETERSE, 2004: 415, y SWART, 2005: 224.

¹¹⁵ WESSON, 2004: 306.

¹¹⁶ *Ibid.*: 307.

¹¹⁷ *Ibid.*: 305-7, parece considerar que la jurisdicción supervisora por sí sola puede reme-

Se tiene que saber qué es lo que se tiene que implementar, a fin de supervisar la implementación de lo mismo; o, por lo menos, se debe contar con algunos estándares concretos en función de los cuales evaluar aquello que el gobierno está haciendo a fin de ejercitar una supervisión efectiva. Por tanto, la jurisdicción supervisora no constituye una alternativa para proporcionar contenido a los derechos socioeconómicos y en efecto es incoherente sin una teoría en torno al contenido.

Finalmente, el proceso concebido por los autores como Wesson está conformado por dos niveles. La Corte emite una resolución vaga. El ejecutivo produce un programa, mismo que luego es objeto de evaluación, por lo que el mandato de la Corte deviene en más específico a lo largo del tiempo de su interacción. El mayor beneficio aquí consiste en que hay una relación de colaboración entre el Estado y el poder judicial en la realización de los derechos socioeconómicos¹¹⁸. Parece que un proceso como este puede ser valioso; sin embargo, es importante entender que tal proceso solo es aplicable en un número limitado de casos. Tales circunstancias, desde mi punto de vista, surgen cuando la Corte ha desarrollado un estándar general que debe ser cumplido por los programas del Estado y la Corte esté dispuesta a evaluar si el Estado ha aplicado correctamente este estándar en la práctica. El proceso también presupone que haya tiempo, lo cual quizás no sea siempre el caso. La urgencia de satisfacer las necesidades ante la Corte, habrá de ser evaluado caso por caso a fin de determinar si el mandato inicial debe ser implementado inmediatamente (y avalar un mandato más concreto y detallado) o si debería implementarse un periodo de tiempo dentro del cual se otorgue al Estado una oportunidad para delinear pasos concretos mediante los cuales se proponga cumplir la orden de la Corte.

Por tanto, la jurisdicción supervisora no es en sí y por sí misma una solución a los defectos en el enfoque de razonabilidad defendido por la Corte. La jurisdicción supervisora es por el contrario un remedio que requiere ser tomado en cuenta cuando esté en duda el cumplimiento por parte del gobierno de las obligaciones positivas concernientes al cumplimiento de los derechos¹¹⁹. La jurisdicción supervisora puede ser entendida de distintas formas: puede ser considerada como un tipo de dispositivo administrativo, cuando la jurisdicción intente asegurar que otros sectores del gobierno cumplan con los mandatos prescritos por ella. Esto podría ser visto como una concepción «competitiva» de la jurisdicción supervisora. También puede servir para establecer una relación de colaboración entre el judicial y otros sectores del gobierno, permitiendo a cada uno de ellos colaborar con sus cono-

diar los defectos relacionados con el enfoque de razonabilidad adoptado por la Corte Constitucional. Ello no puede ser así debido a las razones indicadas en el texto.

¹¹⁸ *Ibid.*: 307.

¹¹⁹ Ello no solo requiere ser aplicado a nivel de los derechos socioeconómicos; la jurisdicción supervisora puede ser ejercida por ejemplo en asegurar el cumplimiento de un derecho a la representación legal. Cfr. BUDLENDER y ROACH, 2005, para una discusión respecto a cuáles de dichos remedios son apropiados.

cimientos a fin de resolver un problema particular relacionado con los derechos socioeconómicos ¹²⁰. Esto puede ser visto como una concepción más «cooperativa» de la jurisdicción supervisora.

En vista de la autoridad de la Corte para asegurar el cumplimiento de sus mandatos, otros sectores del gobierno pueden mostrarse reacios de la jurisdicción supervisora y considerar que la Corte está asumiendo un control final por sobre el desarrollo y cumplimiento de sus deberes. La Corte confía ampliamente que los otros poderes del Estado cumplirán los mandatos que ha emitido: existen pocas medidas efectivas que pudiese adoptar la Corte si acaso los otros poderes del Estado simplemente rechazasen cumplir con sus mandatos ¹²¹. La jurisdicción supervisora, por tanto, necesita ser aplicada cuidadosamente y debe buscar asociarse con los otros sectores del gobierno en el proceso, la Corte debe, por tanto, dar prioridad a una concepción cooperativa antes que a una competitiva. Sin embargo, si se presentase el caso de clara falta de interés por parte de los otros poderes del Estado en cumplir con los mandatos de la Corte, se deberá adoptar un enfoque más combativo por parte de esta.

Sin duda, la supervisión también incrementa ciertos costes para el Estado y requiere la preparación de informes. A pesar de ello, como ha sido demostrado en India ¹²², ahí donde un derecho implique la imposición de obligaciones constitucionales positivas, existe la necesidad de supervisar la implementación de estas obligaciones dentro de un periodo de tiempo adecuado a fin de asegurar que el gobierno adopte políticas acordes con sus obligaciones. Deben considerarse también remedios tales como mandatos provisionales y el nombramiento de comisionados dedicados a supervisar la implementación de estos derechos ¹²³. Esto puede incentivar un sentido de colaboración entre los distintos sectores del gobierno en el proceso de asegurar la realización de los derechos constitucionales e incrementando una cultura de responsabilidad ¹²⁴. Concebida de esta manera, la jurisdicción supervisora puede no solo ser adecuada en casos donde el gobierno es reticente en cumplir con sus obligaciones, sino que también lo puede ser en casos

¹²⁰ WESSON, 2004: 307.

¹²¹ El incumplimiento sin explicación alguna crea una crisis constitucional, expresa poco respeto por las Cortes. Ese camino no debe ser adoptado por un gobierno democrático que respete la regla del orden constitucional. Todos los mandatos de la Corte hasta aquí han sido emitidos a fin de dar cumplimiento a los valores que subyacen a la Constitución. Es posible aplicar la figura del «desacato a la Corte» en contra de los funcionarios públicos reuñentes, a fin de asegurar el cumplimiento, aunque, por obviar razones, esto constituiría un último recurso. En Sudáfrica las Cortes han decidido hasta ahora en contra de tales procedimientos de desacato: cfr. *Jayiya vs. MEC FOR Welfare, Eastern Cape* 2004 (2) SA 611 (SCA).

¹²² Cfr., por ejemplo, la fascinante acción respecto al derechos a la alimentación, *PUCL vs. Union of India* (petición escrita núm. 196 del 2001) discutida en el capítulo VII.

¹²³ Cfr. capítulo VII.

¹²⁴ En este sentido, la jurisdicción supervisora puede ser un método para obtener un «modelo dialogante» de las relaciones entre el judicial y otros sectores del gobierno tal como fue concebido por DAVIS, 2006.

donde las Cortes puedan brindar su ayuda a otros poderes del Estado al momento de entender y cumplir con sus obligaciones.

Por tanto, las garantías socioeconómicas pueden llegar a ser muy pocas si los otros sectores del gobierno no entienden sus obligaciones y no se vean obligados a implementar dichas obligaciones. Una Corte que mediante una decisión decida supervisar la implementación de sus mandatos no requiere ejercer excesiva interferencia en el trabajo de los otros sectores del gobierno, sino que debe orientarse a asistirle en el cumplimiento de aquello a que están constitucionalmente obligados a hacer. Dado que tal supervisión puede ser necesaria para asegurar la efectividad de los derechos socioeconómicos, todo tipo de preocupación en torno a la legitimidad del rol de la Corte en esta área carece de sentido ¹²⁵. Por el contrario, un fallo en conservar tal elemento supervisor en el mandato puede conceder una deferencia indebida por parte de la Corte a los otros sectores del gobierno y evidenciar una renuencia por su parte a asumir la responsabilidad respecto de la efectividad de sus mandatos ¹²⁶.

5. ¿UNA LECTURA ALTERNATIVA DE LA JURISPRUDENCIA?

5.1. El enfoque de la igualdad

En la literatura académica reciente, numerosos comentaristas han cuestionado la lectura de la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos de la Corte Constitucional por representar una importación de una noción de razonabilidad perteneciente al derecho administrativo a la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos ¹²⁷. Estos comentaristas sugieren que el razonamiento clave que subyace a la decisión en el caso *Grootboom* consiste en que los programas a cargo del Estado no deben excluir a un sector significativo de la sociedad del programa nacional de vivienda, *a fortiori*, cuando tales grupos estén conformados por personas pobres o vulnerables ¹²⁸. Wesson afirma que incluso el intento de control con base en el derecho administrativo no habría llevado a la Corte a determinar que el programa de vivienda ejecutado por el gobierno era irrazonable. Algo más debió haber entrado en el juego. He identificado precisamente esta cuestión como una obligación mínima esencial. Wesson identifica este elemento adicional como la noción de que los programas no deben excluir a un sector significativo de la sociedad.

¹²⁵ Tal y como la propia Corte reconoce en el caso *TAC*, nota 73, *supra*, p. [106]. La Corte tiene la tarea de proteger los derechos fundamentales y, al hacerlo, se encuentra facultada para tomar cualquier mandato que sea justo y equitativo en los términos de la sección 172.1).b) de la Constitución.

¹²⁶ Cfr. WESSON, 2004: 307, y SWART, 2005: 240.

¹²⁷ Cfr. SUNSTEIN, 2001a; ROUX, 2003, y WESSON, 2004.

¹²⁸ ROUX, 2003: 97; Wesson 2004: 293.

¿A qué se refiere la expresión «sector significativo de la sociedad»? Wesson entiende por esto a aquel «grupo de personas de las que no se puede esperar que solucionarán sus necesidades socioeconómicas de manera independiente recurriendo a sus propios recursos». El mero hecho de que un grupo sea vulnerable, sin embargo, no significa que el mismo tenga automáticamente algún derecho sobre los recursos públicos.

Lo que se requiere, por tanto, es una examinación contextual de si el grupo en cuestión... tiene un derecho a ser incluido en un programa socioeconómico del cual otros ya se benefician. Esto, se afirma, es la forma paradigmática en la cual las pretensiones socioeconómicas han de ser presentadas ante las Cortes. En la práctica, significa que el Estado deberá rendir cuentas, o explicar por qué, ha asignado recursos de una manera particular¹²⁹.

Roux considera esto como parecido al análisis realizado por la Corte en casos relacionados con discriminación injusta¹³⁰. Tal análisis se concentra completamente en si un programa social no razonable excluye un grupo en particular en la sociedad.

La valoración de la Corte no está, por tanto, dirigida a cuestiones tales como si el Estado debe haber adoptado medidas menos restrictivas al desarrollar el programa en cuestión, sino más bien a si el grupo solicitante tiene una pretensión igual o mejor a ser incluido en otros grupos que han sido atendidos¹³¹.

Conuerdo con estos autores en que el análisis basado en el derecho administrativo por sí solo no puede proporcionar una explicación completa a la jurisprudencia en materia de derechos socioeconómicos de la Corte hasta este momento. Sin embargo, no creo que su enfoque (me referiré a él como el «enfoque de la igualdad») hacia estas decisiones proporcione la mejor explicación para el razonamiento de la Corte; ni tampoco creo que proporcione la base para el desarrollo de un marco analítico sustantivo y coherente para la interpretación de los derechos socioeconómicos en la Constitución. En particular, este enfoque tiende a mezclar cuestiones concernientes a quién está facultado para beneficiarse de los derechos socioeconómicos (la cuestión del alcance) con cuestiones sobre qué es aquello a lo que los individuos se encuentran facultados a recibir (la cuestión del contenido). En la última sección de este capítulo, me dedicaré a mostrar cómo el enfoque de razonabilidad de la Corte ha llevado a una confusión similar en el caso *Khosa*.

¹²⁹ *Ibid.*: 293. El último enunciado expresado representa una idea equivocada de análisis en casos sobre derechos socioeconómicos. Cfr. el capítulo VI y el enunciado planteado por la Corte en el caso *TAC*, nota 73, *supra*, p. [38] en el sentido de que sus resoluciones pueden «en efecto tener consecuencias presupuestales pero no están en sí mismas dirigidas a reorganizar los presupuestos».

¹³⁰ Un enfoque similar parece ser presentado por FREDMAN, 2005.

¹³¹ Roux, 2003m: 97.

5.2. Las deficiencias del enfoque de la igualdad

De acuerdo con el enfoque de la igualdad, la razón central en la decisión tomada en el caso *Grootboom* consistía en que los programas del gobierno no debía excluir un sector significativo de la sociedad. Pero la cuestión problemática en el programa gubernamental de vivienda en el caso *Grootboom* no consistía en que se había excluido a los miembros de la comunidad *Grootboom*: en efecto, ellos habrían sido eventualmente elegibles dentro de tal programa para la provisión de vivienda. En este sentido, la comunidad *Grootboom* no era diferente de muchas otras en Sudáfrica que se encontraban a la espera de viviendas por parte del gobierno. El problema en el caso *Grootboom* consistía por el contrario en que el programa existente no satisfacía adecuadamente su urgente necesidad de ser provistas con una vivienda a corto plazo (a pesar de que podría resolver otras de sus necesidades en el largo plazo)¹³². El programa del gobierno en ese entonces, en efecto, guardaba silencio sobre su situación.

El problema en el caso *Grootboom* no consistió, por tanto, en una exclusión irrazonable: fue una previsión inadecuada. Lo mismo se aplica al caso *TAC*. El problema central en dicho caso no fue uno de discriminación; fue una falta de reconocimiento respecto al hecho de que el gobierno tiene una obligación de diseñar un programa en favor de los ciudadanos sudafricanos a fin de evitar la transmisión madre-hijo del VIH. En vista de que el gobierno no reconoció obligación alguna de proveer nevirapina, desde su punto de vista, podía ofrecer dicho medicamento de cualquier forma que crea adecuada (si es que se decide en hacerlo). El centro del caso *TAC* no fue, por tanto, un problema de discriminación injusta: fue un problema referente a fallar en reconocer el contenido del deber impuesto por la constitución sobre el gobierno.

El «enfoque de igualdad», por tanto, busca enfocar todo el análisis sobre el grupo que fue excluido. Se inspira en las disposiciones de no discriminación contenidas en la Constitución. Estas disposiciones, sin embargo, se enfocan por lo general en grupos reducidos de personas que se han visto desventajados como resultado de características tales como la raza, sexo, y orientación sexual¹³³. Los grupos por lo general son fácilmente indiferenciables y los casos, en general, estarán referidos a exclusiones injustificadas de personas en función de razones

¹³² Quizás más sensible para con este problema, Wesson busca cualificar su punto de vista sosteniendo que para él exclusión significa «no ser atendido específica o adecuadamente» (2004, p. 293).

¹³³ La sección 9 desarrolla todas las razones de discriminación prohibidas. El test sobre si la diferenciación alcanza un nivel de discriminación injusta se basa sobre si el tratamiento diferenciado se basa en un atributo o característica de las personas de tal manera que afecte el derecho fundamental a la dignidad de dichas personas: Cfr. sección 9 de la Constitución y el test de igualdad desarrollado en el caso *Harksen vs. Lane* 1998 (1) SA 300 (CC), pp. [42]-[54].

referidas a una característica particular que las distingue. Las disposiciones de no discriminación también funcionan de una forma esencialmente comparativa: nosotros compartimos los beneficios y cargas recíprocas de los grupos que forman parte en la sociedad.

Los casos que han de ser resueltos en atención a las disposiciones sobre derechos socioeconómicos son diferentes. No son esencialmente comparativas: por el contrario, están relacionados con definir la naturaleza de las facultades contenidas en estas disposiciones y las obligaciones correspondientes al Estado. Están referidos primordialmente a qué es lo que el Estado está obligado a hacer para concretizar los derechos en cuestión, antes que respecto a quién es el beneficiario de dichos derechos.

Una vez que los derechos hayan sido definidos, es posible identificar un grupo de individuos cuyas facultades no están siendo satisfechas; sin embargo, la definición del grupo vulnerable depende directamente de la definición de vulnerabilidad. El grupo solo se constituye una vez se pueda disponer de una definición del derecho. El contenido del derecho determina, por tanto, quienes están facultados para exigir el cumplimiento de estas disposiciones. En ese sentido, si acaso existe una facultad para exigir verse libre de pasar hambre, entonces son aquellos quienes están pasando hambre quienes pueden hacer valer ese derecho ¹³⁴.

El enfoque de Wesson requiere que seamos capaces de definir a los grupos vulnerables independientemente de una consideración sobre el contenido de los derechos. Esto lleva a fin de cuentas, a una incoherencia, dado que la configuración del grupo depende de una concepción sobre el contenido de los derechos.

Además, en un caso como el caso *Grootboom*, entender que la clase de beneficiarios incluye a todos aquellos incapaces de satisfacer sus necesidades mediante sus propios medios no es de gran ayuda: el problema en el caso *Grootboom* consistió por el contrario en que existen diversos niveles de necesidad entre aquellos que se encuentran dentro de esta clase. El programa del gobierno en el caso *Grootboom* fue en efecto diseñado para satisfacer las necesidades de la clase identificada por Wesson (de otra manera, los individuos podrían haberse proporcionado una vivienda por sí mismos); falló, sin embargo, en ayudar a un subgrupo de esta clase cuyas necesidades eran particularmente urgentes. Nuevamente, vemos la insuficiencia del enfoque de la igualdad para poder explicar el caso *Grootboom*, ya que es una concepción enfocada en intereses, mientras lo que importa es la urgencia relativa de los intereses.

¹³⁴ Dado que la propuesta de Wesson se basa en una noción de «grupos vulnerables», tales grupos habrán de ser definidos en términos de vulnerabilidad. La vulnerabilidad estará a su vez basada en una concepción de intereses y urgencias. Parece probable el resultado de que el enfoque será congruente con las conclusiones del enfoque sobre el contenido mínimo esencial discutido en el capítulo VI.

La verdadera razón que subyace a los problemas que enfrenta el enfoque de la igualdad puede ser vista más claramente en casos donde no existan prerrogativas en el país: nadie, antes del caso *Grootboom*, tuvo el derecho incluso a tener un refugio temporal en Sudáfrica. Similarmente, no existe en la actualidad en Sudáfrica un derecho a la alimentación mínima que esté siendo implementado por el Estado. El problema en tales casos consiste en que el enfoque de la igualdad no proporciona guía alguna: dado que nadie tiene tales prerrogativas, el Estado no estaría discriminando a ningún grupo y las demandas de igual tratamiento estarían satisfechas. La igualdad como noción comparativa tiene dificultades donde no hay estándares en función de los cuales poder comparar. Parte de la tarea de los derechos socioeconómicos consiste en proporcionar el estándar que define las prerrogativas o derechos de los individuos a acceder a ciertos bienes dentro de una sociedad. Solo una noción mucho más amplia de igualdad conjuntamente con una concepción de valor (como ha venido siendo delineada en los capítulos I a III) puede generar conclusiones normativas concernientes respecto del contenido de los derechos socioeconómicos¹³⁵. Dicho contenido normativo, he sostenido, implica a su vez dar prioridad a aquellos cuyas necesidades son más urgentes¹³⁶.

Para que tenga sentido, el enfoque de la igualdad, tal y como ocurre con el enfoque de la razonabilidad, requeriría mayor desarrollo. Sin embargo, una de las dificultades principales con el uso del enfoque de igualdad es buscar reducir las cuestiones concernientes a la naturaleza de las prerrogativas a cuestiones que solo estén relacionadas con los beneficiarios de las mismas. La jurisprudencia sobre igualdad se refiere fundamentalmente a quien tiene acceso a cierto nivel o estándares de prerrogativas. Una vez que dicho estándar esté definido, entonces se tomará en consideración la justificación de las inclusiones y las exclusiones. Los derechos socioeconómicos en la Constitución definen en sí quiénes son los que se benefician de ellos: «todos en general». La

¹³⁵ Todo enfoque basado en alcanzar igualdad sustantiva necesita proporcionar una concepción concerniente a qué es aquello que requiere ser igualado. Existe un fuerte debate a nivel de la filosofía política en torno a esta cuestión, así como varios puntos de vista (bienestar, recursos y capacidades) podrían plausiblemente proporcionar un estándar respecto a qué es lo que debería ser igualado. El estándar de provisión podría exceder, a juicio de algunos aquello que es requerido por los derechos socioeconómicos. Cfr. capítulo II para encontrar las razones por las cuales he escogido concentrarme en las consecuencias mínimas del principio de importancia equitativa, antes que en desarrollar una teoría completa de la igualdad sustantiva.

¹³⁶ Últimamente, la objeción de WESSON (2004: p. 305) al enfoque sobre el contenido mínimo esencial parece consistir en que él no está de acuerdo con que los jueces tomen decisiones respecto a prioridades constitucionales tales como «el balance ente las pretensiones a corto y largo plazo (en el contexto de la vivienda)». Además de contradecir la decisión *Grootboom*, desde su punto de vista, en ausencia de una variable alternativa, falla en proporcionar un rol real al judicial en casos referentes a derechos socioeconómicos (el cual, como afirmaré en el capítulo VI, consiste precisamente en someter a control la toma de decisión gubernamental en función de su conformidad con las prioridades constitucionales) y convertiría efectivamente a tales derechos en no justiciables.

cuestión general en relación con las disposiciones sobre derechos socioeconómicos relacionadas se refiere a qué es aquello a que «todos en general» tienen derecho. Estas son cuestiones distintas que no deben ser mezcladas.

El enfoque de la razonabilidad de la Corte fue propuesto inicialmente como respuesta a la pregunta sobre «el qué»: determinar el contenido de estos derechos. Sin embargo, recientemente, la Corte Constitucional ha intentado emplear el enfoque de razonabilidad a fin de proporcionar una respuesta a la cuestión de los beneficiarios de esos derechos así como la cuestión referida a su contenido. En la siguiente sección se abordará un análisis del caso *Khosa*, el cual arroja mayor luz sobre el confuso conjunto de cuestiones que la Corte Constitucional tiene ahora para resolver empleando la noción de «razonabilidad».

6. KHOSA: LA RAZONABILIDAD Y LA CONFUSIÓN ENTRE ALCANCE Y CONTENIDO

6.1. La decisión

*Khosa vs. Minister of Social Development*¹³⁷ estaba referido a un número de ciudadanos de Mozambique (los demandantes), quienes habían adquirido el estatus de residentes permanentes en Sudáfrica después de haber vivido en el país desde 1980. Todas estas personas eran indigentes y, por tanto, hubiesen tenido el derecho a una subvención por parte del Estado, así como otras asistencias subsidiadas —tales como ayudas económicas para la alimentación de niños— pero al no ser ciudadanos sudafricanos no tenían derecho a tales beneficios¹³⁸. Los demandantes objetaban la constitucionalidad de las disposiciones legales vigentes (la Ley 59 sobre Asistencia Social del año 1992) que limitaba las subvenciones de asistencia social solo a los ciudadanos sudafricanos. Ellos sostenían que la sección 27 de la Constitución garantizaba el derecho a la seguridad social para «todos en general». Esto, según ellos, incluía también a los residentes permanentes y, por tanto, el hecho de que las disposiciones legales los excluyesen era inconstitucional.

Tras haber confirmado el enfoque respecto del contenido de los derechos en los casos *Grootboom* y *TAC, Mokgoro J.*, quien redactó el voto en mayoría, examinó la cuestión de quiénes eran los beneficiarios del derecho a tener acceso a la seguridad social. La Corte argumentó que ciertos derechos tales como los derechos políticos (sección 19 de la Constitución) y el derecho a tener acceso a tierras estaban expresamente limitados a los ciudadanos [sección 25.5] de la Constitución]. Sin embargo, la sección 27 no contenía tal limitación —el

¹³⁷ 2004 (6) SA 505 (CC) («*Khosa*»).

¹³⁸ *Ibid.*, p. [3]-[4].

mismo era aplicable «a todos en general»—. Dado que no existía indicación alguna en el sentido de que la sección 27 estaba limitada solo a ciudadanos, Mokgoro J. sostuvo que la palabra «todos en general» no se podía interpretar en el sentido de hacer referencia solo a los ciudadanos ¹³⁹.

La Corte entonces planteó la cuestión de si la exclusión de los residentes permanentes respecto a tener acceso a las subvenciones de asistencia social era razonable. Al llegar a una conclusión sobre esta materia la Corte consideró un número de factores: «estos incluyen, el propósito servido por la seguridad social, el impacto de la exclusión de residentes permanentes y la relevancia de las exigencias de la ciudadanía respecto a dicho propósito» ¹⁴⁰.

Mokgoro J. afirmó que la razón para la inclusión de un derecho a la seguridad social consistía en que «como sociedad, nosotros conferimos valor a los seres humanos y deseamos asegurar que las personas vean satisfechas sus necesidades básicas» ¹⁴¹. Tal propósito incluye dentro de su ámbito a las necesidades de los no ciudadanos.

La mayoría de la Corte concluyó entonces que no existían razones suficientes para diferenciar entre ciudadanos y residentes permanentes en relación con los beneficios de la asistencia social. Los residentes permanentes habían hecho de Sudáfrica su hogar y, tal cual lo hacían los ciudadanos, habían vivido en el país de manera legal por un período de tiempo considerable. En muchos aspectos, los residentes permanentes también tenían las mismas obligaciones que los ciudadanos; por ello no era claro por qué ellos no deberían estar facultados para acceder a tales beneficios ¹⁴². El coste para el Estado, en los hechos, tampoco parece imponer una carga desmesurada en él ¹⁴³. El impacto, sin embargo, de la exclusión de residentes permanentes los empuja a relaciones de dependencia con sus familias, amigos, y comunidades. Para ellos «la negación del derecho es total y las consecuencias de la negación son graves. Ellos se ven relegados a los márgenes de la sociedad y se ven privados de lo más elemental para permitirles disfrutar otros derechos conferidos a ellos por la Constitución» ¹⁴⁴. A la luz de estas consideraciones, la Corte concluyó que la «exclusión permanente de los residentes no era coherente con la sección 27 de la Constitución» ¹⁴⁵. En ese sentido, la Corte ordenó que el enunciado «o residentes permanentes» sea incorporado en las disposiciones legales (después de la mención a los ciudadanos) de manera tal que los beneficios también sean extendidos a los residentes permanentes.

¹³⁹ *Ibid.*, p. [47].

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. [49].

¹⁴¹ *Ibid.*, p. [52].

¹⁴² *Ibid.*, p. [59].

¹⁴³ *Ibid.*, pp. [60]-[62].

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. [77].

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. [85].

Ngcobo J. redactó un voto en minoría en el cual él consideró que la exclusión de los residentes permanentes era justificable. Reconoce explícitamente que este era un caso concerniente al alcance antes que al contenido y que la cuestión radicaba, por tanto, en decidir cómo habría de resolverse el caso. Él consideró varias posibilidades pero finalmente inició su análisis afirmando que estaba de acuerdo con que el derecho contenido en la sección 27 estaba a disposición de todos en general. A fin de restringir las clases de personas a quienes este derecho se ofrece como disponible, realizó un análisis en los términos de la cláusula general de limitación (sección 36)¹⁴⁶. Por varias razones Ngcobo J. determinó que las exigencias de la sección 36 se encontraban debidamente cumplidas: la cuestión crucial consistía a fin de cuentas para Ngcobo J. en determinar si todo aquel que se encontraba dentro de las fronteras estaba facultado para ser titular de los derechos socioeconómicos contenidos en la Constitución. Concluyó que el «Estado presentó razones sólidas para limitar los beneficios solamente a los ciudadanos sudafricanos. La necesidad de reducir los crecientes costes que representa operar sistemas de seguridad social, la necesidad de evitar que la disponibilidad de los beneficios de la seguridad social constituya un incentivo para la inmigración, así como de incentivar a que los inmigrantes sean autosuficientes»¹⁴⁷.

6.2. Razonabilidad: ¿confundiendo cuestiones distintas?

El razonamiento del voto en mayoría en el caso *Khosa* es curioso: el enfoque de razonabilidad que había sido previamente aplicado a la cuestión del contenido normativo de los derechos socioeconómicos es aplicado aquí a la cuestión referida a quién está facultado por tales derechos. La total vaguedad de la razonabilidad sugiere que puede proporcionar una solución a un amplio número de problemáticas. Sin embargo, el carácter general de una problemática puede llevar a confundir distintas cuestiones. Al estar centrado en los beneficiarios de los derechos, el caso *Khosa* sería más bien un candidato para el enfoque de la igualdad discutido líneas arriba. La naturaleza de este caso expresa por qué la Corte tuvo dificultades en decidir si el caso debía girar en torno a consideraciones de la sección 9 o en torno a consideraciones de la sección 27¹⁴⁸. El caso en efecto giraba en torno a la sección 9: un grupo pequeño podría ser identificado, el mismo que estaba conformado por quienes estaban excluidos del esquema normativo.

Si se analiza este caso de manera más detallada y se lo compara con los casos *Grootboom* y *TAC*, el mismo evidencia sus diferencias. En estos últimos casos, el argumento parece ser que los sujetos de los de-

¹⁴⁶ 2004 (6) SA 505 (CC) («*Khosa*»), p. [113].

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. [126].

¹⁴⁸ La Corte consideró efectivamente que en este caso existía discriminación: cfr. párrafo [77].

rechos se encuentran facultados a exigir acciones razonables por parte del gobierno a fin de ver realizados sus derechos socioeconómicos. La estructura del razonamiento sería que X (el sujeto del derecho) se encuentra facultado a exigir Y (una acción razonable) por parte de Z (el gobierno). En el caso *Khosa*, la problemática giraba en torno al ámbito de X: ¿quién está facultado a exigir una acción razonable por parte del gobierno? La Corte responde esta cuestión afirmando que el análisis concerniente a Y (quién está facultado a) determinará X (quién es el sujeto de derecho). El voto en mayoría en el caso *Khosa*, por tanto, parece confundir dos cuestiones distintas: la cuestión referida al alcance y la cuestión referida al contenido¹⁴⁹. El poder exigir que el gobierno implemente programas para combatir el VIH, por ejemplo, no nos dice quiénes pueden ser los beneficiarios de tales programas. ¿Solo los ciudadanos se encuentran facultados para beneficiarse?

Es innegable que existe una conexión entre las cuestiones del alcance y las referidas al contenido. Tal y como ha sido sostenido en los capítulos I al III, el contenido de un derecho se relaciona con los intereses fundamentales que un ser tiene. Los sujetos de un derecho parecerán lógicamente extenderse a todos aquellos quienes tienen intereses fundamentales. Desde la perspectiva de la receptividad, este planteamiento es correcto: seres con una consciencia subjetiva tendrán intereses fundamentales, y aquellos intereses fundamentales impactarán finalmente en el contenido de sus derechos.

Sin embargo, desde la perspectiva del agente responsable de realizar estos derechos, la cuestión no es del todo clara. Nuestro mundo y nuestras comunidades han sido divididas en esferas de responsabilidad: Sudáfrica es responsable por sus ciudadanos, Botsuana por los suyos, así como también ocurre en Namibia. Puede que no existan profundas diferencias éticas que justifiquen esta división de labores entre países y comunidades; a pesar de ello, puede que represente un método mediante el cual los derechos pueden ser realizados de una mejor manera¹⁵⁰. Los derechos de los no-ciudadanos pueden, por tanto, existir pero no ser exigibles al Estado en el cual ellos no son ciudadanos. En un mundo de comunidades con fronteras definidas, determinar cuándo un no-ciudadano está facultado a exigir algo al Estado en donde es residente plantea un número considerable de consideraciones prácticas y normativas relacionadas con cómo es que determinamos los límites de las prerrogativas dentro de nuestras comunidades. Esto puede que a su vez de lugar a consideraciones completamente separadas de la cuestión sobre qué es aquello que dichos seres pueden exigir jurídicamente.

¹⁴⁹ ILES, 2004: 464, sostiene que la diferencia giraba en torno a si la Corte debió haber decidido el caso bajo la cláusula de las limitaciones internas o bajo la cláusula general de limitaciones.

¹⁵⁰ Esto es debatible pero en este punto planteo un posible argumento. Cfr., por ejemplo, GOODIN 1998a, y algunos de los comentarios vertidos en el capítulo II.

Es, por tanto, importante distinguir entre consideraciones que están relacionadas con los beneficiarios de un derecho y aquellas consideraciones relacionadas con el contenido de los mismos. La contribución a una comunidad no parece tener un impacto sobre el contenido aunque puede que tenga un impacto en el alcance. Al mezclar los análisis de razonabilidad, podríamos ser llevados a pensar que la contribución a una comunidad garantiza un mayor contenido al derecho de una persona por sobre otra. Si recurrimos a la razonabilidad como base para nuestras decisiones en torno a asuntos distintos, podríamos tender a mezclar estos asuntos.

6.3. La razonabilidad y el propósito de la sección 27

Fijar la atención en la razonabilidad también nos distrae de la verdadera base ética para la toma de decisión por parte de la Corte. La Corte en el caso *Khosa* ubicó su razonamiento dentro del contexto del propósito de la sección 27, la cual se dice que implica la protección de las necesidades básicas de las personas dentro de Sudáfrica. El hecho de que la Corte indique que existe una justificación universalista para estos derechos podría, sin embargo, formar la base de una extensión de tales derechos en el sentido de incluir a todas las personas dentro de las fronteras de África, incluyendo a los inmigrantes ilegales y residentes temporales¹⁵¹. La Corte en el caso *Khosa* no discutió esta cuestión en detalle pero indicó que, debido a la naturaleza tenue que estas personas tienen con el país, podría existir una justificación para denegarles los beneficios de la asistencia social. En relación con los inmigrantes ilegales, esto parece ser claramente justificable, dado que no tendría sentido para el derecho considerar por un lado su presencia como ilegales, para luego por otro lado proveerles con los beneficios de la asistencia social, y con ello tratarlos como si fuesen legales.

Respecto a los residentes temporales, las cuestiones no son sencillas. Frecuentemente se convierten en residentes permanentes y radican legalmente en el país. Como tales, si devienen en indigentes durante su residencia en el país, no es claro por qué la naturaleza temporal de su estancia debería implicar de alguna forma que ellos se encuentran en menor necesidad que otros si el criterio en función del cual se distribuyen los beneficios se basa en la necesidad y la dignidad, entonces la exclusión automática de los residentes temporales no parece ser claramente justificable.

Este razonamiento se aplica *a fortiori* en el caso de necesidades particulares urgentes tales como aquellas sufridas por condiciones de salud agudas. Mientras que los beneficios de la asistencia social pue-

¹⁵¹ La decisión también es criticada por WILLIAMS, 2005: 468-1, debido a que falla en proporcionar una base adecuada en función de la cual distinguir entre prerrogativas de los residentes permanentes, temporales e ilegales.

den estar conectados con la permanencia y la contribución individual a la comunidad, la asistencia médica es un requerimiento que debe ser garantizado a todo aquel dentro de las fronteras del país. Cualquiera en cualquier lugar puede enfermarse en cualquier momento. Permitir que alguien muera o sufra solamente porque sea un residente temporal o ilegal en un país va en contra de los principios básicos universalistas de la moralidad política, que están relacionados con la necesidad y la vulnerabilidad ¹⁵².

Muchas sociedades, tales como las europeas, proporcionan asistencia médica para cualquiera que tenga problemas de tal tipo dentro de sus países. Esto no depende de su estatus en el país (por ejemplo, como turista). Principios básicos de humanidad y solidaridad prescriben que una persona enferma debe recibir atención independientemente de quién sea o por qué razón se encuentre en el país ¹⁵³. A nivel del derecho internacional, este principio se extiende a la obligación respecto a que los ejércitos deben prestar atención médica a los soldados enemigos que capturen ¹⁵⁴. Por tanto, se puede afirmar, en el caso de necesidades particulares urgentes tales como el acceso a tratamientos en condiciones de salud agudas (incluso si no es el caso de subvenciones de asistencia social), la decisión en el caso *Khosa* debería ser extendida a todas las personas dentro de Sudáfrica independientemente de su estatus ¹⁵⁵.

6.4. Razonabilidad y la limitación de derechos

Finalmente, dedicar demasiada atención a la cuestión de la razonabilidad conduce, a nivel de la Constitución, hacia algunas difíciles cuestiones estructurales relativas las limitaciones. Esto surge del hecho de que el término «razonable» es usado tanto respecto a las cláusulas in-

¹⁵² Los capítulos I al III proporcionan una justificación para tal punto de vista o, alternativamente, para la idea de que la base de este deber radica en la vulnerabilidad humana, cfr. GOODIN, 1998.

¹⁵³ Cuando una persona sufre de una condición crónica o alguna otra que requiera de tratamiento médico por un tiempo prologado, se puede argumentar que este tipo de cuidado es similar con un beneficio social y que se debería aplicar el mismo régimen legal: el tratamiento para tales condiciones debería estar solo a disposición de aquellos que tengan conexiones más permanentes con la comunidad política implicada. Los turistas e inmigrantes ilegales no estarían comprendidos dentro tal tratamiento.

¹⁵⁴ Art. 3.2) de la Convención de Ginebra Relativa al Tratamiento de Prisioneros de Guerra. Lo mismo es aplicable a prisioneros a quienes la sociedad tenga poca simpatía. Cfr. la discusión en el caso *Van Biljon vs. Minister of Correctional Services* 1997(4) SA 441 (C).

¹⁵⁵ La cuestión del alcance también incluye la cuestión de nuestros deberes con los animales no-humanos. Animales bajo el control humano pueden tener también tener un derecho a un tratamiento médico por parte de aquellos dentro de cuyo cuidado y control se encuentran. Se puede argumentar también que el término «todos en general» en la sección 27.1) debería incluir a los animales no-humanos en tanto ellos sean capaces de tener estos derechos atribuidos a ellos. Actualmente, el alcance de los derechos en la Constitución no está reconocido como extensible más allá de los seres humanos, una posición ante la cual la argumentación en el presente libro se opone.

ternas de limitación de las secciones 26.2) y 27.2) y las cláusulas generales de limitación de la sección 36. La decisión en el caso *Khosa* tomó en consideración la cuestión de si es posible distinguir entre los análisis en estos contextos diferentes. Después de plantear esta cuestión, tanto el voto en mayoría como el de minoría declinaron en decidirlo¹⁵⁶.

Es improbable que la noción indeterminada de razonabilidad pueda ser presentada como poseedora de un significado inherentemente diferente en estos dos contextos¹⁵⁷. También sería extremadamente confuso para estas nociones darles significados completamente diferentes. Sin embargo, desde mi punto de vista, se puede proporcionar algún tipo de guía para distinguir entre estos dos análisis al tomar en consideración las distintas funciones de la cláusula interna de limitación y la cláusula general de limitaciones. La limitación interna se concentra en un derecho en particular: por ejemplo, el derecho a tener acceso a servicios médicos adecuados. Se ha sugerido que el análisis requiere que consideremos si, en el contexto de este derecho particular y las prioridades en contraposición respecto a dicho derecho, las medidas tomadas por el Estado son razonables.

La sección 36, de otra parte, supone un análisis más global. Dicho análisis nos exige que contraponamos al derecho a tener acceso a servicios de salud y las medidas adoptadas por el Estado en contraposición a otros derechos que las personas puedan tener en la Declaración de Derechos y las obligaciones que ellos imponen al Estado. Ello permite la valoración de los propósitos legítimos del gobierno que sean distintos de aquellos relacionados con el derecho particular que está siendo analizado, y requiere una consideración más amplia del impacto de una medida en la sociedad más allá de la esfera particular de un derecho particular.

Esta es una distinción importante y significativa. La Declaración de Derechos nos exige primero enfocarnos en el contexto particular —del cuidado médico por ejemplo— y considerar los intereses en juego en este contexto, y las medidas que el Estado debe adoptar para aliviar el padecimiento en esta área. Se pueden adoptar políticas y decisiones en este contexto que pueden abordar problemas relacionados con el cuidado médico o fallar en ello. El caso *TAC* es un ejemplo de un caso donde no había necesidad de un análisis amplio: el Estado falló en adoptar una política razonable (o incluso racional) respecto al cuidado médico de los individuos, y no hubo ramifica-

¹⁵⁶ *Khosa*, nota 137 *supra*, pp. [83]-[84] y [105]-[106]. La cuestión planteada en el texto surge en conexión con las obligaciones positivas emanadas de los derechos socioeconómicos. En *Jaftha vs. Schoeman* 2005 (2) SA 140 (CC), p. [34], la Corte encontró un rol para la cláusula general de limitaciones en los casos sobre derechos socioeconómicos al determinar que «cualquier tipo de medida que permita privar a una persona del acceso a una vivienda adecuada» requeriría ser justificado en términos de la cláusula general de limitaciones.

¹⁵⁷ Para construcciones alternativas de la relación entre la sección 36 y las limitaciones internas de los derechos socioeconómicos, cfr. LIEBENBERG, 2005a: 33-54 hasta 33-56; DE Vos, 1997: 79-80; PIETERSE, 2004: 41-8; ILES, 2004: 455-7.

ciones para otras áreas de su política debido a los costes insignificantes de poner en circulación un medicamento que había sido ofrecido al Estado sin coste alguno. El fallo en adoptar un programa completo para poner en circulación el medicamento era en consecuencia ostensiblemente irrazonable.

Sin embargo, la existencia del análisis de la sección 36 sugiere que tomar solamente en consideración el contexto del cuidado médico no es suficiente. Dadas las restricciones entre los derechos, así como las vinculaciones entre derechos y otros propósitos gubernamentales, podrá darse el caso, por ejemplo, de que los derechos al cuidado médico habrán de ser limitados a fin de favorecer el aseguramiento de una vivienda adecuada para todos. Este es el punto donde la sección 36 puede ayudar a la Corte en la determinación de la razonabilidad de la acción gubernamental considerada como holística¹⁵⁸.

7. CONCLUSIÓN

Los problemas concernientes al enfoque de razonabilidad de la Corte Constitucional pueden ser resumidos como sigue. Primero, la razonabilidad por sí sola carece de contenido necesario para hacer determinaciones en materias concernientes a los derechos socioeconómicos. Esto, por tanto, lleva a decisiones que no están adecuadamente justificadas. Segundo, ello aleja la atención del análisis constitucional de los intereses urgentes en juego en estos casos y permite que estos sean opacados por una ponderación general sobre consideraciones diversas. Tercero, la naturaleza contextual de una determinación de razonabilidad requiere ciertos estándares no-contextuales o principios para determinar cómo ha de ser aplicado a casos particulares. Los profundos fundamentos del contenido que la Corte ha adscrito a la razonabilidad son transparentes y a menudo aparecen como estipulaciones. Cuarto, la vaguedad de la noción no ayuda a proporcionar certeza alguna sobre la naturaleza de las obligaciones gubernamentales en los términos de la Constitución. Ello deja a otros sectores del gobierno sin orientación así como sin criterio alguno sobre la naturaleza de sus obligaciones para con la realización de los derechos socioeconómicos y, similarmente, tiene impacto en cómo los jueces resuelven los casos a nivel de las Cortes de rango inferior. Quinto, la razonabilidad no proporciona un criterio basado en principios para determinar las circunstancias en las cuales es legítimo para los jueces interferir con las decisiones tomadas por otros sectores del gobierno. Finalmente, como resultado de su vaguedad, la razonabilidad es empleada para realizar diversas tareas normativas, las cuales por lo general están mezcladas entre sí, y, por tanto, llevan a errores en la toma

¹⁵⁸ Cfr. también la discusión en el capítulo VI relacionada a la objeción vinculada a lo particular como opuesto al enfoque holístico de los derechos socioeconómicos.

de decisión generando que se incluya en este ámbito a un conjunto de análisis complejos y confusos.

Esta discusión en torno a los casos *Grootboom*, *TAC* y *Khosa* ha pretendido aclarar el hecho de que a fin de remediar estos problemas, será necesario prestar mucha atención al contenido de los derechos de subsistencia. El proveer de contenido a estos derechos requerirá hacer referencia a las razones para incluir a los derechos socioeconómicos dentro de la Constitución. El desarrollo de tal enfoque requiere una filosofía política de los derechos socioeconómicos.

En el siguiente capítulo, intentaré demostrar cómo la filosofía política que he defendido en la primera parte de este libro puede ser empleada para desarrollar un enfoque viable y sólido sobre el proceso de fundamentación judicial sobre los derechos socioeconómicos. Tal enfoque identificará claramente a los intereses en juego y abordará la cuestión referida al grado en el cual las políticas del gobierno pueden tener éxito en la realización de estos intereses. El enfoque «basado en los intereses» llevará también al reconocimiento importante de que los derechos socioeconómicos protegen intereses individuales con distintos grados de urgencia, y que los intereses más urgentes deben ser priorizados por el gobierno en sus políticas.

CAPÍTULO VI

FILOSOFÍA POLÍTICA EN ACCIÓN: DESARROLLANDO EL ENFOQUE SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL DE LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo, abordaré la cuestión del enfoque actual adoptado por la Corte Constitucional sudafricana para la interpretación de derechos socioeconómicos. La Corte, como se ha demostrado, ha adoptado generalmente un enfoque intencional para la interpretación de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*); sin embargo, cuando le ha tocado desarrollar un enfoque para interpretar derechos socioeconómicos, la Corte ha mostrado poco interés en abordar las razones que subyacen a su inclusión en el Catálogo de Derechos. En ese sentido, ha fallado ampliamente en proporcionar algún tipo de contenido a estos derechos. En este capítulo espero resaltar un enfoque alternativo para la interpretación de derechos socioeconómicos que se deriva explícitamente de tomar en consideración la justificación de estos derechos, la cual ha sido tomada en cuenta en este libro.

El enfoque intencional para la interpretación requiere de alguna teoría base que permita explicar los fundamentos normativos de los derechos fundamentales. En los primeros tres capítulos de este libro, he desarrollado una justificación filosófica para los derechos socioeconómicos. Dicha justificación filosófica es de tipo general aplicable a un amplio número de sociedad. La primera tarea de este capítulo consiste en demostrar su idoneidad como teoría base en función de la cual construir un enfoque jurídico-teórico sobre la interpretación de los derechos fundamentales y los derechos socioeconómicos en particular.

Intentaremos delinear las implicaciones de la filosofía política que he desarrollado para la doctrina jurídica al mostrar que la teoría filosófica respalda «el enfoque sobre el contenido mínimo esencial» para interpretar los derechos socioeconómicos que ha venido siendo de-

fendido por algunos autores a nivel internacional. Las bases de este enfoque no han sido abordadas en detalle hasta ahora, por lo que intentaré ofrecer una justificación más adecuada para el mismo. El enfoque también ha sido objeto de poco desarrollo y ello ha llevado a generar serias objeciones en su contra; muchas de ellas forman parte de los razonamientos esgrimidos por la Corte Constitucional sudafricana. A fin de ofrecer respuestas a estas objeciones, espero desarrollar y modificar este enfoque. La atención en este capítulo permanecerá dirigida a Sudáfrica, aunque el enfoque para la interpretación de los derechos socioeconómicos aquí presentado es aplicable a otras jurisdicciones, y puede, por tanto, coadyuvar a la interpretación de los derechos socioeconómicos a nivel internacional. La totalidad de la discusión estará diseñada para mostrar que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial que yo defiendo ofrece un marco conceptual correctamente motivado, sólido y útil para interpretar los derechos socioeconómicos. Mucho más importante, dicho enfoque puede servir para realizar propósitos éticos importantes que se encuentran en el trasfondo del reconocimiento de tales derechos: asegurar que cada persona sea capaz de tener acceso a los prerrequisitos para vivir vidas de valor¹.

2. CONECTANDO A LA FILOSOFÍA POLÍTICA CON LA DOCTRINA JURÍDICA

Hasta este momento, la teoría que he propuesto en los capítulos I al III ofrece un enfoque filosófico-político respecto de los derechos fundamentales. No es inmediatamente obvio cómo tal teoría se relaciona con la interpretación de los derechos constitucionales. En esta sección, defenderé que las distintas características de la filosofía política de los derechos que he desarrollado en los capítulos anteriores la hacen particularmente adecuada para el propósito de interpretar los derechos fundamentales en una Constitución.

Primero, cualquier tipo de sociedad incluirá dentro de ella diversas concepciones de lo que es vivir una vida de valor. Un intento de imponer una teoría comprensiva de valor en una sociedad posiblemente despertaría serias objeciones, y, por tanto, causaría conflictos sociales.

¹ La filosofía política que empleo sugiere que los animales no humanos deben tener también garantizados estos prerrequisitos necesarios para vivir vidas de valor para ellos. Mientras que nuestras obligaciones hacia los animales no humanos pueden requerir que no interfiramos con ellos, también puede haber ciertas obligaciones positivas a cargo del Estado. Por ejemplo, puede que el Estado tenga que financiar refugios para animales, así como el establecimiento de parques nacionales para permitir que los animales puedan tener su propio espacio en el cual llevar sus propias vidas. El objeto de mi trabajo implica desarrollar un enfoque orientado a la interpretación y efectividad de los derechos socioeconómicos. En la mayoría de los países en el mundo, tales derechos se encuentran por lo general limitados a los seres humanos, por lo que la atención de este capítulo estará dirigida a los seres humanos. Mientras que mi teoría muestra que esta es una limitación injustificada; un desarrollo integral de las implicaciones teoría para los animales no humanos deberá esperar para otra ocasión.

En Sudáfrica, por ejemplo, el gobierno del *apartheid* intentó imponer su propia concepción específica de vida buena en la totalidad de la sociedad al, por ejemplo, educar a las personas en lo que consideraba un lenguaje superior (Afrikáans) y pretender promover su propia forma de cristianismo en el sistema de educación. Algunas de estas medidas provocaron el levantamiento de Soweto en el año 1976 y finalmente jugaron un rol importante en la caída del *apartheid*.

La teoría del valor que he desarrollado, busca capturar dos fuentes generales de valor —experiencias y propósitos— que son aplicables a una amplia gama de seres diversos. Además, los intereses compartidos pueden ser identificados mediante la toma en consideración de las condiciones generales necesarias que tales seres requieren a fin de tener experiencias positivas y cumplir con sus propósitos. Una «teoría débil» de lo bueno que ha sido propuesta nos informa solo parcialmente de lo bueno para cada individuo. Esto a su vez permite incorporar un criterio de diversidad en el contenido de las experiencias y propósitos de los valores individuales. La teoría busca ser generalmente aplicable en el sentido de que los intereses individuales que ella identifica son aquellos que son compartidos por una amplia variedad de individuos. La teoría también pretende propiciar un amplio acuerdo a pesar de la diversidad de individuos a la que es aplicada. Como tal, se muestra como apropiada para su aplicación a una sociedad diversa como Sudáfrica, cuya Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) demuestra que el documento fue escrito para una sociedad en la cual hay diversas formas de lo bueno².

Segundo, la teoría que he propuesto proporciona criterios basados en principios, cuyos valores sirven para determinar cómo han de ser tratados los seres. El valor reside en características generales de los propios seres en lugar de resaltar el hecho de si pertenecen a una raza en particular o sexo. La teoría que he desarrollado busca explicar y justificar su finalidad de atribuir derechos a seres sensibles y, por tanto, no confía en una categorización arbitraria para determinar el alcance de su aplicación. La mayoría de países en los últimos años buscaron alejarse de categorizaciones arbitrarias y prohibir una discriminación indebida.

La esencia del *apartheid* en Sudáfrica, por ejemplo, radicaba en clasificar a los individuos en diferentes grupos raciales y determinar sus prerrogativas en función de este criterio. A menudo se presentaban justificaciones seudorreligiosas para este proceder. De fundamental importancia para el rechazo al *apartheid* fue el reconocimiento de que el tratamiento de las personas por parte de un Estado no debe variar en relación con características personales tales como el color de la piel. La idea subyacente a esta posición ética consiste en el reconocimiento de que no es justificable para una sociedad tratar a los seres de manera

² Cfr., por ejemplo, secciones 15, 16, y 18, que protegen derechos relativos a la libertad de religión, expresión, y asociación, derechos que protegen la capacidad de las personas de vivir vidas diversas.

diferente sobre la base de cualquier tipo de característica que no pueda ser demostrada como relevante para el curso de acciones en la que se ha embarcado. La teoría que propongo proporciona una base normativa más profunda sobre la cual rechazar la discriminación indebida. Esto permite también que la teoría provea una base de principio sobre la cual criticar un orden constitucional que tolere un tratamiento diferenciado basado en motivos arbitrarios: quizás uno de los puntos ciegos más importantes hoy en día sea, por ejemplo, el error en no extender las prescripciones antidiscriminatorias a otras especies³.

Tercero, una teoría adecuada que trate sobre las prerrogativas conferidas a las personas en virtud a los derechos socioeconómicos debe ser capaz de lidiar con los diferentes niveles que presentan las necesidades individuales. La teoría que he propuesto distingue entre intereses con distintos niveles de urgencia que proporcione un entendimiento basado en principios de cómo determinar dos diferentes umbrales de necesidad. Como tal, el proceso de determinar el contenido de estos derechos puede ser sensible a posiciones divergentes de los individuos en una sociedad, y las obligaciones del Estado pueden variar conforme a ello.

Sudáfrica, como en muchos otros países en el mundo, tiene una división importante entre ricos y pobres⁴. Aquellos que son «muy pobres» abarcan alrededor de 50 por 100 de la Sociedad sudafricana (23 millones de personas), ganando menos de 353 rands al mes (alrededor de 30 libras). Otro sector de la población equivalente a un 16,6 por 100 gana escasamente tres veces más que el promedio de una persona que es «muy pobre». Estos dos grupos en conjunto perciben 10,6 por 100 de los ingresos en Sudáfrica. El siguiente sector económico (16,6 por 100 de la población) gana 17,2 por 100 de los ingresos. Finalmente, el sector de la población que gana el 16,6 por 100 percibe el 72 por 100 del ingreso⁵. Estas estadísticas ponen en claro que existe una alta concentración de riqueza en las manos de un pequeño porcentaje de la población, pero las mismas sirven para mostrar que existen diferentes posiciones económicas ocupadas por grupos distintos en el país. Si nos deshiciésemos de aquellos clasificados como «muy pobres», la situación de los individuos y viviendas diferirían también en términos de su capacidad para cumplir con los dos umbrales que he descrito en el capítulo I.

Cuarto, la teoría que he propuesto ubica en su centro a la noción de que la sociedad requiere tratar a cada ser otorgándole una importancia equitativa o igual. Dicha idea está también estrechamente vinculada

³ Cfr. SINGER, 1995, quien demostró convincentemente que la discriminación por motivos de especie es muy similar a la discriminación basada en motivos de raza o sexo.

⁴ Dada la historia de Sudáfrica, dicha división se generó en gran medida como producto de las políticas del *apartheid* que privilegiaban deliberadamente a los blancos por sobre los negros. Los blancos recibían mejor educación, y se les ofrecían muchas más oportunidades de desarrollo que a las personas negras, lo cual se tradujo en privilegios económicos generales.

⁵ TERREBLANCHE, 2002: 36.

con la teoría de valor que he desarrollado para dar algún tipo de contenido determinado a aquello que pueda definirse como «importante». La interpretación constitucional por lo general implica incorporar referencias a los valores centrales de la Constitucional tales como dignidad, igualdad, y libertad⁶. La teoría que he desarrollado podría, por tanto, proporcionar la base para dar mayor contenido determinado a los valores tales como la «dignidad» y ayudar a trazar los pasos a seguir desde tales valores hacia conclusiones más concretas.

Quinto, una de las características formales más importantes en mi teoría es la distinción entre la noción de derechos condicionales y derechos incondicionales, y la conveniencia de distinguir entre dos fases en el análisis del contenido de los derechos. En general, el derecho constitucional ha tenido que lidiar con la cuestión de cómo capturar en la doctrina jurídica la idea de que los derechos fundamentales no son absolutos. En muchas constituciones, particularmente aquellas adoptadas recientemente, esta idea es capturada mediante la inclusión de cláusulas limitativas de derechos fundamentales.

En la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) sudafricana, por ejemplo, el análisis constitucional de los derechos fundamentales se realiza en dos etapas. Primero, se aborda la cuestión de si un derecho incluido en la Declaración de Derechos ha sido vulnerado. Este análisis implica efectivamente tener en cuenta el alcance y contenido del derecho condicional en cuestión. Segundo, si ha existido una violación al derecho condicional, se debe determinar si la violación constituye una limitación justificada de dicho derecho⁷. Dicha cuestión implica un análisis mayor en el sentido de determinar si una limitación «es razonable y está justificada en una sociedad democrática abierta basada en la dignidad humana, igualdad y libertad»⁸. Este análisis es de tipo general en cuanto a las obligaciones incondicionales del Estado, y hace referencia a varios factores relevantes⁹.

Las razones para distinguir entre derechos condicionales e incondicionales proporcionan una base normativa poderosa para esta estructura de dos etapas en la valoración de los derechos. Además, los factores y el marco conceptual propuesto en el capítulo III para tomar decisiones sobre obligaciones incondicionales proporcionan más orientación al análisis referido a cuándo la limitación de los derechos fundamentales está justificada. La estructura dual de mi teoría es, por tanto,

⁶ Cfr. sección 1.a) de la Constitución sudafricana.

⁷ Parece que estas dos etapas de análisis se dan a nivel de la Constitución Alemana (así como en la de Canadá). El enfoque que he tomado es similar al adoptado por Alexy en relación con los derechos fundamentales en Alemania. Cfr. ALEXY, 2002, 345-6: «Es característico para los modelos ponderativos que el cumplimiento exigido sea uno de tipo *prima facie* antes que uno de tipo definitivo».

⁸ Sección 36 de la Constitución.

⁹ Estos factores incluyen «la naturaleza del derecho; la importancia de los propósitos de la limitación; la naturaleza y alcance de la limitación; la relación entre la limitación y su propósito; y los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito».

congruente con la manera en la cual un análisis sobre un derecho debe ser estructural en el derecho constitucional, y puede ayudar a desarrollar una concepción relativa a cuestiones sustantivas que se encuentran contrapuestas en el caso.

En relación con los derechos socioeconómicos en particular, esta estructura tiene una relevancia específica. Tomemos en consideración, por ejemplo, al principal dispositivo normativo relacionado con el derecho a la vivienda en la Declaración de Derechos en Sudáfrica. La misma dispone lo siguiente:

«Sección 26

- 1) Todo individuo tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.
- 2) El Estado deberá tomar las medidas legislativas —y de otra índole— razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la concreción progresiva de este derecho».

La primera subsección puede ser considerada como similar a la idea de derecho condicional en mi clasificación. Ella representa una afirmación en el sentido que los individuos tienen intereses importantes en tener acceso a vivienda y que el Estado tiene una obligación de proteger estos intereses. La segunda subsección, sin embargo, reconoce que el derecho en la subsección 1) no puede conferir una prerrogativa inmediata para cada persona a ver satisfecho su requerimiento de vivienda. Dicha sección proporciona un entendimiento en el sentido de que existen limitaciones sobre aquello que puede ser alcanzado en la realización del derecho condicional de la subsección 1) y proporciona un indicador de por lo menos una mejor razón que puede justificar un fallo en la realización de los intereses protegidos aquí: específicamente, la escasez de recursos. Las limitaciones generales de la sección 36.1) permiten traer a colación factores adicionales al momento de determinar las obligaciones incondicionales a cargo del Estado. Nuevamente, la teoría que he propuesto encaja muy bien en la estructura particular de los derechos de subsistencia en la Constitución sudafricana¹⁰ y proporciona una reconstrucción de varios factores importantes que deben ser tomados en cuenta en cualquier valoración de las obligaciones incondicionales del Estado.

Finalmente, la teoría que he propuesto tanto en su estructura como en su contenido no distingue estrictamente entre derechos civiles-políticos y derechos socioeconómicos. Dicha distinción es en gran medida de tipo político, representada en el hecho de que el Pacto Internacional de Derechos se divide en un Pacto de Derechos Civiles y Políticos y un Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Mi teoría centra su atención en los intereses que están por detrás de cada derecho, y es evidente que el interés protegido por ambos grupos de derechos da un mismo nivel de importancia a los derechos humanos.

¹⁰ La limitación interna contenida en la sección 26.2) es similar a aquella incluida en el Pacto Internacional.

En años recientes, Cortes e instituciones internacionales han enfatizado en la existencia de conexiones importantes entre los derechos fundamentales. Traduciendo estos desarrollos en razonamientos, la Constitución sudafricana, por ejemplo, ha sido diseñada de tal manera que no existe una división nítida entre derechos civiles-políticos y derechos socioeconómicos en la Declaración de Derechos. A pesar de que los derechos socioeconómicos se encuentran generalmente cualificados, así también lo están algunos derechos civiles y políticos¹¹. La Corte Constitucional también ha enfatizado la indivisibilidad de estos derechos en varias de sus decisiones: «la proposición de que los derechos se encuentran interrelacionados y que tienen una importancia igual no es un mero postulado teórico. El concepto tiene un inmenso significado humano y práctico en una sociedad fundada en la dignidad humana, igualdad y libertad»¹². Por tanto, la filosofía política que se encuentra por detrás de los derechos fundamentales debe ser capaz de explicar la fuente de esta interconectividad y permitir un mayor entendimiento acerca de los profundos valores implicados. Esto es, sin embargo, una razón adicional de por qué la teoría que he propuesto es adecuada para coadyuvar con el desarrollo de una interpretación vinculante y viable de los derechos constitucionales. Ahora abordaré la tarea de analizar en mayor detalle las consecuencias que esta teoría filosófica tiene para el desarrollo de un marco legal dentro del cual se realice la interpretación de los derechos socioeconómicos.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL ENFOQUE SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL

3.1. Las Naciones Unidas y el enfoque sobre el contenido mínimo esencial

El Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos Económicos, Sociales y Culturales (El comité de las Naciones Unidas) ha venido desarrollando a lo largo de los últimos veinte años un entendimiento del contenido de los derechos socioeconómicos, y las obligaciones que ellos imponen a los Estados. El desarrollo de este contenido ha tenido lugar ampliamente mediante las Observaciones del Comité General. La observación General núm. 3 de 1990 contiene los principios generales que gobiernan las obligaciones de los Estados parte en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³. Este enfoque ha sido desarrollado, modificado, y concretizado en observaciones generales subsecuentes en relación con derechos en particular contenidos en el Pacto. Esta sección tomará en

¹¹ Cfr., por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión en la sección 16.

¹² *Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC), p. [83]. Cfr. también p. [23].

¹³ En adelante me referiré a esto como «el Pacto». Cfr. la Colección General de Observaciones en <http://www.unchr.ch/tbs/doc.nsf>.

consideración algunas de las principales características del enfoque del Comité, teniendo especial atención en la noción de una obligación mínima esencial.

El Comité de las Naciones Unidas ha proporcionado varias categorizaciones de las obligaciones impuestas por los derechos socioeconómicos a los Estados parte. En la Observación General 3, dicho comité reconoce la distinción entre obligaciones de conducta y obligaciones de resultado. Obligaciones de conducta requieren la toma de una acción «razonablemente calculada para concretizar el disfrute de un derecho en particular». Las obligaciones de resultado exigen al «Estado la obtención de objetivos específicos para satisfacer un estándar sustantivo detallado»¹⁴. Las obligaciones de resultado se enfocan efectivamente en el estado de cosas que se busca alcanzar; las obligaciones de conducta se enfocan sobre las acciones necesarias para alcanzar el estado de cosas. En relación con la teoría desarrollada en este libro, a menudo se puede considerar que el derecho condicional impone una obligación de resultado: un cierto estado de cosas debe ser concretizado. Cuando pasamos a traducir esto en una obligación incondicional, necesitamos considerar la conducta necesaria para alcanzar dicho estado de cosas. Consecuentemente, parece que en la práctica los derechos socioeconómicos imponen típicamente tanto obligaciones de conducta como obligaciones de resultado.

La Observación General 3 también reconoce una obligación sobre los Estados a realizar acciones deliberadas, concretas y dirigidas hacia el cumplimiento de los derechos, tarea que debe ser cumplida «tan pronto como efectivamente posible»¹⁵. Existe también una obligación de evitar deliberadamente medidas retroactivas. Toda medida retroactiva implicaría la «consideración más cuidadosa y requerirá ser completamente satisfecha haciendo referencia a la totalidad de los derechos contenidos en el Pacto y en el contexto del máximo uso de los recursos disponibles»¹⁶.

En observaciones generales más recientes, el Comité ha adoptado y modificado el marco de Henry Shue en lo concerniente a la gama de obligaciones que manan de los derechos fundamentales. Este análisis fue discutido brevemente en el capítulo III, pero implica el reconocimiento que se puede afirmar que existen tres obligaciones clave que manan de los derechos socioeconómicos: obligaciones a respetar, proteger, y cumplir los derechos. En algunas de las observaciones generales, el Comité ha separado la obligación de cumplir en dos partes: una obligación de facilitar y una obligación de proveer¹⁷.

¹⁴ Cfr. Lineamientos de Maastricht sobre la Violación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en CHAPMAN y RUSSELL, 2002: 345.

¹⁵ Observación General núm. 3, pp. [2] y [9].

¹⁶ *Ibid.*, p. [9].

¹⁷ Cfr., por ejemplo, la Observación General 12 sobre el derecho a la alimentación adecuada, p. [15].

Es importante reconocer que las obligaciones de respetar, proteger, y cumplir, solo tienen sentido si se las compara con concepción sobre el contenido de estos derechos. Por tanto, he afirmado que la sociedad requiere garantizar a los individuos las condiciones necesarias para ser capaces de realizar diversos propósitos. Una consecuencia obvia de tal garantía consiste en que en donde las personas hayan alcanzado este umbral, el Estado no debe privar a los individuos de estas condiciones. Similarmente, debe asegurar que intereses de terceros no pongan en riesgo el acceso de las personas a estas condiciones; y finalmente, será necesario proporcionar estas condiciones ahí donde ellas no existan. Estas obligaciones manan, por tanto, de una concepción sobre el contenido, algo que no siempre parece ser claro en el análisis del Comité¹⁸. Ellas también representan una especificación más concreta de los derechos abstractos, las objeciones necesarias para dar efectos prácticos a las mismas¹⁹.

Quizás, una de las características más importante del enfoque adoptado en la tercera Observación General ha sido la adopción de lo que puede denominarse «el enfoque sobre el contenido mínimo esencial» para los derechos socioeconómicos. Este enfoque proporciona la clave para dotar de un contenido claro a estos derechos, así como para asegurar que tengan consecuencias prácticas en las políticas del gobierno y que beneficien la parte menos favorecida de la sociedad. El Comité determinó que una «obligación mínima esencial para asegurar la satisfacción de, cuando menos, niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos, es de incumbencia de los Estados parte»²⁰. Un Estado parte en el cual un número significativo de individuos sea privado de alimentos esenciales, cuidado médico básico, refugio, y vivienda, está fallando *prima facie* en cumplir con sus obligaciones. El Comité prosiguió en cualificar su afirmación reconociendo que tal obligación debe ser considerada a la luz del hecho que los Estados tienen recursos limitados. Con ello se concluye: «a fin de que un Estado parte sea capaz de justificar su fallo en satisfacer sus obligaciones mínimas esenciales con base en la falta de recursos a disposición, se debe demostrar que cada esfuerzo que ha sido hecho ha estado dirigido a usar todos los recursos que están a su disposición a fin de satisfacer, como una cuestión de prioridad, dichas obligaciones mínimas»²¹.

La primera cuestión que surge se refiere a las razones con base en las cuales el Comité decidió introducir la idea de la obligación mínima esencial en la interpretación de los derechos socioeconómicos. El Comité proporciona dos razones más bien elusivas; primero, mencionó

¹⁸ El Comité en efecto proporciona un contenido normativo a los derechos en sus Observaciones Generales; sin embargo, la relación entre este contenido y las obligaciones identificadas en las Observaciones Generales no siempre es clara.

¹⁹ Cfr. la discusión en el capítulo III.

²⁰ Observación General núm. 3, p. [10].

²¹ *Ibid.* Lo que sigue en este capítulo puede ser visto como un intento en justificar y desarrollar algunas de estas afirmaciones.

que devino en necesario reconocer tal tipo de obligación como resultado de sus experiencias examinando los reportes de los Estados que daban cuenta de su cumplimiento con el Pacto; segundo, formula la siguiente afirmación: «si el Pacto ha de ser leído de tal manera que no establezca tal obligación mínima esencial, estaría ampliamente privado de una razón de ser»²².

Sin embargo, la primera de las razones es inadecuada, dado que falla en brindar una explicación para los problemas que el Comité ha analizado y porque el reconocimiento de una obligación mínima esencial serviría para rectificar tales dificultades. La segunda razón proporcionada por el Comité es esencialmente incompleta: requiere un entendimiento de los propósitos que están por detrás del Pacto y una explicación de por qué el reconocimiento de una obligación mínima esencial es necesaria para realizar estos propósitos. Como resultado, la motivación de introducir una obligación mínima esencial en las discusiones referidas a los derechos socioeconómicos no es clara en los términos planteados en la Observación General. Esto causó inseguridad en el propósito de reconocer una obligación mínima esencial²³. Una reconstrucción de las razones para tal enfoque es, por tanto, innecesaria a fin de entender por qué el mismo es importante para la efectividad de los derechos socioeconómicos.

3.2. Primeras especificaciones sobre el umbral mínimo

El Comité de las Naciones Unidas describe a la obligación mínima esencial como una obligación a cargo de los Estados para realizar «niveles esenciales mínimos» de un derecho. Esto nos proporciona los primeros indicios sobre la base normativa de este enfoque: existen diversos niveles de realización de un derecho, algunos de los cuales son más «esenciales» que otros niveles. ¿Se puede decir un poco más acerca de la justificación de tal enfoque, y conferir mayor contenido a la noción de qué es lo que constituye los niveles «especiales mínimos» de un derecho?²⁴

Los autores que inicialmente abogaban por un enfoque sobre el contenido mínimo esencial propusieron la concepción derivada del derecho a un nivel existencial mínimo²⁵. La inspiración para esta idea

²² *Ibid.*

²³ Posiblemente, el hecho de que la inseguridad haya generado a numerosas objeciones causó que la Corte Constitucional sudafricana haya considerado justificado no seguir dicho enfoque.

²⁴ Esto es importante dado que uno de los factores que llevó recientemente a la Corte Constitucional sudafricana a resistirse a seguir el enfoque sobre el contenido mínimo esencial fue precisamente la inseguridad referida a cómo determinar en qué consistía el contenido de tal obligación: Cfr. *Grootboom*, nota 12, *supra*, pp. [32] y [33].

²⁵ Según tengo entendido, el primer intento explícito por desarrollar un enfoque basado en un umbral mínimo fue el artículo de ANDREASSEN, SKÅLNES, SMITH, y STOKKE en 1987. Ellos se basaron en este artículo ANDREASSEN, SMITH y STOKKE, 1992. Su enfoque tam-

proviene de la idea de Henry Shue respecto a que es posible identificar una lista de «derechos básicos» que son prerrequisitos para el ejercicio de todos los demás derechos²⁶. Aplicando esta idea al mismo Pacto, desarrollaron la noción de que existía una «*plataforma de auto-provisión efectiva*, la cual podría poner al pobre en el *umbral* de pasos *adicionales* progresivos para su desarrollo, a fin de lograr el aseguramiento de mayores estándares y listas más extensas de que las contenidas en el Pacto económico/social» (cursiva del autor)²⁷. Ellos dan el ejemplo de las personas que viven en la Botsuana, donde la desnutrición dificulta aún más los denodados esfuerzos que son necesarios para lograr cosechas anuales que aseguren alimento suficiente²⁸. En ausencia de un nivel básico de alimentación, deviene en imposible el pretender alcanzar mayores niveles de nutrición o de salud. Por tanto, los niveles esenciales de un derecho son aquellos que son necesarios a fin de que los individuos sean capaces de proporcionarse por sí mismos mayores niveles de bienes socioeconómico en el futuro.

Mientras que estos autores han puesto en evidencia importantes aspectos de la problemática al identificar los niveles «esenciales» de un derecho, ellos, desde mi punto de vista, no han tenido éxito en identificar correctamente el contenido de este umbral. Existen tres problemas en su teoría. Primero, la justificación de su umbral es derivativa. El argumento que emplean es esencialmente instrumental: los niveles esenciales de un derecho representan aquellos niveles de bienestar que deben ser realizados a fin de que los individuos obtengan por sí mismos mayores niveles de realización para ese derecho o para otros. Sin embargo, ello solo es un buen argumento a condición de que exista una buena justificación para realizar estos otros umbrales o derechos. Los autores no proporcionan tal teoría o concepción respecto a en qué consisten estos niveles altos. La teoría que propongo busca entender la justificación general para la subsistencia de estos derechos, y derivar la concepción de un umbral mínimo a partir de esta justificación general. Como tal, ella ofrece la esperanza de obtener una justificación más exhaustiva y comprehensiva para reconocer tal umbral.

Segundo, el umbral identificado por estos autores es totalmente instrumental para la consecución de mayores niveles en los derechos. La teoría que propongo, sin embargo, es capaz de reconocer que existe también algún valor intrínseco para la satisfacción de estas necesidades mínimas. El verse libre de amenazas para la propia supervivencia implica que uno no se encuentre sujeto a experiencias negativas severas y que se pueda alcanzar algunas experiencias positivas, así como algunos de nuestros propósitos personales. Dado que mi teoría su-

bién fue citado en «Los Principios de Limburg», publicado en el *Trimestral sobre Derechos Humanos*, 1987.

²⁶ SHUE, 1980: 19.

²⁷ ANDREASSEN *et al.*, 1992: 260.

²⁸ *Ibid.*: 261.

pone que existe valor en el hecho de tener experiencias positivas, evitando las experiencias negativas y la realización de propósitos, la teoría es, por tanto, capaz de proporcionar una mejor explicación que la que proponen estos autores respecto de las razones que justifican la deseabilidad de alcanzar este umbral.

Finalmente, estos autores concentran su umbral en torno a la noción de ser capaz de estar en posición de poder auto-aprovisionarse de manera efectiva. Sin embargo, existen muchos individuos —los discapacitados mental o físicamente, por ejemplo— quienes no son capaces de aprovisionarse por sí mismos. Tener esto en cuenta es de central importancia para desarrollar una teoría sobre los niveles esenciales de provisión que ellos requieran. Por mi parte yo me inclino a proporcionar una teoría alternativa sobre los fundamentos normativos para el enfoque sobre el contenido mínimo esencial basada en la filosofía política que he desarrollado.

3.3. Distinguiendo dos umbrales de interés

En el segundo capítulo intenté fundamentar una justificación de los derechos fundamentales basándome en el principio de importancia equitativa, mismo que exige la protección de ciertos intereses importantes que tienen las criaturas²⁹. Incluso entre estos intereses importantes de los individuos, se reconoció que existen dos umbrales distintos de urgencia que pueden ser identificados. La idea de urgencia ha de ser entendida en relación con las fuentes de valor identificadas en el capítulo I. La mayor urgencia del primer umbral se justifica por el mayor impacto que la insuficiencia en realizar tal umbral tiene en la capacidad de los individuos para tener experiencias positivas y realizar sus propósitos³⁰. A fin de entender estos puntos de manera más clara, y sus implicaciones, me debo concentrar en el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada: sección 26.1) de la Constitución sudafricana. En relación con este derecho, existen dos intereses centrales para diferenciar grados de urgencia, que los individuos pueden compartir respecto a tener acceso a una vivienda adecuada.

²⁹ Esta es una afirmación sustantiva que debe ser distinguida de la afirmación hecha en la teoría analítica del derecho en el sentido que esta última afirma que la característica de todos los derechos consiste en que ellos protegen intereses. Muchas de las características de mi teoría permiten en efecto hacer referencia a la teoría de los intereses y se encuentran a favor de ella. Un ejemplo de ello sería la atribución de derechos a los niños y a los animales no-humanos. En torno al debate entre las teorías del interés y las teorías de la voluntad de los derechos, cfr. KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998. No pretendo discutir esta cuestión en este libro.

³⁰ SCALON, 1975, resalta la importancia que tiene la noción de urgencia en nuestro razonamiento moral y sugiere un enfoque naturalista y convencionalista dirigido a desarrollar el contenido de esta noción. La explicación contenida en el capítulo I proporciona la base para el desarrollo de un enfoque naturalista al priorizar las características de nuestra vida en función de su importancia relativa para el cumplimiento de las dos fuentes de valor identificadas.

El primero es el interés más urgente de verse libre de amenazas generales a la supervivencia propia. Este interés es de mayor urgencia, dado que la incapacidad para sobrevivir elimina toda posibilidad de realizar las fuentes de valor en la vida de un ser. En lo subsiguiente me referiré a esto como el primer umbral de provisión o contenido mínimo esencial. En este contexto, el umbral apuntará a tener por lo menos un refugio mínimo para protegerse de los elementos de tal manera que la propia salud y la propia capacidad de sobrevivir no se vean comprometidas. La exposición constante al frío podría, por ejemplo, llevar a severos problemas de salud que pueden ser fatales; lo mismo podría decirse de la exposición continua a condiciones de humedad, tales como las experimentadas por la comunidad Grootboom en sus primeras moradas sobre terreno fangoso. Por tanto, tiene sentido identificar un interés «mínimo» en este punto, el cual implica asegurar que los individuos no se vean expuestos a condiciones generales que pongan en peligro su supervivencia³¹. En el contexto de la vivienda, dicha fórmula puede ser configurada de una manera más concreta de tal manera que exija que los individuos puedan tener acceso en todo momento a un alojamiento que ofrezca protección de los elementos, condiciones salubres, y acceso a los servicios básicos tales como el desagüe y el agua potable. Esta especificación más concreta se deriva del intento por entender la relación con la vivienda que sería necesaria a fin de asegurar que el interés mínimo de los individuos sea satisfecho³².

Sin embargo, el interés mínimo que he identificado hasta ahora no está protegido en su totalidad por la sección 26.1). El preámbulo de la Constitución estipula que uno de sus fines es «mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona». Los seres humanos tienen un interés en vivir en un ambiente que no impida su desarrollo y que al mismo tiempo les permita estar en posición de florecer y alcanzar sus metas. No solo importa sobrevivir: necesitamos protección para nuestros intereses en las condiciones generales que son necesarias para la concretización de una amplia gama de propósitos³³. Al especificar el interés humano en la vivienda,

³¹ Esta formulación es conforme y da contenido al enfoque de SEN y NUSSBAUM, 1993: 41, quien argumenta sobre «satisfacer ciertas funcionalidades crucialmente importantes hasta ciertos niveles mínimamente adecuados».

³² STEINBERG, 2006: 271, malinterpreta claramente la base normativa de mi enfoque respecto a los derechos socioeconómicos cuando ella afirma que el contenido del derecho tal y como ha sido descrito líneas arriba se deriva de un «cálculo utilitarista de bien social».

³³ En *City of Johannesburg vs. Rand Properties* (Caso 04/10330, la Corte Superior de Sudáfrica, hasta ahora no publicada), Jadhay J. expresó su concepción respecto a este segundo umbral de la siguiente manera en la p. [49]: «vivienda adecuada implica más que solo cuatro paredes en un habitación y un techo sobre las cabezas. La vivienda esencial para una vida normal y saludable. Ella satisface profundas necesidades psicológicas respecto a la privacidad y espacio personal: necesidades físicas sobre seguridad y protección de las inclemencias del clima; y necesidades sociales respecto a puntos de socialización donde se forjen y se nutran importantes relaciones. En muchas sociedades, una casa también tiene una función importante como centro económico en el cual se desarrollan actividades económicas esenciales».

la Corte Suprema de la India en el caso *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame*³⁴ afirmó que los seres humanos requieren «alojamiento adecuado que les permita crecer en todos sus aspectos —físico, moral e intelectual—». Esto, a su vez, implicaría proporcionar una forma de vivienda mucho más extensiva que la que es requerida por el interés mínimo³⁵. Tal estándar elevado de vivienda podría satisfacer, por ejemplo, todos los requerimientos de adecuación identificados por el Comité de las Naciones Unidas en la Observación General núm. 4³⁶. Me referiré a este umbral como el segundo umbral de provisión.

Es obvio que el interés más extensivo incluye el contenido mínimo esencial. Existen tres razones, sin embargo, para explicar por qué es importante distinguir los dos intereses y las obligaciones consecuentes que manan de reconocer que cada uno merece protección. Primero, nos permite entender que no hay solo un umbral con base en el cual se puede medir las mejoras en la vida de las personas. Solo reconocer el interés máximo sugeriría que, a no ser que sea satisfecho, las vidas de las personas no han mejorado significativamente. El hecho de que exista un interés mínimo nos permite entender que las vidas de las personas pueden ser mejoradas mediante la provisión de viviendas a pesar de que no se llegue a realizar el máximo interés en vivienda³⁷. El elemento central en la política gubernamental de vivienda en el caso *Grootboom* puede ser entendido que ha fallado en reconocer el interés mínimo en vivienda, y que tuvo obligaciones bajo la sección 26 para proteger este interés.

Segundo, la distinción nos permite reconocer que hay diferencias entre los dos intereses, y que el interés mínimo tiene una urgencia y debe ser priorizado de manera tal que el interés máximo no lo sea. El interés mínimo refleja el aspecto en el cual las personas son más vulnerables, y más necesitadas. Es el aspecto a partir del cual sus propias vidas se encuentran amenazadas, cuya negación quitaría completamente cualquier fuente de valor en sus vidas. Mientras que la realización del segundo interés máximo es un medio hacia una meta a largo plazo, la urgencia del primer interés justifica fuertemente reconocer una obligación incondicional de realizarlo como una cuestión de prioridad³⁸.

³⁴ AIR 1990 SC 630, p. [9].

³⁵ Al fallar en plantear la distinción entre los intereses mínimos y máximos, la Corte Suprema de la India confundió la cuestión de considerar sus afirmaciones referidas al interés más extensivo en vivienda como una expresión de las necesidades básicas de un ser humano.

³⁶ En la p. [8]. Estos incluyen seguridad posesoria, disponibilidad de servicios e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, locación, idoneidad cultural.

³⁷ Se puede argumentar que la Corte en el caso *Grootboom* (nota 12, *supra*, p. [52]) reconoció este interés mínimo cuando sostiene que la «necesidad inmediata de las personas puede ser satisfecha al solucionar la escasez de viviendas satisfaciendo los estándares de durabilidad, habitabilidad y estabilidad abarcados por la definición de desarrollo de vivienda en la Ley».

³⁸ Discutiré la noción de prioridad más adelante en este capítulo.

Finalmente, el segundo interés generalmente falla en ser protegido si el primer interés no lo es. En otras palabras, no se puede afirmar que se desea que todos deberían tener una casa completamente adecuada para su florecimiento, sin proteger sus intereses a corto plazo. Algunas personas morirán en el ínterin y, por tanto, su derecho a una vivienda adecuada devendrá esencialmente en irrelevante. Otros serán incapaces de florecer en la vivienda que eventualmente reciban, dado que las discapacidades (tales como enfermedades) que ellos experimentan como resultado de no haber podido satisfacer previamente sus necesidades mínimas. Por tanto, no puede tener sentido reconocer una obligación a satisfacer el segundo interés, sin imponer una obligación de satisfacer el primer interés³⁹. El distinguir estos dos intereses nos permite tomar consciencia de este hecho.

El enfoque sobre el contenido mínimo esencial puede ser, por tanto, entendido como una derivación de este fundamento normativo de los derechos fundamentales. Obligaciones mínimas esenciales son aquellas obligaciones que satisfacen los «niveles esenciales mínimos de un derecho». El Comité de las Naciones Unidas falla claramente en especificar cuáles son estos niveles, que están contenidos en este umbral. A través de una teoría de intereses mínimos que son de urgencia particular en la vida humana, es posible entender la importancia de imponer una obligación mínima esencial para la realización de tales intereses.

Esta teoría implica que la idea de un aspecto básico en un derecho no es una idea nueva aplicable solamente al campo de la interpretación jurídica de los derechos socioeconómicos. Hay buenas razones para que tal noción sea tomada en cuenta cuando este en juego con cualquier interés protegido por un derecho que difiera en su grado de importancia para los seres humanos. Por tanto, por ejemplo, es argumentable que la Constitución sudafricana ha reconocido que existe un aspecto básico en el derecho a la privacidad.

En el caso *Bernstein vs. Bester*⁴⁰, Ackermann J. consideró que el motivo que subyace al derecho a la privacidad es un intento de determinar el alcance del derecho. Él afirmó que «la privacidad es reconocida en el propio ámbito personal, pero dado que una persona se mueve dentro de relaciones en su comunidad y realiza actividades tales como negocios e interacciones sociales, el alcance del espacio personal se reduce proporcionalmente»⁴¹. Su análisis en torno a la legislación alemana respecto a esta cuestión le llevó a concluir que en Alemania «se otorga un alto nivel de protección a la esfera íntima de vida individual y al mantenimiento de sus precondiciones básicas, así como que hay una esfera de libertad humana intocable que está más allá de la interferencia de la autoridad pública. Es este sentido, respecto a este

³⁹ Esa es la idea importante que subyace al enfoque original de definir el contenido mínimo esencial desarrollado líneas arriba y que es defendido por ANDREASSEN *et al.*, 1987, 1992.

⁴⁰ 1996 (2) SA 751 (CC).

⁴¹ *Ibid.*, p. [67].

núcleo básico de privacidad, ningún tipo de limitación se encuentra justificada»⁴². Ackermann J. aprobó un enfoque similar para Sudáfrica, el cual considera que el derecho a la privacidad se encuentra fundamentalmente relacionado con los aspectos más personales de la existencia de las personas.

En el caso *Investigating Directorate: Serious Economic Offences vs. Hyundai Motor Corporation*⁴³, Langa D.P. sostuvo que «Ackermann J. caracteriza el derecho a la privacidad como extendido a lo largo de un espacio continuo, donde cuanto más se relacione una persona con el mundo, mayor será el grado de atenuación del derecho a la privacidad»⁴⁴. El juez se esforzó en señalar, sin embargo, que el derecho a la privacidad se aplica «más allá de este contenido mínimo esencial de intimidad... en las capacidades sociales en las cuales actuamos»⁴⁵. Aquí es evidente que, en el contexto del derecho civil, la Corte adopta un enfoque que reconoce la existencia de un interés básico protegido por el derecho a la privacidad. El derecho se aplica más allá de este «núcleo íntimo», pero existe un área central y mucho más importante en la cual el derecho a la privacidad puede ser siempre aplicado y en la cual raramente puede ser afectado.

Por tanto, la idea de un aspecto básico en un derecho no es necesariamente una idea nueva que sea solamente aplicable en el campo de la interpretación jurídica de derechos socioeconómicos —la Corte Constitucional ha hecho uso de una noción similar en otro contexto— ni tampoco la idea de un contenido mínimo esencial solo es aplicable a nivel del derecho internacional⁴⁶. Hay una buena razón para que tal noción sea reconocida en todo lugar donde existan intereses protegidos por un derecho que difiera en su grado de importancia para los seres humanos. El concepto que ha venido siendo desarrollado inicialmente en relación con los derechos socioeconómicos como resultado del hecho de que en este contexto aparece como evidente que existen intereses que pueden ser clasificados como poseedores de mayor urgencia que deben ser realizados como una cuestión de prioridad de manera que los individuos puedan verse libres de amenazas para su supervivencia.

⁴² *Ibid.*, p. [77].

⁴³ 2001 (1) SA 545 (CC).

⁴⁴ *Ibid.*, p. [15].

⁴⁵ *Ibid.*, p. [16].

⁴⁶ MCLEAN, 2006, sostiene que las diferencias entre las funciones del Comité al nivel de las Naciones Unidas y de una Corte Constitucional en un nivel doméstico, puede dotar al contenido mínimo esencial de una mayor relevancia a nivel internacional. No encuentro convincente este argumento debido a las razones que he venido exponiendo y porque lo veo como una obligación pasible de ser realizada como una cuestión de prioridad dentro de los Estados antes que como un «fin puramente aspiracional». El construir a los derechos socioeconómicos como metas aspiracionales es usualmente lo que los lleva a no ser tomados en serio y ser considerados como nociones idealistas con poca relevancia para la política.

3.4. Una interpretación alternativa de la sección 26.1)

Quiero demostrar ahora cómo es que el enfoque del contenido mínimo esencial puede proporcionar la base para una interpretación coherente y plausible de la sección 26 de la Constitución sudafricana y, en particular, abordar la difícil cuestión concerniente a la relación de la sección 26.1) y 2). La primera frase importante en la sección 26.1) es la exigencia que cada persona tenga «acceso» a una vivienda «adecuada». La palabra «acceso» es importante para denotar protección en favor del interés mínimo en vivienda dado que sugiere que las personas siempre puedan tener la posibilidad de acceder a algún lugar para vivir. «Acceso» a una vivienda adecuada, por tanto, no implica necesariamente la propiedad de una vivienda, sino que aquellos en necesidad apremiante sean capaces de tener acceso a un refugio que les proteja de los elementos y concretice sus otros intereses mínimos.

¿Qué significa entonces el término «adecuado»? Yacoob J. dice muy poco respecto a qué constituye una vivienda «adecuada» en el caso *Grootboom*. Sostiene que la sección 26 exige que se satisfagan las siguientes condiciones: «deben existir terrenos, deben existir servicios, y deben existir moradas»⁴⁷. Sin embargo, falla en especificar cuál era el nivel de provisión de estos bienes que cumpliría con las exigencias del derecho. ¿Cuán grande debía ser el espacio de terreno? ¿Cuán grande debía ser la morada? ¿Debía ser a prueba de agua? ¿Debía ser una casa de dos habitaciones construida de ladrillos y argamasa? Muchas otras preguntas fueron dejadas abiertas respecto a lo que significaba la palabra «adecuado».

Se ha afirmado que la noción de adecuación añade una dimensión cualitativa a los derechos de acceso a las viviendas⁴⁸. La cuestión que surge se refiere a cómo ha de entenderse esta dimensión. Un punto importante a tener en cuenta consiste en que la adecuación es parcialmente una noción relacional: se necesita un entendimiento de los intereses que están en juego a fin de determinar si un nivel particular de provisión es adecuado o no. En relación con un interés que sea libre de amenazas generales a la supervivencia, una tienda o una choza de lata pueden ser «adecuadas». Sin embargo, en relación con un interés en verse provisto con las condiciones generales necesarias para realizar los propósitos propios, las mismas son inadecuadas⁴⁹.

⁴⁷ *Grootboom*, nota 12 arriba, p. [35].

⁴⁸ LIEBENBERG, 1996: pp. 41-39.

⁴⁹ La concepción de florecimiento que tienen las personas, y sus decisiones correspondientes, jugará un rol importante en la determinación de lo que ellos consideren que es completamente «adecuado». Sin embargo, en la medida en que esto requiere de una provisión que vaya más allá del umbral del «interés mínimo» que he definido, los individuos, y no el Estado, serán responsables de asegurar que sus propios estándares de adecuación hayan sido satisfechos con base en las razones discutidas en el capítulo II.

Por tanto, la adecuación es un concepto que admite varios grados. Puede ser entendido como un concepto que abarca una escala que va desde la provisión de necesidades mínimas hasta la provisión de un ambiente en el cual los seres humanos tienen las condiciones generales para realizar sus metas y florecimiento.

Existe una segunda escala en función de la cual se puede medir la adecuación. Existen ciertos requerimientos que las personas tienen en todas las sociedades si quieren sobrevivir y no verse sujetas a serias enfermedades, de tal suerte que el alojamiento adecuado debe por lo menos satisfacer estas exigencias universales. Sin embargo, existen también exigencias que las personas tienen y que son relativas a la cultura en particular o a la sociedad en la cual ellas viven. El Comité de las Naciones Unidas ha reconocido en su Observación General 4 que una de las exigencias de la vivienda adecuada consiste en que sea «culturalmente adecuada»⁵⁰. El nivel de desarrollo de una sociedad también determinará qué es lo que constituye una vivienda adecuada. Por tanto, una vivienda completamente adecuada será aquella que sea «adecuada conforme al nivel de desarrollo económico que tenga la sociedad»⁵¹.

Adam Smith resalta que existe muchos recursos que no son, estrictamente hablando, necesarios a fin de vivir; pero que son requeridos para vivir una vida de dignidad dentro de la propia comunidad. Los famosos ejemplos que da son los de una camisa de lino y zapatos de cuero, los cuales «la persona más pobre de cualquier sexo se sentiría avergonzado de no tener puestos»⁵². De manera similar, Amartya Sen⁵³ resalta que, «para llevar una vida sin vergüenzas, para ser capaz de visitar y entretener a los amigos... se necesita de un conjunto de bienes y servicios en una sociedad que es generalmente más rica y en la cual la mayoría de personas tiene, digamos, medios de transporte, abundante vestido, equipos de radio o televisión». La gama va desde la satisfacción de las necesidades absolutas e invariables, hasta la satisfacción de necesidades que están socialmente determinadas y que son centrales para vivir una vida digna dentro de una sociedad particular.

Por tanto, la palabra «idóneo» puede ser juzgada en relación con tres estándares: si un individuo es capaz de satisfacer sus intereses de supervivencia; si los individuos tienen acceso a las condiciones generales necesarias en todas las sociedades para realizar un amplio rango de propósitos; y si ellos tienen acceso a las condiciones generales en su sociedad particular para realizar un amplio rango de propósitos. Existe una estrecha relación entre el segundo y tercer estándar que he identificado. Si el rango de necesidades culturalmente variable no es

⁵⁰ P. [8].

⁵¹ FABRE, 2000: 124.

⁵² Citado en SEN, 1981: 18. Obviamente, sus ejemplos hacían referencia a la sociedad particular y al tiempo en el cual vivió.

⁵³ SEN, 1987: 18.

satisfecho, ellos podrían impedir la capacidad de las personas de realizar sus propósitos dentro de una sociedad en particular. Dado que las personas viven dentro de sociedades, es probable que ellas sean incapaces de vivir bien, alcanzando sus metas y teniendo experiencias positivas si ellos son forzados a vivir bajo los estándares que han sido considerados como aceptables por dichas comunidades. Por tanto, para fines de simplificación, es posible definir un «interés máximo» de los individuos en tener acceso a condiciones generales que son necesarias para el cumplimiento de una amplia gama de propósitos dentro de una sociedad particular.

3.5. La sección 26.2) y la noción de realización progresiva

La concepción de los dos estándares que he propuesto líneas arriba, los cuales sirven para juzgar la adecuación, es de gran relevancia al momento de interpretar la noción de «realización progresiva» en la sección 26.2). Dicha sección requiere que el Estado adopte medidas razonables a fin de alcanzar la «realización progresiva» del derecho a tener acceso a vivienda adecuada. Es importante reconocer que existe una ambigüedad fundamental en la noción de «realización progresiva». Una forma de entender esta noción podría consistir en que ella impone una obligación a cargo del gobierno para hacer accesible la vivienda a la mayor cantidad de personas a lo largo del tiempo. La realización progresiva, por tanto, implica simplemente que más personas tengan acceso a viviendas a lo largo del tiempo.

Existen muchos problemas con esta interpretación. Primero, el derecho en la sección 26.1) que ha de ser realizado progresivamente reviste inmediatamente a cada persona. El fallar en ofrecer alivio temporal a la difícil situación de los indigentes tendrá como consecuencia que algunos de ellos nunca sean capaces de disfrutar una «realización completa» de su derecho (dado que algunas personas se verán abatidas por las inclemencias del clima). Para estas personas, el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada sería efectivamente negado.

Segundo, esta interpretación es incapaz de capturar el punto central de que algunos se encuentran en una mayor desventaja que otros en la sociedad sudafricana. Consideremos una situación en la cual el gobierno enfocó su programa de vivienda en aquellos que no podían permitirse reembolsar préstamos que solicitaron con el fin de construir sus casas⁵⁴. Parece que tal programa constituiría una realización progresiva, en lo concerniente a la primera interpretación, aunque ella ignore completamente a aquellos que están en situación de privación

⁵⁴ En relación con la reforma de tierras, el gobierno ha reasignado recursos destinados a los trabajadores rurales más pobres a otros que se encuentran relativamente en mejor posición. Roux, 2002 sostiene que la decisión del caso *Grootboom* es deficiente en el sentido de que no proporcionaría un remedio para los sectores más desfavorecidos en tales casos.

más grave —aquellos que no pueden reembolsar sus préstamos—. Tal caso demostraría el fallo en reconocer la prioridad que algunos intereses tienen por sobre otros.

Una interpretación alternativa, sin embargo, existe, y encaja muy bien con la sección 26.1). Ella implica una concepción de la noción de «realización progresiva» para abarcar dos componentes: el primer componente es una obligación a cargo del Estado de tomar las medidas adecuadas para desarrollar la idoneidad de las viviendas de acuerdo con los estándares que he desarrollado. En otras palabras, la realización progresiva equivale al movimiento desde la realización del interés mínimo en vivienda hasta la realización del interés máximo. La realización progresiva implica un mejoramiento en la idoneidad de las viviendas para satisfacer los intereses humanos. Esto no significa que algunos reciban una casa ahora, y que otros la reciban luego; por el contrario, significa que cada uno está facultado para tener acceso a la provisión de vivienda básica como una cuestión de prioridad, lo cual constituye una obligación del gobierno en mejorar gradualmente dicha situación con el tiempo. Tal interpretación da buena cuenta de la idea que los derechos socioeconómicos consagrados en la Constitución tienen una dimensión aspiracional pero, como otros derechos, proporciona fuertes protecciones para ciertos intereses urgentes⁵⁵.

A la luz de esta interpretación, emprenderé ahora un análisis respecto de lo que Yacoob J. tiene que decir en el caso *Grootboom* sobre la realización progresiva. Primero, Yacoob J. afirmó que los creadores de la Constitución «consideraron que el derecho no podía ser realizado inmediatamente»⁵⁶. Sin embargo, lo que fue considerado, desde mi punto de vista, fue que la «completa realización» del derecho no podía ser alcanzada inmediatamente, así como el hecho de que no podía alcanzarse su realización *parcial* dentro de un espacio corto de tiempo.

Segundo, Yacoob J. afirma que «el fin último de la Constitución consiste en que las necesidades básicas de todos en nuestra sociedad sean satisfechas efectivamente y la exigencia de la realización progresiva significa que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para alcanzar dicha meta»⁵⁷. Una lectura natural de esta afirmación sugiere que Yacoob J. se equivoca respecto a qué es lo que constituye el propósito principal de incluir los derechos socioeconómicos en la Constitución. No es el fin último de la Constitución que solo las necesidades mínimas de las personas sean satisfechas⁵⁸. La meta de la Constitución es más elevada que esto, consiste en reconocer un interés humano

⁵⁵ La siguiente discusión clarificará la naturaleza de la protección ofrecida por tales derechos.

⁵⁶ *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [45].

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Dado que Yacoob J. no expresa claramente lo que él considera es una necesidad básica, es posible que él tenga una concepción más extensa que cubra todos los umbrales que he definido. Tal punto de vista no sería objeto de la crítica que he desarrollado líneas arriba.

más amplio en vivienda que provea a las personas con las condiciones generales factibilizadoras para poder alcanzar una amplia variedad de propósitos. En efecto, la sección 26 está enunciada de tal forma que exige la provisión de «vivienda adecuada» y no meramente «vivienda básica». Es respecto a este interés máximo que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que cada persona en el futuro reciba una vivienda que satisfaga los máximos estándares de «idoneidad».

Finalmente, Yacoob J. se manifiesta aprobatoriamente en su razonamiento sobre la forma en la cual la «realización progresiva» es entendida por el Comité de las Naciones Unidas. El Comité afirma que la noción de «realización progresiva» impone «una obligación de avanzar tan expeditivamente y efectivamente como sea posible» hacia la realización completa del derecho, y a renunciar a aquellas medidas que deliberadamente retrasen este proceso⁵⁹. Yacoob J. afirmó que el significado de la frase en la Constitución es consistente con esta interpretación.

Sin embargo, la interpretación del Comité a esta frase, desde mi punto de vista, no puede estar divorciada de su interpretación de la Convención de incluir una obligación mínima esencial en el sentido de satisfacer los niveles esenciales mínimos de estos derechos. Por tanto, desde su punto de vista, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias dirigidas a la completa realización del derecho, pero al mismo tiempo se encuentra bajo una obligación de asegurar que cada persona tenga garantizados los niveles esenciales de provisión requeridos por el contenido mínimo esencial. Estas dos obligaciones se encuentran fundamentalmente entrelazadas en la interpretación dada por el Comité. Yacoob J. busca separar un elemento del otro. He argumentado en contra de la coherencia y deseabilidad de esta interpretación de «realización progresiva», así como he buscado mostrar cómo tal interpretación debilita significativamente la protección que los derechos socioeconómicos proporcionan a los individuos.

3.6. La relación entre el contenido mínimo esencial y las obligaciones de respetar, proteger y efectivizar

¿Cuál es la relación entre el concepto del contenido mínimo esencial y el marco concreto de las obligaciones a respetar, proteger y efectivizar que el Comité ha reconocido que surgen de los derechos socioeconómicos? El derecho condicional en el primer umbral implicaría garantizar a los individuos las condiciones generales para verse libres de amenazas a su supervivencia. Esta concepción del contenido mínimo daría lugar a las siguientes obligaciones: la sociedad deberá abstenerse de interferir con el disfrute de dichas condiciones por parte de

⁵⁹ Cfr. Observación General 3, p. [3].

los individuos (respeto); evitar que terceras partes pongan en peligro el disfrute de estas condiciones por parte de los individuos (proteger); y coadyuvar a que los individuos obtengan acceso a aquellas condiciones a las cuales actualmente no tienen acceso (efectivizar). El centro de la discusión en este libro estará referido a estas últimas obligaciones, dado que respecto a estas obligaciones positivas no existe claridad sobre qué es lo que se exige al gobierno.

Sin embargo, algunos autores han sugerido que las obligaciones negativas impuestas por los derechos socioeconómicos, incluso en relación con el segundo nivel de provisión, deberían ser siempre reconocidas como parte integrante de las obligaciones mínimas esenciales a cargo de un gobierno. Por ejemplo, Chapman y Russell lo plantean como sigue: «dado que la obligación de respetar es fundamental y aparentemente no implica coste alguno, es un paso rápido hacia la incorporación de las obligaciones de respeto a la categoría de las obligaciones mínimas del Estado»⁶⁰. Esta afirmación, a mi parecer, representa una confusión de consideraciones distintas y, nuevamente, pone de manifiesto por qué es importante tener una concepción clara de los fundamentos normativos de los derechos socioeconómicos.

Primero, no existe razón alguna relativa a los intereses fundamentales de los individuos para priorizar los deberes negativos por sobre los deberes positivos. Ambos deberes surgen de un deber más general y abstracto referido a garantizar a los individuos los umbrales que he identificado. Uno de los deberes no es más «fundamental» que el siguiente. Una vez se haya entendido esto, los deberes negativos que no están relacionados con el primer umbral no deberían ser asignados al «contenido mínimo esencial», cuya justificación radica en ser de mayor urgencia que el segundo umbral.

Segundo, el otorgar mayor prioridad normativa a las obligaciones negativas puede tener consecuencias prácticas injustificadas. En ese sentido, por ejemplo, un gobierno puede decidir implementar un programa que realice el primer umbral de provisión para todos, pero que implique las personas vean afectado su disfrute de un nivel mayor de provisión socioeconómica. El asignar obligaciones negativas al contenido mínimo esencial significaría que tal programa sería *prima facie* inadmisibles; sin embargo, a veces, el otorgar prioridad a los intereses de los menos favorecidos podría implicar una afectación al disfrute de niveles más elevados de bienes socioeconómicos correspondientes a los más favorecidos. Tal interferencia no debería verse impedida por una afirmación injustificada respecto a que los deberes negativos tienen una prioridad mayor por sobre los deberes positivos⁶¹.

⁶⁰ CHAPMAN y RUSSELL (eds.), 2002: 11.

⁶¹ Es importante cualificar esta afirmación reconociendo que la afectación al segundo umbral serán generalmente indeseable y posee un impacto negativo en la estabilidad social. También sería contraproducente para un Estado incrementar sus problemas rebajando a

Quizás sea más ilustrativo recurrir a un ejemplo tomado de la vida real similar a tal situación como es el caso *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association*⁶². En este caso, el gobierno había intentado proporcionar vivienda temporal en terrenos pertenecientes al Estado a individuos que habían perdido sus casas a consecuencia de una inundación. Propietarios de casas vecinas al área concedida objetaron que el gobierno no les había consultado respecto a su plan de reubicación. Ellos también objetaban que el plan del gobierno violaría algunos de sus derechos al medio ambiente saludable y afectaría sus derechos de propiedad en el sentido de que sus propiedades reducirían su valor, así como que el carácter residencial de su vecindad cambiaría. La Corte Constitucional determinó que el gobierno había actuado buscando cumplir con sus obligaciones constitucionales referidas a proveer alivio temporal a aquellos que se encontraban en una necesidad desesperada y había actuado, por tanto, de manera legal. Efectivamente, la Corte sostuvo que la acción positiva llevada a cabo por el gobierno respecto a proporcionar viviendas temporales a los individuos se impuso a los intereses de los propietarios respecto a evitar que su propiedad y otros intereses se vean afectados⁶³.

Finalmente, la diferencia entre los deberes negativos y positivos radica ampliamente en el hecho de que los deberes negativos pueden ser traducidos más fácilmente en obligaciones incondicionales sin que asumir muchas de las consideraciones normativas compensatorias que surgen al momento de traducir deberes positivos en obligaciones incondicionales. Por tanto, en la medida en que los deberes negativos sean «libres de coste», ellos no plantean las cuestiones de la escasez y sacrificio que están en conexión con los deberes positivos. Esto no significa que uno tenga mayor relevancia normativa que otro y, consecuentemente, los deberes negativos no deben ser asignados automáticamente al contenido mínimo esencial.

Esta sección ha buscado, por tanto, demostrar dos puntos importantes. Primero, la filosofía política que he desarrollado respalda una variante del enfoque sobre el «contenido mínimo esencial» sobre los derechos constitucionales en la doctrina jurídica. Segundo, el enfoque del contenido mínimo esencial es capaz de proporcionar una interpretación viable y atractiva de los derechos socioeconómicos tales como aquellos contenidos en la Constitución sudafricana. Sin embargo, existe un número de objeciones que han sido planteadas en contra de

más personas hasta el primer umbral. Sin embargo, pueden existir ocasiones donde tal afectación esté justificada.

⁶² 2001 (3) SA 1151 (CC).

⁶³ La efectividad de los derechos socioeconómicos puede, a veces, entrar en conflicto con los derechos de propiedad preexistentes, los cuales imponen generalmente obligaciones de no interferencia. Sostengo más adelante en este capítulo que los derechos de propiedad tienen la misma base normativa que los derechos socioeconómicos, y, por tanto, no tienen automáticamente prioridad por sobre tales derechos tal y como lo defienden, por ejemplo, los libertaristas.

adoptar el enfoque sobre el «contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos». Al responder a estas objeciones, espero desarrollar dicho enfoque y clarificar sus implicaciones.

4. OBJECIONES AL ENFOQUE SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL

4.1. Estándares generales y el contenido mínimo esencial

La Corte Constitucional ha planteado, tanto en el caso *Grootboom* como en el caso *TAC*, numerosas objeciones en contra del enfoque del contenido mínimo esencial y se ha esforzado en distanciarse de este enfoque⁶⁴. En el caso *Grootboom*, la afirmación central de Yacoob J. consistió en que a fin de determinar en qué consistía el contenido mínimo esencial, se debía identificar primero las necesidades y las oportunidades para el disfrute del derecho⁶⁵. Como resultado de esto, él identificó tres problemas que surgen en la determinación del contenido de una obligación mínima esencial: primero, una Corte necesita información suficiente sobre estas necesidades y oportunidades para determinar cuál debería ser el contenido mínimo esencial. El Comité de las Naciones Unidas responsable de monitorear el Pacto Internacional obtuvo información suficiente después de examinar los informes proporcionados por los Estados a lo largo de los años. Yacoob J. afirmó, sin embargo, que la Corte Constitucional carecía de información comparable y, por tanto, no podía determinar el contenido mínimo esencial. Segundo, las necesidades en el contexto del derecho al acceso a una vivienda adecuada son diversas. Esto hace difícil fijar una definición precisa para el contenido mínimo esencial. Finalmente, surgen dificultades respecto a si el contenido mínimo esencial debería ser definido de manera genérica o debería serlo tomando en cuenta grupos específicos de personas, ya que esto menoscaba la propia existencia de una noción de contenido mínimo esencial particular⁶⁶.

La presentación de estos argumentos no es particularmente clara en la decisión de la Corte y he tratado de delinearlos en la mejor manera posible. En mi opinión, estos argumentos evidencian una confusión respecto a la naturaleza de la obligación mínima esencial, la cual surge de fallar en trazar una importante distinción. Esta es la dis-

⁶⁴ La actitud de la Corte hacia este enfoque es incompatible con aquella expresada por la mayoría de autores académicos, quienes han escrito sobre los derechos socioeconómicos contenidos en la Constitución sudafricana, los mismos que han respaldado el reconocimiento de obligaciones mínimas esenciales. Algunos, sin embargo, han analizado seriamente las exigencias de este enfoque en detalle. Cfr. SCOTT y MAKLEM, 1992: p. 77; DE VOS, 1997; VAN BUEREN, 1999; SCOTT y ALSTON, 2000; ROUX, 2002; LIEBENBERG, 2003 y 2005a, y PIETERSE, 2004; los oponentes del enfoque incluyen a DE WET, 1996, WESSON, 2004, y STEINBERG 2006.

⁶⁵ *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [12].

⁶⁶ Estos argumentos se encuentran plasmados en las páginas [32] y [33] de la decisión.

tinción entre el estándar universal invariable que debe ser cumplido para que una obligación sea satisfecha, y los numerosos métodos particulares que pueden ser adoptados para satisfacer este estándar y con ello cumplir con una obligación constitucional. En general, los tribunales buscan identificar principios generales y reglas que especifiquen las obligaciones de un gobierno o de los individuos, que se apliquen más allá de los hechos propios a los casos particulares. Este es un rol crucial de la Corte Constitucional en particular ⁶⁷ el cual, como máximo intérprete de la Constitución ⁶⁸, es responsable de proyectarse por sobre la naturaleza de las obligaciones impuestas por los derechos constitucionales.

Consideremos, por ejemplo, el derecho al voto ⁶⁹. En el caso *August vs. Electoral Commission* ⁷⁰, Sach J. sostuvo que «el derecho a votar impone por su propia naturaleza obligaciones positivas al legislativo y al ejecutivo. Se ha de promulgar una fecha para la realización de las elecciones, se ha de asegurar la confidencialidad de las balotas de votación y se debe disponer de la maquinaria necesaria para llevar a cabo el proceso» ⁷¹. En este enunciado, Sachs J. explica los estándares generales que la conducta del Estado debe satisfacer a fin de cumplir con sus obligaciones en términos del derecho a voto. Existen diversas maneras de cumplir con estas obligaciones: el Estado podría, por ejemplo, decidir manejar las balotas de votación mediante un sistema computarizado seguro, o, alternativamente, emplear las tradicionales urnas de votación. Cualquiera que sea el tipo de método que sea adoptado, sin embargo, deberá satisfacer el estándar necesario para asegurar la confidencialidad de la balota de votación ⁷².

La función de una Corte en relación con los derechos socioeconómicos puede ser entendida de una manera similar. El derecho es configurado en un nivel abstracto. Al dar contenido al derecho, una Corte se embarca en el proceso de especificar principios generales que definen las obligaciones impuestas al Estado por parte del derecho. El reconocer el rol de una Corte constitucional en la determinación de los principios generales nos permite ver cómo tales Cortes pueden determinar el contenido de una obligación mínima esencial. El rol de la

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, ALEXV, 2002: p. 86.

⁶⁸ Cfr. sección 167.3 de la Constitución.

⁶⁹ Sección 19.3 de la Constitución.

⁷⁰ 1999 (3) SA 1 (CC).

⁷¹ *Ibid.*, p. [16].

⁷² La Corte ha dado, en muchos casos, contenido a los derechos al nivel de los principios generales. La acción gubernamental en estas circunstancias particulares de cada caso es valorada en función de este estándar. Cfr., por ejemplo, *Dawood vs. Minister of Home Affairs* 2000(8) BCLR 837 (CC), en el cual el derecho a la dignidad fue planteado para proteger la capacidad de las personas para formar relaciones maritales y para honrar las obligaciones que ellas asuman el uno con el otro en términos de tales relaciones. Al dar contenido al derecho a la igualdad, la Corte también diseñó un test detallado que incorpora varios principios, en función de los cuales se tienen que valorar las acciones particulares: Cfr. *Harksen vs. Lane* NO 1998 (1) SA 300 (CC).

Corte en este contexto consistirá en determinar estándares generales que constituyan la obligación mínima esencial a cargo del Estado.

Un ejemplo de tal estándar sería que la Corte afirme que cada persona en Sudáfrica debe tener acceso a una vivienda que garantice, por lo menos, protección ante las inclemencias del clima en condiciones sanitarias y con acceso a servicios básicos, tales como baños y agua potable. Como es evidente, el estándar incorpora el deber de proteger el interés mínimo que los individuos tienen en la vivienda. La configuración de estos estándares generales, sin embargo, sigue planteando preguntas relevantes relacionadas a las medidas que serán adoptadas para realizarlos en los casos particulares: la protección ante las inclemencias del clima implica la provisión de tiendas o la provisión de láminas de acero corrugado galvanizado para que las personas puedan construir sus propias chozas. La Constitución permite al legislativo y al ejecutivo algunos márgenes para decidir exactamente qué medidas han de ser adoptadas para realizar el derecho. La razonabilidad de las medidas debe ser valorada en función de los principios generales que la Corte entienda como decisivos en la determinación del contenido del derecho.

Una obligación mínima esencial debe ser entendida a la luz de la distinción que he planteado. Ella no viene a ser un medio en particular mediante el cual los derechos socioeconómicos han de ser realizados; por el contrario, representa el estándar de la provisión socioeconómica necesaria para satisfacer los intereses mínimos de las personas.

Las objeciones a los argumentos de Yacoob J. ahora devienen en evidentes. Primero, para poder especificar el estándar que el gobierno debe alcanzar a fin de cumplir con sus obligaciones, no es necesario que la Corte tenga acceso a amplias fuentes de información como las que tiene a su disposición el Comité de las Naciones Unidas. Tal información puede ser necesaria para decidir respecto a acciones particulares que el Estado debe cumplir en circunstancias particulares. Sin embargo, no es imprescindible para que podamos entender cuáles son los intereses mínimos de las personas. La comunidad en el caso *Grootboom* estaba bastante segura de este punto: lo que ellos querían era ser protegidos ante las inclemencias del clima, y contar con un ambiente que no sea perjudicial para su salud. Pocas personas tendrían dificultades para especificar la naturaleza de sus intereses mínimos y Yacoob J. exagera la problemática cuando él describe esta cuestión como si en verdad representase una enorme complejidad⁷³. Por tanto, no serían necesarias amplias fuentes de información para determinar el contenido mínimo esencial de la manera en que lo he sugerido.

⁷³ Pueden existir, en efecto, algunas dificultades teóricas al analizar el concepto de necesidad, pero hay algunos estándares generales medianamente claros que compartimos cuando juzgamos aquello que constituyen estándares de necesidad mínima, algo que he intentado hacer en este libro.

Segundo, es claro que el contenido mínimo esencial de un derecho, en la concepción que he defendido, no ha de ser definido haciendo referencia a grupos específicos, sino a una noción general aplicable a toda la especie humana. Yacoob J. se equivoca cuando afirma que «una obligación mínima esencial se determina por lo general tomando en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables que son titulares de la protección del derecho en cuestión»⁷⁴. De hecho, el contenido mínimo esencial debe ser especificado en relación con los intereses mínimos que todos compartimos. Son los que se encuentran en situación vulnerable quienes son menos capaces de satisfacer estos intereses por sí mismo y, por tanto, requieren de ayuda por parte del Estado.

Este último punto también ofrece la base para una respuesta a la afirmación de Yacoob J. respecto a que las necesidades en el contexto de la sección 26 son diversas y que este hecho plantea dificultades al momento de definir el contenido mínimo esencial. El hecho de que algunos necesiten tener acceso a terrenos, algunos requerirán terrenos y casas, y que otros necesiten asistencia financiera no es relevante para la determinación del contenido mínimo esencial. Cada uno está facultado con el mismo nivel de provisión; las diversas necesidades que tienen las personas determinarán en qué forma se verá requerido el gobierno por la Constitución, si acaso, en prestarles asistencia. Especifiquemos el contenido mínimo esencial impuesto por la sección 26 en el sentido de exigir que el gobierno asegure que cada persona en Sudáfrica sea capaz de tener acceso a un refugio que sea suficiente para protegerle de las inclemencias del clima⁷⁵. Es entonces claro que aquellos quienes tienen esos refugios no tienen fundamento alguno para exigir recibirlos por parte del gobierno. Aquellos quienes tienen terrenos, pero no refugios, podrían exigir materiales para construirlos, por ejemplo. Aquellos que carecen tanto de terreno como de refugio podrían exigir ambos (o por lo menos acceso a un lugar en un refugio). Sin embargo, la obligación general del Estado no varía: es la misma respecto a cada persona. Lo que varía en una sociedad igualitaria es cuán lejos se encuentra una persona del mínimo esencial, y, por tanto, qué es lo que se le debe proveer para aliviar sus necesidades.

En consecuencia, el enfoque contextual de Yacoob J. respecto de los derechos socioeconómicos tiene el mérito de reconocer que las acciones particulares exigidas por el Estado a fin de cumplir con sus obligaciones constitucionales diferirán de acuerdo con las circunstancias particulares: el clima, por ejemplo, determinará qué tipo de refugio se necesita para proteger a las personas de los elementos. El problema con este enfoque radica, sin embargo, en que falla en reconocer que las personas comparten intereses básicos que pueden ser especificados independientemente del contexto: en relación con la vivienda, uno

⁷⁴ Grootboom, nota 12, *supra*, p. [31].

⁷⁵ Por razones de simplificación, dejo de lado la definición completa que he planteado líneas arriba.

de estos intereses incluye, por lo menos, la capacidad de protegerse de las inclemencias del clima. Aquello que esta fórmula satisfaga variará de acuerdo con el contexto, pero el interés humano que protege no cambiará.

4.2. El contenido mínimo esencial no puede ser un estándar general

Danie Brand sostiene que el considerar el contenido mínimo esencial como un estándar general es adecuado para la efectividad internacional de los derechos socioeconómicos, pero no es útil para el contexto doméstico donde se debe ser «mucho más específico, particular, concreto, en función del contexto y flexible a nuestra forma de pensar sobre los estándares básicos, prerrogativas básicas y obligaciones mínimas»⁷⁶. Él toma como ejemplo el caso de un individuo en particular, Kas Maine⁷⁷, quien en su juventud gozó de un amplio grado de independencia económica debido a que participó en un contrato de parceria. Más tarde en su vida, la supervivencia de dicha persona se hizo dependiente de su familia y del Estado. Brand sostiene que el contenido mínimo esencial del derecho a la alimentación —el cual identifica como libertad respecto al hambre— cambió para Maine y su familia a lo largo de su vida, y era dependiente de la situación de Maine y las distintas relaciones en las que él se encontraba. En distintos estadios de su vida, él habría ostentado distintas prerrogativas mínimas.

En sus primeros estadios de vida, en los cuales podía proveer comida para sí y para su familia como resultado del contrato de parceria, sus prerrogativas mínimas habrían sido por ejemplo, contar con un remedio legal para proteger su posición en caso el contrato fallase. El deber mínimo del Estado habría consistido en asegurar que existía un marco legal para proteger los contratos de parceria. Cuando el Estado decidió prohibir los contratos de parceria, la prerrogativa mínima se transformó en un derecho negativo en contra del Estado para que este le permita producir alimento para su familia mediante el contrato de parceria. Más tarde en su vida, sin embargo, cuando él era demasiado viejo para dedicarse al cultivo y al tiempo que las leyes del *apartheid* le dejaron en estado de indigencia, él habría tenido un derecho positivo a verse provisto de alimento por parte del Estado.

Brand concluye que lo que importa en el contexto doméstico son «las prerrogativas y los deberes específicos de la conducta requeridos por el estándar mínimo de libertad respecto al hambre, en tiempo

⁷⁶ BRAND, 2002: p. 101.

⁷⁷ Maine era un aparcerero negro. Los contratos de aparcería usualmente se realizaban entre un granjero blanco propietario del terreno y un granjero negro sin tierra. Como contraprestación por el trabajo, implementos y experiencia del granjero negro, la cosecha del granjero blanco había de ser repartida en proporción a los medios económicos invertidos por cada uno de los granjeros: cfr.; BRAND, 2002: 103. El ejemplo ha sido tomado del libro escrito por VAN ONSELEN, 1996.

real, y en situaciones específicas»⁷⁸. Estas prerrogativas, sin embargo, no pueden ser fijas, dado que ellas dependen de relaciones específicas dentro de las cuales las personas se encuentran las circunstancias de un caso particular, concluyendo cuestiones de dependencia, distribución, y capacidades. «Siempre que la situación personal de Kas cambiaba, o bien debido a circunstancias externas, ya sea debido a circunstancias políticas o de naturaleza económica, ya sea debido a sus menguantes habilidades, la asistencia mínima para tener acceso a comida que él podría por derecho esperar del Estado cambió... En Sudáfrica, donde el derecho a la alimentación puede ser reivindicado judicialmente y vinculante para su efectividad judicial en casos específicos e individuales, el contenido mínimo esencial es necesariamente un concepto cambiante»⁷⁹.

Brand plantea muchas cuestiones importantes, mismas que una adecuada teoría de los derechos debe ser capaz de enfrentar. Sin embargo, su conclusión de que el contenido mínimo esencial es un «concepto cambiante» no se comprueba en el ejemplo que él proporciona. El primer problema con el análisis de Brand radica en su deseo de especificar el contenido mínimo esencial en un nivel muy concreto. Al hacerlo, él oscurece el común interés humano en cada una de las distintas situaciones en las que Maine se encuentra y, por tanto, esto le lleva a concluir que el contenido mínimo esencial debe variar de acuerdo con las circunstancias. En ciertos puntos, sin embargo, él se muestra más circunspecto y parece reconocer que su análisis implica extraer las consecuencias de un estándar general para situaciones específicas⁸⁰. La situación de Maine evidencia la necesidad de ciertos estándares conceptuales no contextualizados —una exigencia de que cada persona no pase hambre, por ejemplo— para determinar las obligaciones concretas que existen en cada circunstancia particular. La alternativa consiste en tener una cantidad de obligaciones *ad hoc* cuya justificación sigue siendo poco clara. Tal modelo también será completamente inadecuado para el análisis de los derechos constitucionales cuando las implicaciones de los derechos abstractos tengan sus raíces en situaciones concretas.

Esta confusión de estándares y sus implicaciones puede que hayan surgido debido al hecho de que Brand no distingue entre derechos condicionales y derechos incondicionales. Por tanto, él intenta determinar el contenido de las prerrogativas y obligaciones en una indagación general que toma en consideración todas las características relevantes de una situación a la vez. Como ha venido siendo sostenido, el problema con tal estrategia analítica consiste en que ella puede fallar en resaltar los intereses humanos comunes que existen en una variedad de situaciones específicas. Probablemente, Brand cae en esta trampa.

⁷⁸ BRAND, 2002: 105.

⁷⁹ *Ibid.*: 106.

⁸⁰ Cfr. la primera cita en el párrafo inmediatamente anterior.

En el capítulo III, planteé diversos factores que deben ser tomados en cuenta en el momento de pasar desde obligaciones condicionales hacia obligaciones incondicionales. Dicho análisis implica que las obligaciones que el Estado podrían variar en relación con sus implicaciones concretas para los individuos en casos específicos. Primero, está la cuestión de la efectividad. Tal y como lo he resaltado, un derecho condicional no nos informa sobre cómo es que un Estado debe satisfacer sus obligaciones sino que identifica un interés que debe ser realizado. El Estado tiene la obligación de asegurar que las obligaciones condicionales puedan ser efectivamente concretizadas. Consideraciones respecto a la efectividad determinarán quién carga con la responsabilidad de realizar las obligaciones incondicionales que mana del derecho.

Durante la juventud de Maine, él fue capaz de satisfacer las necesidades de alimentación que tenía su familia, y, por tanto, la asignación de responsabilidad más efectiva para satisfacer sus necesidades consistió en dejarle la provisión de alimentos a él. Ello pudo haber requerido que el Estado desista en mermar los esfuerzos de Maine y promulgue un marco legal que proteja su capacidad de proveer a su familia con alimentos. La intervención gubernamental respecto de prohibir los contratos de parceria puso a Maine en una posición menos adecuada para satisfacer sus necesidades, y le privó de las libertades generales necesarias para lograr sus propias metas en la vida, sin proporcionarle ningún tipo de oportunidades alternativas. Como tal, estas acciones habrían sido prohibidas por una prerrogativa mínima esencial a tener alimentación.

Posteriormente en su vida, cuando Maine era incapaz de satisfacer sus propias necesidades, era claro que una intervención positiva habría sido requerida al Estado. Asignar a Maine la responsabilidad de satisfacer sus propias necesidades, en tal situación, habría sido simplemente ineficaz. Por tanto, en la vejez de Maine, la satisfacción de las necesidades de su familia en lo relativo a la alimentación había de ser asignada a otros o había de ser asumida por el Estado.

La efectividad en sí misma implica una segunda exigencia, la cual es una especificación más concreta de deberes. Tal especificación puede implicar todos aquellos deberes identificados por Shue⁸¹ —deberes de respetar, proteger y cumplir— y tales deberes pueden ser tanto de naturaleza positiva como de naturaleza negativa. Brand llama nuestra atención respecto de la importancia de otorgar una especificación más concreta a nuestros deberes en situaciones individuales; sin embargo, falla en reconocer la importancia de identificar también deberes más abstractos que aquellos que sirven de fundamento a los deberes concretos. Por ende, la fuente de muchos de los deberes concretos del Estado a lo largo de la vida de Maine fue su obligación mínima esencial de asegurar que él (y su familia) tuviesen alimento suficiente para verse li-

⁸¹ SHUE, 1980: 52.

bres de hambre. La naturaleza de estos deberes concretos, sin embargo, cambió de acuerdo con los cambios en sus circunstancias.

Por tanto, el análisis de Brand, así como el realizado por la Corte en el caso *Grootboom*, destaca correctamente el hecho de que en la determinación de las obligaciones incondicionales y las acciones particulares que el Estado ha de realizar, será necesario tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso⁸². Sin embargo, Brand falla en reconocer que estas obligaciones concretas surgen precisamente porque existe un interés humano común en ver ciertas necesidades básicas satisfechas. El identificar estos intereses nos permite identificar las características relevantes de cada situación y diseñar acciones estatales para tal situación. Además, el identificar los factores generales tales como efectividad y la asignación de deberes también nos puede ayudar a alcanzar determinadas conclusiones sobre qué es lo que es exigido en cada caso individual. La estructura de dos niveles que he propuesto tiene, por tanto, el beneficio de ofrecer una forma clara y estructurada con base en la cual aproximar la aplicación de los derechos socioeconómicos a situaciones particulares.

4.3. ¿Puede concretizarse al mínimo esencial como un derecho individual?

Otra objeción en contra del enfoque del contenido mínimo esencial ataca el propio entendimiento de Brand respecto a cómo es que funciona el contenido mínimo esencial. Brand concibe a los derechos socioeconómicos como derechos individuales mediante los cuales los individuos pueden exigir bienes particulares de parte del Estado. Si la Corte decide en favor del individuo, entonces garantizará, desde su punto de vista, una orden que exige al gobierno proporcionar un mínimo esencial a los individuos particulares. Sin embargo, tal modelo individualizado de litigación tiene dos problemas importantes.

Primero, la ayuda individual priorizará efectivamente a aquellos individuos que son capaces y tienen la voluntad de traer sus pretensiones ante una Corte. Si tienen éxito en su litigio, tales individuos serán titulares de una orden judicial que exige al gobierno proporcionarles refugio como una cuestión de urgencia. Dicha circunstancia les pondrá en una mejor situación que otros y, por ende, antes que asegurar una importancia equitativa de las personas, dicho sistema jurisdiccional provocaría grandes desigualdades.

Segundo, es altamente ineficiente tener Cortes que produzcan órdenes exigiendo la provisión de bienes a los individuos particulares. Imaginemos una situación en la cual un grupo de individuos demande cada uno al gobierno exigiendo refugios básicos. Las Cortes producirán órdenes separadas exigiendo al gobierno proporcionar a estos in-

⁸² Esto incluirá las particularidades de cada país o cultura cuando sea necesario.

dividuos con tales refugios. Si esto se repite en varios casos en todo el país, existirá un número considerable de órdenes *ad hoc* dirigidas en contra del gobierno exigiéndole proporcionar refugio para un número de individuos en especial. Al tratar de satisfacer sus obligaciones en los términos planteados por las órdenes emitidas por las Cortes, el gobierno se verá impedido de desarrollar cualquier tipo de política coherente en relación con la provisión de refugios para todos en la sociedad. Además, tal ineficiencia llevaría a su vez a la violación del principio de importancia equitativa. Dado que, en el cumplimiento de este conjunto de órdenes individuales, es probable que el gobierno no sea capaz de realizar efectivamente los derechos de los demás (quienes también viven en similares condiciones de urgencia). Por tanto, la provisión de ayuda a algunos individuos partiendo de una base *ad hoc* puede empeorar en efecto la situación de otros.

En el caso *Grootboom*, la Corte mostró preocupación en que surjan estos problemas: ella reconoció que «cientos de miles (posiblemente millones) de sudafricanos vivían en condiciones inaceptables en todo el país»⁸³. Yacoob J. sostuvo que el traslado inicial de la comunidad de Wallacedene a los terrenos destinados a la venta de viviendas de bajo coste no podría ser considerado como una «estrategia deliberada para obtener preferencias en la asignación de los recursos para vivienda»⁸⁴. Sin embargo, él reconoció que «el efecto de cualquier otra orden que constituya una dispensa especial para los demandados debido a sus circunstancias extraordinarias es conforme con dicha preferencia»⁸⁵. A la luz de los esfuerzos del gobierno por proporcionar alojamiento temporal para los demandados, la Corte no tuvo que emitir ninguna orden especial respecto de estos individuos en particular⁸⁶. A pesar de ello, en el razonamiento de Yacoob J., él sostuvo que «ni la sección 26 ni la sección 28 faculta a los demandados a exigir refugios o viviendas de parte del demandado... Sin embargo, la sección 26 no obliga al Estado a diseñar e implementar un programa coherente dirigido a satisfacer sus obligaciones provenientes de la sección 26»⁸⁷.

A pesar de que la respuesta de la Corte no ha sido completamente desarrollada, ella reconoce correctamente que existen argumentos poderosos en contra de proporcionar ayuda individual en los casos relativos a los derechos socioeconómicos. Sin embargo, también hay muchos buenos argumentos en favor de la ayuda individual⁸⁸. Primero, en este libro, he tratado de demostrar la importancia de considerar el im-

⁸³ *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [80].

⁸⁴ *Ibid.*, p. [81].

⁸⁵ *Ibid.*, p. [81].

⁸⁶ A consecuencia de que el gobierno incumplió su promesa, la Corte emitió recientemente una orden imponiendo este esfuerzo, y especificando qué es lo que debe ser proporcionado. Cfr. *Grootboom vs. Government of the Republic of South Africa* CCT 38/100.

⁸⁷ *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [95].

⁸⁸ Estoy en deuda con la Prof. Sandra Liebenberg por las sus esclarecedores argumentos en torno a este tema.

pacto que tiene sobre los individuos la no satisfacción de los intereses mínimos de una persona. Los derechos, desde este punto de vista, están fundamentalmente vinculados con los individuos y sus situaciones apremiantes, así como también están vinculados con su relación con el derecho. Si una Corte no puede proporcionar ayuda individual en circunstancias específicas, entonces existe la posibilidad de que las Cortes pueden dar la espalda a situaciones de grave sufrimiento. Finalmente, la falta de ayuda individual puede desincentivar a los individuos de presentar casos basados en derechos socioeconómicos ante las Cortes. Los demandantes individuales «desearán comprensiblemente ver que algo está dirigido hacia sus situaciones personales y estarán renuentes a plantear casos constitucionales para servir simplemente como incitadores constitucionales de procesos sobre políticas generales»⁸⁹.

Estas consideraciones en competencia sugieren que no es deseable adoptar una política extremadamente rígida en relación con la ayuda individual. La cuestión debe ser decidida en cierta medida en concordancia con los amplios poderes de solución que tiene la Corte Constitucional, para emitir cualquier tipo de orden que sea justa y equitativa⁹⁰. El hecho de que estos derechos deban ser realizados efectivamente y ser aplicados a todos de manera igual implicará que, al interpretar qué es lo «justo y lo equitativo», las Cortes no favorecerán generalmente órdenes que exijan al gobierno realizar estos derechos de manera *ad hoc*.

Los individuos se acercarán en realidad a las Cortes cuando exista un fallo en la realización de sus derechos. Una vez exista un programa para realizar tales derechos, y el gobierno haya excluido injustamente a los individuos particulares de este programa, entonces puede que tengan éxito en obtener ayuda particular. Tal ayuda, sin embargo, requerirá por lo general que el gobierno, en la aplicación de su programa, deba tratarles de manera equitativa. Cuando no exista programa alguno, se proveerá por lo general a los individuos con una ayuda de manera indirecta. Las Cortes ordenarán al gobierno desarrollar un programa para proporcionar refugio a todos los individuos que se encuentren en circunstancias similares (como lo hizo en el caso *Grootboom*), y entonces los individuos pueden exigir se les asigne un refugio en el marco de tal programa. Existe, por tanto, una ambigüedad en la afirmación de la Corte de que la sección 26 no faculta a los individuos a exigir vivienda «a petición». Esto es cierto en el sentido de que los individuos no pueden presentarse por lo general ante las Cortes y exigir un derecho a ser provisto de vivienda el día de mañana. Sin embargo, esto es falso en el sentido de que los individuos pueden exigir que el gobierno instituya un programa que les lleve a ser provistos de refugio conjuntamente con otras personas dentro de un periodo racional de tiempo.

⁸⁹ SCOTT y ALSTON, 2000: 254-5.

⁹⁰ Sección 172 de la Constitución.

Por tanto, las pretensiones individuales pueden hacer visibles áreas en las cuales la política del gobierno ha fallado en tratar a los individuos de manera equitativa o con respeto suficiente a su importancia. Cualquier tipo de remedio beneficiará a los individuos, y, por tanto, habrá beneficios para los litigantes sobre la base de estos derechos. Sin embargo, estos beneficios deben ocurrir en una forma ordenada y sistemática tomando en cuenta a todos aquellos que tengan necesidades similares. Como tal, la ayuda prestada no debe implicar por lo general órdenes especiales para los individuos que han presentado el caso; por el contrario, se debe buscar beneficiar indirectamente a los litigantes mediante la emisión de una orden general.

Sin embargo, existirán circunstancias en las cuales será apropiado garantizar ayuda individual a pesar de las dificultades que he indicado. Esto será una cuestión de discreción para la Corte y dependerá de muchos factores: la urgencia de la necesidad, la facilidad con la cual puede ser solucionada, y el efecto que el proporcionar ayuda individual tendrá en el desarrollo de un programa efectivo para satisfacer las necesidades de otros individuos quienes se encuentran en una situación similar. Un enfoque flexible que permita circunstancias excepcionales en las cuales la ayuda individual pueda ser proporcionada nos podría ayudar a valorar diversas consideraciones normativas que surgen en esta área.

En un sentido similar, se plantea frecuentemente otra objeción en el sentido de que el enfoque que he defendido hace muy difícil que los individuos puedan tener éxito en casos basados en derechos socioeconómicos. No se exige solamente que los litigantes asuman la carga de la prueba de la afectación de sus derechos en sus casos, sino también en relación con todos aquellos que se encuentren en una situación similar⁹¹. Esto hace que las dificultades de hacer justicia en tales casos sean muy pronunciadas.

Es importante reconocer que esta objeción no surgirá en todos los casos basados en derechos socioeconómicos que giren en torno al hecho de no ampliar un programa gubernamental a individuos particulares o comunidades. Cuando existe un fallo a nivel de la política general, puede ser necesario que los litigantes planteen su posición de manera expresa. Los casos *Grootboom* y *TAC* proporcionan evidencia que es posible hacerlo. La Corte también tiene poderes investigatorios⁹² y, por ende, puede usarlos para aportar la evidencia necesaria a la Corte si los litigantes individuales no pueden hacerlo. Además, las reglas procedimentales pueden ser diseñadas de tal manera que las cargas de la prueba sobre los individuos sea disminuida en tales casos, y que la responsabilidad primaria para probar que sus políticas

⁹¹ Cfr. LIEBENBERG, 2003: 177.

⁹² Sección 173 de la Constitución —la cual reconoce los poderes inherentes de las Cortes para regular sus propios poderes— puede ser usado para desarrollar dichos poderes.

son conformes con la Constitución sea asumida por el gobierno⁹³. Esto tiene sentido debido a que el gobierno es la parte que posee los mejores recursos y también la que debe o debería tener profundos conocimientos de la política aplicada al área que está siendo cuestionada en un caso particular.

El imponer tal responsabilidad al gobierno puede requerir modificaciones a la estructura de la investigación constitucional. Actualmente, aquellas personas que denuncian la existencia de la violación de derechos asumen primariamente la responsabilidad de demostrar que tal violación en efecto existe, mientras que solo se exige al gobierno justificar la limitación de derechos en función de las limitaciones de su investigación. La nueva posición que propongo sugiere que aquellos que aducen que un derecho ha sido violado deberían tener responsabilidad de demostrar que por lo menos que ha existido una violación *prima facie* de sus derechos socioeconómicos condicionales a nivel de sus circunstancias individuales. En ese caso podría exigirse al gobierno presentar evidencia de personas similarmente situadas a fin de poder emitir decisiones sobre si existe o no una violación general de dichos derechos. Se puede también esperar justificar la incapacidad de realizar derechos condicionales planteando algunos de los factores discutidos en el capítulo III que son relevantes para traducir derechos condicionales en obligaciones incondicionales⁹⁴. Tal cambio procedimental ayudaría a asegurar que los individuos no se vean impedidos de plantear pretensiones relativas a derechos socioeconómicos como resultado de las onerosas cargas probatorias que les serían impuestas. También se requeriría obtener evidencia de la parte que se encuentre mejor posicionada para producirla.

4.4. El mínimo esencial y los derechos autónomos

La Corte Constitucional ha planteado otras objeciones al enfoque del contenido mínimo esencial en el caso *TAC*. Como ya lo he mencionado en el capítulo IV, los *amici* en el caso *TAC* sostenían que existen dos causas separadas de acción que surgen en casos concernientes a los derechos socioeconómicos. Ellos vincularon la noción de una obligación mínima esencial con la causa de acción que surge bajo la sec-

⁹³ Naturalmente, estos comentarios se aplican cuando el gobierno es el demandado, y es necesario establecer reglas separadas si las pretensiones basadas en derechos socioeconómicos se aplican entre privados. No puedo seguir desarrollado esta cuestión más detalladamente aquí.

⁹⁴ En el contexto de la Constitución sudafricana, ello significaría que el individuo tendría que demostrar que su derecho reconocido en la sección 26.1) o 27.1) ha sido vulnerado. El gobierno sería conminado a convencer a las Cortes de que su insuficiencia en realizar los derechos condicionales en dichas acciones puede estar justificada o bien por las limitaciones internas de los derechos [secciones 26.2) o 27.2)] o bien por la cláusula de limitaciones generales. Cfr. LIEBENBERG, 2005a: 33-54, para una posición similar, pero no idéntica, respecto a las cargas de la prueba.

ción 27.1) antes que la que surge bajo la sección 27.2). Sin embargo, el argumento en favor del enfoque del contenido mínimo esencial no depende en absoluto de si existe un derecho separado conferido a cada uno en términos de la sección 27.1). El informe de los *amici* no necesitaba juntar dos cuestiones: la naturaleza autónoma del derecho en la sección 27.1) y el establecimiento de una obligación mínima esencial.

La mezcla de estas dos pretensiones llevó a la Corte, en su rechazo a la idea de que existen dos derechos separados creados por las secciones 27.1) y 2), a rechazar la pretensión de que el Estado tenga una obligación mínima esencial respecto del cumplimiento de los derechos socioeconómicos. La Corte, por ejemplo, trató al contenido mínimo esencial «como posiblemente razonable respecto de la sección 26.2) y no como un derecho autónomo conferido a cada uno bajo la sección 26.1)»⁹⁵. En efecto, parece que la cuestión más importante que la Corte deseaba plantear en su discusión en torno a estos asuntos era su conclusión de que la sección 27.1) «no daba lugar a un derecho positivo autónomo e independiente concretizable independientemente de las consideraciones mencionadas en la sección 27.2)»⁹⁶.

Sin embargo, el reconocimiento de este hecho no requiere un rechazo al enfoque del contenido mínimo esencial, el cual no requiere que existan dos derechos. Se requiere meramente comprender que un derecho puede abarcar diferentes niveles de provisión; el Estado puede ser obligado a priorizar la efectividad de un umbral mínimo de un derecho mientras que incrementa su nivel de efectividad con el paso del tiempo. La interpretación que he proporcionado provee, por tanto, una integración estructural de las secciones 27.1) y 2), al explicar qué es lo que la realización progresiva significa en la sección 27.2) en relación con la urgencia de los intereses protegidos por la sección 27.1).

4.5. El contenido mínimo esencial es rígido y absoluto

La Corte Constitucional planteó un argumento en contra de los *amici* en el caso *TAC* el cual implicaba consideraciones más complejas. La Corte afirmó, en efecto, una lectura intencionalista de las secciones 26 y 27 respaldada por su enfoque respecto a estas secciones. Se argumentaba que el enfoque del contenido mínimo esencial requiere que todos tengan acceso a dicho contenido inmediatamente. Sin embargo, el contexto en el cual los derechos socioeconómicos han de ser interpretados, se sostiene, es uno donde «millones viven en condiciones deplorables y de gran pobreza. Existe un alto nivel de desempleo, seguridad social inadecuada y muchos no tienen acceso a agua pota-

⁹⁵ *TAC* 2002 (5) SA 721 (CC), p. [34]. La referencia en esta cita son las secciones 26.1) y 2) dado que la Corte hacía referencia a su discusión en torno al contenido mínimo esencial en el caso *Grootboom*.

⁹⁶ *Ibid.*, p. [39].

ble o a servicios de salud adecuados»⁹⁷. En tales condiciones, se determinó que es «imposible dar a todos acceso incluso a un servicio «básico' inmediatamente. Todo lo que se puede esperar por parte del Estado es que este actúe razonablemente en proveer acceso a los derechos socioeconómicos identificados en las secciones 26 y 27 de una manera progresiva»⁹⁸.

En este argumento, la Corte objeta que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial es rígido y absoluto. Además, el mismo no puede resolver las exigencias del mundo real, así como las limitaciones impuestas por la escasez. El enfoque planteado por la propia Corte está diseñado para evitar estas limitaciones al ser flexible y sensible a las dificultades que la realización de estos derechos plantea. Sin embargo, la Corte no ofrece una descripción imparcial del enfoque sobre el contenido mínimo esencial. En la siguiente sección, ofreceré una respuesta a esta objeción mediante un análisis en torno a qué es lo que realmente se busca con la noción de que el contenido mínimo esencial de un derecho debe ser asumido como una cuestión de «prioridad».

5. LA NOCIÓN DE PRIORIDAD Y EL CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL

El enfoque sobre el contenido mínimo esencial no nos exige adoptar una postura rígida respecto a esta problemática: dicho enfoque mismo nos exige reconocer que es simplemente inaceptable para los seres humanos llevar vidas sin los recursos suficientes para verse libres de amenazas para la supervivencia. El Estado debe desplegar un gran esfuerzo para rectificar tal situación, y nosotros no debemos tolerar tales condiciones de vida. Tal rigidez puede que en efecto sea una característica del enfoque sobre el contenido mínimo esencial; pero la misma se da exactamente en el lugar correcto. Una sociedad que reconozca la importancia equitativa de cada individuo debe tener una fuerte convicción basada en principio que busque erradicar tales terribles condiciones de vida de manera urgente. Una de las ideas principales que subyace a los derechos constitucionales consiste en proteger los intereses más fundamentales de los individuos; no hay nada tan vulnerable como aquella falta de refugios básicos, comida, agua y atención médica. El hecho que, en el marco de la interpretación de los derechos socioeconómicos que yo defiendo, la Constitución adopte un enfoque fuerte respecto a la erradicación de tales condiciones no implica, sin embargo, que tal situación se encuentre alejada de la realidad.

El primer punto de importancia a ser reconocido consiste en que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial es un medio para determi-

⁹⁷ *Ibid.*, p. [35], citando a *Sobramoney*, p. [8].

⁹⁸ *Ibid.*

nar prioridades. El mismo implica el mandato de que cualquier programa gubernamental debe, como una cuestión de prioridad, dirigirse hacia aquellos que se encuentren en una condición en la que sus intereses mínimos no pueden ser satisfechos⁹⁹. El Estado no puede tratar a los individuos en tales circunstancias meramente como representantes de un problema a ser solucionado entre otros problemas. Las condiciones que la Corte elocuentemente describe en el caso *Soobramoney* representan el trasfondo de condiciones a las cuales apunta este enfoque. Dicho trasfondo ejemplifica la concepción de que existen millones de personas que se encuentran viviendo en deplorable pobreza; pero también implica el reconocimiento de que existen algunos quienes son más vulnerables que otros, algunos cuya supervivencia está amenazada por las condiciones en las cuales ellos viven y por su falta de acceso a bienes tales como el alimento o el agua. Se debe otorgar prioridad a tales individuos en términos del enfoque sobre el contenido mínimo esencial de tal manera que la amenaza para la supervivencia sea superada.

5.1. Prioridad léxica

Sin embargo, es necesario desarrollar una concepción clara respecto de lo que significa considerar que los intereses mínimos de los individuos tienen «prioridad». De otra manera, sería poco claro cuáles serían las implicaciones del enfoque del contenido mínimo esencial. Diferenciaré dos nociones diferentes de prioridad, de tal suerte que solo una de ellas será la que defenderé en el contexto actual. Primero, consideremos la noción de «prioridad léxica». John Rawls explica esta noción como sigue: «este es un orden que nos exige satisfacer el primer principio a fin de que podamos pasar al segundo, luego el segundo antes que pasemos a considerar el tercero, y así sucesivamente. Un principio no entra en juego hasta que aquellos previos a él sean o bien completamente satisfechos o no sean aplicables. Un orden serial evita, por tanto, tener que ponderar los principios entre sí: aquellos que tengan un orden superior tienen un peso absoluto, por así decirlo, respecto a los que le secundan, y se mantiene sin ninguna excepción»¹⁰⁰.

En el contexto actual, afirmar que se debe dar al contenido mínimo esencial una prioridad léxica implicaría que el gobierno tendría que dedicar su atención inicialmente a asegurar que el contenido mínimo esencial de cada individuo está realizado, y solo entonces se podría abordar cuestiones ubicadas más allá del contenido mínimo esencial. Roux desarrolla una noción similar de prioridad que especifica «el orden temporal en el cual el gobierno elige satisfacer necesidades so-

⁹⁹ Para una concepción similar respecto de lo que exige el enfoque sobre el contenido mínimo esencial, Cfr. SCOTT y MACKLEM, 1992: 77. Quien afirma que «en efecto, una prioridad de atención es exigida para las personas que no son capaces de satisfacer sus más básicas necesidades de salud, alimentación, y vivienda sin la ayuda directa del gobierno».

¹⁰⁰ RAWLS, 1999a: 38.

ciales en conflicto»¹⁰¹. Él critica la decisión del caso *Grootboom* por no considerar que «la estrategia de ayuda a corto plazo por parte del Estado debería tener precedencia en el tiempo por sobre la estrategia de vivienda a largo plazo. Por el contrario, la decisión consistió en que las dos estrategias deberían ser perseguidas a la par...»¹⁰².

Una aproximación a los derechos socioeconómicos que adscriba al contenido mínimo esencial una prioridad léxica o una prioridad temporal está sujeta a una serie de objeciones importantes. Primero, desafortunadamente, existe un número de personas cuya situación de salud hace realmente difícil y costoso elevarlas incluso al estándar requerido por el contenido mínimo esencial. Ejemplos de esto incluyen a personas con severas enfermedades mentales y físicas, así como aquellas que requieren cuidado médico costoso¹⁰³. Un enfoque basado en la prioridad léxica plantearía que es justificable evitar que el Estado eleve el estándar de vida de la mayoría de los individuos en una sociedad más allá del umbral mínimo siempre que un pequeño número de personas permanezcan por debajo de este umbral. Tal enfoque no hace referencia alguna a los costes de elevar a cada persona por encima de un umbral o los sacrificios necesarios para alcanzar el umbral mínimo para todos. A pesar de que las necesidades e intereses de ese pequeño número de personas requieren ser considerados, y conferírseles un peso especial, impedir a todos los demás sobre la base de los elevados costes y las investigaciones necesarias para mejorar la situación de la mayoría de dichas personas colocaría una carga desproporcionada sobre los otros miembros de la sociedad. Tal situación implicaría una violación del principio de importancia equitativa al no asignar cargas equitativas sobre los individuos en la sociedad¹⁰⁴. Además, tal enfoque no toma muy en cuenta las razones en virtud de las cuales las personas caen por debajo de este umbral. En muchos casos, incluso cuando de por medio hay un amplio gasto de recursos, las personas en cuestión no podrán ser elevadas por encima de este umbral mínimo. Cada uno en la sociedad vería su posición disminuida, a menudo para lograr un beneficio mínimo para otros.

Segundo, tal y como fue planteado en el capítulo III, una teoría que asegure que solo los intereses mínimos sean asegurados enfrenta la desventaja de ser contraproducente. Tales intereses mínimos —tal y como yo los he identificado— son por lo general medios necesarios para vivir una vida buena¹⁰⁵. Si la realización de tales intereses implica que la mayoría de los recursos disponibles en la sociedad sean dedi-

¹⁰¹ Roux, 2002: 46.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ NOZICK, 1974: 210, postula una variante de esta objeción en contra del principio de la diferencia de RAWLS.

¹⁰⁴ Cfr. capítulo III para una discusión en torno al sacrificio y el principio de importancia equitativa.

¹⁰⁵ En el capítulo I he desarrollado una teoría «débil» de los bueno en virtud a la cual se puede entender a la vida buena en el marco de una sociedad pluralista.

cados a este propósito, la realización de tales necesidades puede perder su sentido para los miembros de la sociedad. Es necesario para que existan recursos a disposición, mantener un espacio más allá de lo básico a fin de que los individuos tengan la oportunidad de realizar sus fines. Una teoría que lleve solo a tal igualdad de lo mínimo elevaría los medios para alcanzar una vida valiosa hasta el estatus de los fines en sí mismos y, por tanto, carecería de ambición, confundiendo qué es lo que tiene mayor valor en la vida de las personas ¹⁰⁶.

Tercero, al proveer a los intereses más costosos que he identificado, los individuos poseen los recursos mediante los cuales se mantendrá a sí mismos lejos del umbral mínimo. Forzar al Estado a destinar todos sus recursos inmediatamente a la realización del contenido mínimo esencial equivaldría a impedirle adoptar estrategias orientadas a asegurar que las personas en el futuro no caigan por debajo de lo exigido por el contenido mínimo esencial. Tal política sería insuficiente y fallaría en invertir en soluciones a largo plazo para las situaciones en las cuales las personas se encuentran ¹⁰⁷. En las palabras del presidente de Brasil respecto a la implementación de un proyecto para la erradicación del hambre: «si nos restringimos solo a estas políticas [a corto plazo], mientras que la política estructural continúa generando desempleo, reduciendo salarios y aumentando la pobreza – estaremos desperdiciando recursos, engañando a la sociedad y perpetuando el problema» ¹⁰⁸.

Finalmente, el propio Rawls reconoce las desventajas del concepto de un orden léxico, el cual él afirma «parece ofender nuestro sentido de la moderación y el buen juicio» ¹⁰⁹. Además, él reconoce que tales principios deben ser muy particulares, aplicables a una limitada esfera de operación, y establecer requerimientos definidos que puedan ser cumplidos. De lo contrario, «los principios que secundan nunca podrán entrar en acción» ¹¹⁰. El principio de libertad equitativa planteado por Rawls, afirma, es un candidato para tal prioridad léxica dado que podría satisfacer estos requerimientos ¹¹¹. Incluso si aceptamos esto no es claro que tal noción de prioridad sea útil en relación con las prerrogativas socioeconómicas. A la luz de los recursos escasos y las diferentes necesidades que tienen las personas, tal noción de prioridad llevaría a una situación donde los intereses que se encuentran más allá de lo exigido por el contenido mínimo esencial sean excepcionales si acaso existiesen recursos dedicados a su satisfacción.

¹⁰⁶ Para un argumento similar, Cfr. la discusión en el capítulo III sobre MICHELMAN, 1975.

¹⁰⁷ Cfr. Wesson.

¹⁰⁸ Cfr. el *website* de Hambre Cero en http://www.fomezero.gov.br/download/programa_FZ_Ingles.doc.

¹⁰⁹ RAWLS, 1999a: 38.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ RAWLS admite, sin embargo (*ibid.*: 476), que incluso los intereses de libertad «no siempre pueden ser controlados. La realización de estos intereses puede necesitar de ciertas condiciones sociales y un grado de satisfacción de las necesidades y requerimientos materiales; esto explica el por qué las libertades básicas pueden ser restringidas a veces».

5.2. Prioridad ponderada

A la luz de estos graves problemas relacionados con la noción de «prioridad léxica», es preferible, desde mi punto de vista, definir una noción alternativa de prioridad. Tal noción tiene dos componentes. El primer componente implica el hecho de que dichos intereses que tienen prioridad son aquellos respecto a los cuales tenemos razones particularmente fuertes para valorar y que requieren fuertes razones contrapuestas para superarlos. Esta visión parece estar próxima a la noción de prioridad que un «derecho» fuerte tiene para Dworkin: «en la mayoría de los casos, cuando decimos que alguien tiene un derecho a hacer algo, simplemente queremos decir que sería equivocado interferir con su accionar, o por lo menos que se requiere algún tipo de razones para justificar cualquier tipo de interferencia»¹¹². Scalón¹¹³ también reconoce los problemas de convertir a estos derechos en barreras morales absolutas, y prefiere adoptar una «visión ponderativa, de acuerdo con la cual tal derecho representa meramente un valor importante entre otros, y las decisiones deben ser alcanzadas mediante un balance adecuado entre ellos». En ese sentido, propongo entender esta noción de «prioridad» como referida a una razón que tiene gran importancia para nosotros y la cual puede ser solamente superada por consideraciones que tienen un peso equivalente¹¹⁴.

El segundo componente de esta noción implica un punto planteado por Parfit¹¹⁵. Describe lo que él denomina la «visión de prioridad», la cual sostiene que al buscar beneficiar a las personas lo que más im-

¹¹² DWORGIN, 1977: 188.

¹¹³ SCALÓN, 1984: 146.

¹¹⁴ RAZ, 1986: 186 y ss. rechaza la idea de que los derechos incorporen razones que son de gran importancia para nosotros y que pueden ser ponderadas con otras consideraciones contrapuestas. Por el contrario, él sostiene que los derechos representan los fundamentos para imponer deberes. Los deberes, a su vez, tienen fuerza preventiva: ellos «reemplazan y no compiten con otras razones, las cuales aplican en las circunstancias» y son, por tanto, absolutas dentro de un dominio particular (p. 186). El dominio puede ser en sí mismo, sin embargo, limitado y de escasa importancia. Hay tres razones importantes del por qué la teoría de RAZ es inapropiada en el actual contexto. Primero, su finalidad de proporcionar un postulado para todos los derechos, algunos de los cuales son triviales y otros de gran importancia. Mi proyecto se limita únicamente a los derechos fundamentales que siempre protegen intereses de gran importancia. Segundo, RAZ no distingue entre derechos condicionales y derecho incondicionales, así como afirma que la protección de ciertos intereses es suficiente para generar derechos. En mi planteamiento, las obligaciones incondicionales tienen en efecto fuerza perentoria dentro de cierto dominio. He propuesto argumentos, sin embargo, para demostrar que la protección de intereses fundamentales por sí misma no justifica una obligación incondicional a la cual se llega solo a través de la interacción de diferentes consideraciones normativas. Finalmente, no es claro cómo es que RAZ puede evitar llegar a la idea de las razones con fuerzas distintas al momento de determinar cuáles son los derechos que tenemos. Mi postulado reconoce explícitamente la importancia especial de proteger los intereses fundamentales sin transformarlos en deberes absolutos. Es, por tanto, preferible en el actual contexto, para proporcionar una noción alternativa a la de prioridad con base en el enfoque del orden léxico.

¹¹⁵ PARFIT, 1997.

porta es beneficiar a aquellas que se encuentren en peor situación. Él contrasta esto con la visión utilitarista consistente en que la importancia moral de cada beneficio depende solo de cuán grande sea este beneficio ¹¹⁶. Su propia visión plantea que la importancia moral de cada beneficio depende de «cuán bien posicionada se encuentre la persona a quien se dirige este beneficio. No debemos dar igual peso a beneficios iguales, independientemente de quién o quiénes los reciban. Los beneficios a los que están en peor situación deben tener mayor peso» ¹¹⁷. Parfit, sin embargo, se esfuerza por resaltar que esta prioridad en favor de los que están en peor situación no es absoluta. «Desde este punto de vista, los beneficios para los que se encuentran en peor situación podrían ser moralmente desplazados por beneficios suficientemente grandes para los que se encuentran en mejor situación» ¹¹⁸. Por tanto, esta visión de prioridad no conlleva prioridad absoluta para los intereses de los que están en peor situación, aunque proporciona una consideración especial para tales intereses.

Estas dos ideas son compatibles dado que la correspondencia del peso especial con los intereses de los que menos tienen requieren una justificación que yo identifico con la particular importancia del primer umbral para los individuos. Eso a su vez explica por qué los derechos que protegen tales intereses tienen una fuerza particular y pueden ser superados solo por otras consideraciones importantes. Dos implicaciones importantes manan de este razonamiento: primero, los derechos que protegen el primer umbral no son absolutos; segundo, tendrá que haber una justificación para la no realización de estos intereses mínimos, y dicha justificación debe satisfacer estándares exigentes. Es necesario en este punto, sin embargo, explorar en mayor detalle qué es lo que tales consideraciones importantes implican y que a la vez permitirían el no cumplimiento de los intereses mínimos. Existirán pocas ocasiones donde tales justificaciones tendrán éxito en superar el peso especial que poseen los intereses mínimos. Así como ocurre en el caso de los derechos civiles y políticos, sin embargo, siempre existen factores que pueden proporcionar razones importantes contrapuestas que justifiquen limitar un derecho. Sin duda todas las razones contrapuestas no pueden ser establecidas de antemano o sin hacer referencia a contextos específicos. La fuerza relativa de las razones también variará en relación con los contextos específicos. Sin embargo, vale la pena mencionar cuatro ejemplos en los cuales podría existir justificación para fallar en realizar tales intereses mínimos. El primero de estos implica la escasez de recursos, lo cual hace imposible realizar el contenido mí-

¹¹⁶ Una visión utilitarista podría llevar a conclusiones similares a aquellas esbozadas por PARFIT —otorgando prioridad a los más necesitados— mediante la elaboración de la noción de la utilidad marginal decreciente en el marco de un cálculo utilitario.

¹¹⁷ *Ibid.*: 213.

¹¹⁸ *Ibid.*, él continúa (p. 213): «Si preguntamos qué podría ser suficiente, es probable que no siempre exista una respuesta precisa. Pero puede haber muchos casos en los cuales la respuesta puede ser clara».

nimo esencial. Es un principio básico en el que el «deber implica poder (*ought implies can*)». Tanto el Pacto Internacional y la Constitución sudafricana ponen en claro que las obligaciones incondicionales de un gobierno estarán sujetas a la disponibilidad de recursos.

Segundo, he mencionado que existen casos donde los intereses mínimos de algunos individuos solo pueden ser satisfechos dedicando a ello una desproporcionada cantidad de recursos. A su vez, tal curso de acción puede amenazar con privar a la mayoría de los otros de la capacidad de vivir una existencia más allá del mínimo. En tal caso, puede que sea necesario delinear un límite para los recursos que están dedicados a un individuo particular al llevarlos hasta el nivel exigido por el contenido mínimo esencial.

Tercero, la realización de los intereses mínimos permite por lo menos algún espacio más allá del mínimo e incluso más allá del interés máximo que he identificado. A fin de no ser contraproducente, debe haber un área de vida preservada que pueda permitir a los individuos realizar sus fines y lograr experiencias positivas. Finalmente, la realización del contenido mínimo esencial de un derecho particular no debe impedir la realización de los contenidos mínimos esenciales para los otros derechos y libertades.

En ese sentido, he defendido una teoría de la prioridad que implica otorgar atención especial a los intereses mínimos pero que no requiere que ellos tengan un peso absoluto en relación con los intereses contrapuestos. La noción de prioridad no ha sido generalmente analizada por aquellos que defienden el enfoque del contenido mínimo esencial¹¹⁹. Los autores¹²⁰ asumen generalmente que el Comité de las Naciones Unidas en su tercera Observación General buscó que los Estado realicen obligaciones mínimas esenciales como una cuestión de prioridad temporal. Dicha afirmación está basada en la siguiente afirmación del Comité¹²¹: «a fin de que un Estado parte sea capaz de atribuir su insuficiencia en satisfacer por lo menos sus obligaciones mínimas esenciales a una falta de recursos disponibles, el mismo debe demostrar que se han

¹¹⁹ Roux, 2002, es una excepción y contrasta su noción de prioridad temporal con otra noción menos definida de «establecimiento de prioridad» que él considera significa la especificación de «la importancia relativa que el Estado concede a las necesidades sociales en competencia» (p. 46). En la última sección, he intentado desarrollar una alternativa más clara a la idea de prioridad lexical o temporal con más contenido que la noción alternativa que Roux identifica.

¹²⁰ Roux (*ibid.*, p. 47) por ejemplo, parece adoptar esta presunción.

¹²¹ Ciertas afirmaciones recientes del Comité pueden también entenderse como una sugerencia en el sentido de que la obligación mínima esencial ha devenido en una obligación que no puede ser superada. En la Observación General 14 (p. 47), el Comité resalta que «un Estado parte no puede, bajo ninguna circunstancia, justificar su no cumplimiento de las obligaciones básicas... las cuales no son derogables». Similarmente, TOEBES, 1999: 244, sostiene que el contenido mínimo esencial representa aquellos elementos de un derecho que han de ser realizados «independientemente de los recursos financieros del Estado». Tal enfoque es vulnerable a las objeciones planteadas por la Corte Constitucional y aquellas que he expuesto en el curso de esta discusión. Cfr. también WESSON, 2004: 303-4, para otras objeciones en contra de un enfoque absoluto sobre el contenido mínimo esencial.

agotado todo los esfuerzos para emplear los recursos que estaban a su disposición en el esfuerzo por satisfacer, *como una cuestión de prioridad, aquellas obligaciones mínimas*» (la cursiva es mía)¹²².

Sin embargo, la Observación General no necesitó ser interpretada de esta manera inflexible, y podría ser tomada para sugerir un enfoque matizado. El Comité de las Naciones Unidas no especifica en efecto qué noción de prioridad ha de ser aplicada en la interpretación de la Observación General. Como resultado de ello, es posible leerla de manera tal que sea consistente con el enfoque sobre el contenido mínimo esencial que he defendido. El Estado debe, por tanto, justificar su uso de los recursos en el sentido de haber desplegado un interés especial en los intereses mínimos de los individuos. Si bien es cierto, podría haber razones para no realizar el contenido mínimo esencial, tales razones tendrían que tener suficiente peso como para superar el peso especial que le corresponde a la realización de los intereses mínimos de un individuo.

5.3. Respuesta a las objeciones

Una vez trabajada esta concepción del enfoque sobre el contenido mínimo esencial, es ahora posible ofrecer respuestas convincentes a aquellas objeciones planteadas por la Corte Constitucional que hasta ahora no he respondido. Por ejemplo, ahora se hace evidente que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial tiene mucha flexibilidad y no es correcto describirla como rígida y absoluta. El enfoque no requiere que se confiera un peso absoluto a la realización de los intereses mínimos y, mientras exista una justificación sólida, el enfoque permite que en ciertas circunstancias sea legítimo fallar en esta empresa¹²³. Esto se corresponde con la teoría de los derechos que he desarrollado, en la cual tanto más urgentes sean los intereses, mayor será la carga que debe ser asumida para demostrar que existe una razón más importante que justifica no realizarlos.

La teoría que he proporcionado también reconoce la importancia de los intereses más allá del mínimo esencial, así como la importancia de establecer proyectos a largo plazo que puedan garantizar un nivel de provisión que exceda el contenido mínimo esencial. La noción de «prioridad» que he desarrollado busca crear un espacio para la idea de que un programa gubernamental debe dedicar su atención a necesidades mínimas específicas sin tener que concentrar todo el presupuesto

¹²² Observación General 3, p. 10.

¹²³ A pesar de que no se han dedicado al análisis de este enfoque, muchos autores también han enfatizado la necesidad de justificar aquellos casos en los cuales no se satisfaga el mínimo esencial. Cfr., por ejemplo, VAN BUEREN, 1999: 59, y SCOTT y ALSTON, 2000: 250: «corre a cuenta del Estado demostrar su pobreza societaria y sus patrones para la distribución de riqueza de manera que pueda probar que algunas personas simplemente no pueden — aún — ver sus necesidades mínimas satisfechas».

para su realización. Como tal, esto se corresponde perfectamente con un modelo realista de gobierno y corporiza el reconocimiento teórico de que los intereses mínimos son de gran importancia, pero que tampoco debemos perder espacio para intereses humanos más costosos.

El fallo en adoptar este análisis ha llevado a la Corte Constitucional a rechazar el enfoque del contenido mínimo esencial sin reconocer sus múltiples virtudes. Una consecuencia infortunada de esto ha sido la tendencia de la Corte a elaborar afirmaciones vagas y generales respecto de la capacidad del gobierno para satisfacer las obligaciones mínimas esenciales. La Corte no proporciona evidencia alguna para demostrar que el gobierno no podría proporcionar refugio básico, alimentación, agua y cuidados médicos vitales a cada persona en el lapso de un corto espacio de tiempo. En la ausencia de evidencia para demostrar que el cumplimiento de una obligación mínima esencial sería en efecto imposible, la afirmación de la Corte de que es imposible¹²⁴ nos golpea como una desesperada expresión pesimista respecto de los severos problemas que enfrenta Sudáfrica¹²⁵. En realidad, es posible afirmar que la posición contraria es verdadera – que con voluntad suficiente y organización, el gobierno de Sudáfrica puede asegurar dentro de un lapso de tiempo corto que todos tengan acceso a los bienes mínimos esenciales¹²⁶. Esto no implicaría una provisión extensa para las personas, sino que exige por lo menos, por ejemplo, que cada uno tenga acceso a refugio básico, agua, y atención médica vital.

También es posible proporcionar una respuesta a la objeción de la Corte en el sentido de que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial requeriría que el gobierno haga lo imposible. Un defensor del enfoque sobre el contenido mínimo esencial está, desde el punto de vista de la Corte, obligado a reconocer la existencia de un derecho absoluto a tener acceso a que las necesidades de supervivencia sean satisfechas en todas circunstancias. Sin embargo, como he sostenido, esta afirmación describe erróneamente al enfoque. Es claro que el Comité de las Naciones Unidas prevé circunstancias en las cuales los Estados deben de probar que ellos no pueden cumplir con la obligación mínima esencial¹²⁷. La Constitución sudafricana, también, ofrece claramente un método para atenuar las obligaciones del gobierno cuando el contenido mínimo esencial no pueda ser realizado. Dado que el argumento de la obligación mínima esencial implica integrar las secciones 27.1) y 2), la disposición «dentro de los recursos disponibles» se aplica tam-

¹²⁴ TAC, nota 95, *supra*, p. [35].

¹²⁵ He afirmado que la Corte no puede ser satisfecha con tales generalizaciones vagas y generales. Se requiere que el gobierno proporcione evidencia que satisfaga cierto estándar de justificación si se desea llegar a tales fuertes conclusiones respecto de la incapacidad del gobierno para cumplir obligaciones mínimas esenciales.

¹²⁶ No es de ninguna manera claro que el problema en Sudáfrica surja a partir de una escasez absoluta de recursos; en este contexto, los problemas parecen ser sobre la altamente desigual distribución de recursos.

¹²⁷ Cfr. Observación General 3, p. [10].

bién al contenido mínimo esencial del derecho. La cláusula de limitaciones generales [sección 36.1)] también puede ser usada para este propósito. En realidad la referencia a la cláusula de las limitaciones será necesaria cuando se esté tratando con factores tales como el grado del sacrificio requerido de parte de los individuos, el cual no se encuentra expresado adecuadamente en las secciones 26.2) y 27.2). El enfoque filosófico en la interpretación de los derechos socioeconómicos que he defendido puede, por tanto, ayudar a clarificar el rol de la cláusula de las limitaciones generales en tales casos.

La Corte tiene que establecer, por tanto, un hombre de paja. Los defensores del enfoque sobre el contenido mínimo esencial no deben afirmar que dicho mínimo debe ser satisfecho incluso cuando ello sea imposible. Esencialmente, la afirmación de que tal obligación básica existe le compromete a uno a la proposición de que el gobierno debe priorizar la realización de este nivel básico de provisión. Si el gobierno afirma que no es posible realizar el mínimo esencial de cada persona, entonces la Corte debe exigir que se pruebe por qué esto es así. A la luz de la importancia de los intereses implicados, las Cortes también estarán justificadas para requerir que el gobierno proporcione una explicación de cómo es que pretende rectificar esta situación¹²⁸.

6. RECURSOS, IMPOSIBILIDAD Y DERECHOS

El análisis realizado líneas arriba en torno a cómo tratar una obligación mínima esencial bajo condiciones donde sea difícil o imposible cumplirla plantea una cuestión conceptual muy importante que posee amplia aplicación en el análisis de los derechos. Me concentraré en la cuestión relativa a la escasez de recursos, mi análisis sobre este asunto es aplicable a cualquier caso donde existan razones que justifiquen la no realización de un derecho de manera inmediata. La pregunta que surge es si la disponibilidad de recursos debe ser tomada en cuenta en el proceso de determinación del contenido real de un derecho, o si el contenido real ha de ser determinado independientemente de la disponibilidad de recursos. En este último escenario, la escasez de un re-

¹²⁸ Un ejemplo de un programa gubernamental que satisface los requerimientos del enfoque defendido aquí es el programa Hambre Cero adoptado recientemente por el gobierno del Brasil. Dicho programa busca proporcionar acceso inmediato a alimentación para aquellos que carecen de comida en el presente, mientras que al mismo tiempo adopta políticas estructurales que pueden garantizar la autosuficiencia de los individuos a largo plazo. La política reconoce que las políticas a corto plazo por sí solas no pueden garantizar seguridad alimentaria a largo plazo. Igualmente importante, sin embargo, es el reconocimiento de que los proyectos a largo plazo no pueden ser por sí solos priorizados a expensas de las necesidades a corto plazo: en palabras del presidente del Brasil, «las políticas estructurales requieren años, algunas veces décadas, para generar resultados consistentes. El hambre mata a personas cada día, produce separación social y familiar, genera enfermedades así como incrementa la violencia». Cfr. *Hunger Zero Project Document*, nota 108, *supra*. Para mayor discusión sobre las consecuencias políticas del enfoque sobre el contenido mínimo esencial, Cfr. capítulo VII.

curso representará una limitación en la capacidad de cumplimiento de un derecho, cuyo contenido es determinado independientemente.

6.1. El enfoque de la Corte

El enfoque de la Corte respecto a esta cuestión no es del todo claro. El enfoque dominante parece ser expresado en el caso *Sobramoney* por Chaskalson P. mediante el siguiente enunciado:

Lo que parece desprenderse de estas provisiones es que las obligaciones impuestas al Estado por las secciones 26 y 27 respecto al acceso a vivienda, cuidado sanitario alimentación, agua y seguridad social dependen de los recursos disponibles para tales propósitos, y que los derechos correspondientes son a su vez limitados debido a la falta de recursos ¹²⁹.

La afirmación de la Corte sugiere aquí que la disponibilidad de recursos debe ser tomada en cuenta al definir el contenido real del derecho en sí mismo. En un razonamiento separado, Sachs J. respalda específicamente la adaptación del análisis de los tradicionales derechos a fin de que tome en cuenta el problema de la escasez y los intereses contrapuestos ¹³⁰. Él sostiene que «cuando los derechos por su propia naturaleza son compartidos e interdependientes, no se debe entender a la realización de balances apropiados entre prerrogativas igualmente válidas o expectativas de una multitud de demandantes como una imposición de limitaciones a dichos derechos (los cuales luego tendrán que ser justificados en los términos de la sección 36), sino como definidores de las circunstancias en las cuales los derechos pueden ser disfrutados de la manera más justa y efectiva» ¹³¹.

En el caso *Grootboom*, también, la Corte afirmó que «la sección 26 no espera más del Estado que aquello que sea alcanzable dentro de sus recursos disponibles» ¹³² y, al hacer esto, sugirió que el contenido del derecho en sí mismo ha de ser determinado tomando en cuenta los recursos disponibles. Como ha venido discutiéndose, el enfoque de la Corte en el caso *TAC* tiende a concebir a los derechos socioeconómicos como prerrogativas que conceden un derecho a una acción razonable por parte del gobierno. Dado que la razonabilidad de la acción gubernamental debe determinarse tomando en cuenta los recursos disponibles, el contenido de los derechos está determinado parcialmente por los recursos disponibles.

De otro lado, Madala J. en el caso *Soobramoney* afirmó que «las garantías de la Constitución no son absolutas pero puede ser limitadas de una forma u otra... uno de los factores que limitan la realización de

¹²⁹ *Soobramoney vs. Minister of Health, Kwazulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC), p. [11].

¹³⁰ *Ibid.*, p. [54].

¹³¹ *Ibid.*, p. [54].

¹³² *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [46].

las garantías de la Constitución consiste en la limitación o escasez de los recursos»¹³³. Su posición, por tanto, parece construir a los derechos fundamentales como poseedores de un contenido previamente determinado respecto a la consideración de la disponibilidad de recursos. La escasez de recursos representa una limitación en la capacidad de cumplir con una garantía constitucional. El voto en mayoría en el caso *Soobramoney* puede también ser interpretado en un sentido que sugiera que los derechos socioeconómicos confieren prerrogativas que van más allá de aquello a lo que el gobierno puede ser obligado a proveer en el presente: «debido a esta falta de recursos y a la creciente necesidad de ellos que se ha venido experimentando, una obligación *no cualificada* respecto de la satisfacción de estas necesidades no será posible de ser satisfecha en el *presente* (el énfasis es mío)»¹³⁴. En el caso *Grootboom*, la Corte afirmó que la disponibilidad de recursos solo cualificaba el contenido de la obligación en relación con «el grado en el cual el mismo sea realizado así como la razonabilidad de las medidas empleadas para alcanzar el resultado»¹³⁵. Esto, también, puede respaldar la noción de que el contenido de las prerrogativas conferidas por la Constitución ha de ser determinada separadamente respecto de la consideración de la disponibilidad de recursos.

6.2. La importancia de los derechos condicionales

He tratado de demostrar que el pronunciamiento de la Corte no respalda claramente un enfoque por encima de otro. ¿Hay entonces valor en reconocer que un derecho existe cuando el mismo no puede ser realizado? ¿No es mejor acaso reconocer solamente aquellos derechos que sea posible realizar?¹³⁶ Al responder esta pregunta, se hace evidente que es de crucial importancia distinguir entre derechos condicionales e incondicionales. El error de la Corte en realizar esta distinción puede explicar su falta de claridad sobre este asunto.

Los derechos constitucionales protegen intereses fundamentales que las personas tienen y que surgen en sociedades que buscan tratar a los individuos con igual importancia. Estas garantías son diseñadas para permitir que las personas se vean libres de amenazas contra su supervivencia y sean capaces de alcanzar los fines que ellos valoren en el mundo. Si aceptamos esta teoría de los derechos condicionales, entonces se hace claro que tales derechos deben ser reconocidos incluso cuando ellos no sean realmente capaces de ser realizados. La gente tiene derechos condicionales en virtud de ser criaturas de un cierto tipo con ciertos intereses y no en virtud de tener control sobre cierta cantidad de recursos. La escasez de recursos no afecta si una persona

¹³³ *Soobramoney*, nota 129 arriba, p. [43].

¹³⁴ *Ibid.*, p. [11].

¹³⁵ *Grootboom*, nota 12, *supra*, p. [46].

¹³⁶ Esta pregunta es abordada en KRAMER, 2001a: 65-78.

tiene un derecho condicional, sino que por el contrario afecta la capacidad de realizar dicho derecho¹³⁷.

El reconocimiento de que las personas tienen derechos condicionales incluso cuando no es posible realizarlos es importante en el sentido de que reconoce que en un mundo de escasez, existen a menudo casos donde las personas no son capaces de adquirir aquello a lo que se encuentran facultados. Ello sugiere que cuando se reduzca la escasez, existen prerrogativas previamente que deben ser inmediatamente realizadas. La idea de que las personas tienen derechos condicionales incluso cuando no sean factibles de ser realizados ayuda, por tanto, a expresar la idea de que existe una pérdida moral, algo que es profundamente inquietante que ocurre cuando no todos pueden verse provistos con atención esencial de salud, alimentación, agua, y refugio. Esto nos exige cambiar esta situación tan pronto como nos sea posible de tal manera que las personas puedan verse provistas con aquello a que condicionalmente están facultadas. Si no reconocemos tales derechos, entonces el fallo en satisfacer las necesidades básicas bajo condiciones de escasez no viola ninguna de las exigencias que tienen las personas. La situación no exige cambio en tanto se encuentra en una posición donde las personas tienen derechos condicionales que no son satisfechos. Por tanto, el reconocimiento de que el derecho condicional de una persona no será realizado —si bien ineluctablemente— proporciona un fuerte sentido de que existe alguna injusticia o tragedia moral implicada en la incapacidad de realizar tales derechos. El hecho de que percibamos que tales circunstancias son profundamente inquietantes sugiere que nosotros en efecto reconocemos que existe algo moralmente defectuoso respecto a tal situación. Esta característica de nuestra psicología moral puede a su vez ser capturada reconociendo que las personas tienen derechos condicionales en tales situaciones que no pueden ser efectivizados.

Sin embargo, como propuse en el capítulo III, existen muchos problemas con afirmar que tales derechos condicionales son en efecto incondicionales. Primero, no tiene sentido imponer una obligación incondicional cuando tal obligación no puede ser realizada. Esto violaría el principio básico de que «deber implica poder». Segundo, no se presta la debida atención a los costes generales que la realización de tales derechos puede imponer en la sociedad. Finalmente, una obligación incondicional implicaría que incluso en una sociedad muy diligente, la cual ha realizado un gran esfuerzo para realizar las necesidades básicas de sus integrantes, incumpliría sus obligaciones si unas pocas personas se ven obligadas a permanecer por debajo del umbral mínimo. Por tanto, al momento de traducir derechos desde una forma condicional a una forma incondicional, es necesario hacer referencia a

¹³⁷ DONNELLY, 1982: p. 392-5 sostiene que este análisis de los derechos condicionales está de acuerdo con cómo los casos de imposibilidad de realización son tratados en relación con los derechos del derecho privado.

una amplia gama de factores relevantes a la pregunta de si el Estado debe estar incondicionalmente obligado a asegurar que los intereses fundamentales de las personas sean realizados en un caso en particular¹³⁸. La escasez de recursos será uno de los factores que ha de ser considerado, y, por tanto, jugará un rol en la determinación del contenido de las obligaciones incondicionales. Consecuentemente, la disponibilidad de recursos no debe ser considerada en la determinación del contenido de las obligaciones incondicionales. En ese sentido, la disponibilidad de recursos no debe ser considerada en la determinación del contenido de los derechos condicionales pero debe ser considerada al proporcionar contenido a las obligaciones incondicionales.

También existen algunos argumentos textuales en la Constitución sudafricana que pueden ser presentados en favor de la adopción de este enfoque. Considerando la estructura de los principales derechos socioeconómicos en la Constitución. Primero, está el reconocimiento de derechos condicionales en las secciones 26.1) y 27.1). Estos derechos están expresados en términos no cualificados y son reconocidos como existentes independientemente de las circunstancias. Sin embargo, las secciones 26.2) y 27.2) destacan que lo que puede exigirse al Estado solo es que adopte las medidas razonables respecto a realizar estos derechos, y que sus obligaciones se encuentran cualificadas con base en la disponibilidad de recursos. En consecuencia, se hace evidente que las implicaciones prácticas de los derechos en las secciones 26.1) y 27.2). Sin embargo, las dos subsecciones se encuentran separadas. Esto puede entenderse como una expresión de la importancia de reconocer la distinción entre prerrogativas condicionales e incondicionales. El contenido de los derechos de las secciones 26.1) y 27.1) debe ser determinado independientemente de la cuestión referida a cuál de las obligaciones del Estado están implicadas en la realización de dichos derechos. La razón para esto radica en la propia justificación para el reconocimiento de tales derechos. Sin embargo, las obligaciones actuales e incondicionales del Estado deben tener en cuenta la escasez (y otros factores). Cuando dicha escasez sea reducida, las obligaciones del Estado cambiarán también. Por tanto, la escasez determina el grado en el cual el derecho condicional puede ser realizado pero no cualifica el contenido real del derecho condicional en sí mismo.

Se puede objetar, sin embargo, que no existe virtud práctica en reconocer un derecho condicional que es esencialmente embrionario. ¿Cuál es la diferencia entre reconocer que tal derecho existe y no puede ser cumplido, y no reconocer que tal derecho existe? Además de las virtudes teóricas que han sido mencionadas¹³⁹, podrían haber

¹³⁸ El reconocer tanto a los derechos condicionales como incondicionales no es simplemente una distinción, sino que nos permite tomar también en cuenta a estos puntos morales sustantivos.

¹³⁹ He argumentado en favor de las virtudes teóricas de este análisis en este capítulo y en el capítulo III.

ciertos efectos prácticos en adoptar un enfoque consistente en reconocer derechos condicionales que no pueden ser cumplidos en las condiciones actuales. Primero, el reconocimiento de una prerrogativa existente implica que el gobierno debe modificar la posición actual a fin de cumplir con los derechos condicionales de las personas tan pronto como le sea posible¹⁴⁰. Como tal, se debe esperar que el gobierno realice un esfuerzo real en incrementar su control sobre los recursos a fin de que le sea posible realizar estos derechos condicionales. Sus acciones pueden ser controladas, por tanto, en relación con sus éxitos en remover las barreras que impiden la realización de estos derechos. Esto se corresponde con la distinción hecha por Sen¹⁴¹. Él distingue entre un derecho a X (por ejemplo, verse libre de padecer hambre), y un meta derecho a X (verse libre de padecer hambre). El meta derecho es un derecho a tener acceso a políticas que genuinamente busquen efectivizar el derecho a X (a verse libre de padecer hambre). Reconocer que muchos factores impiden la completa efectividad de un derecho condicional no implica inmediatamente que esos factores derroten cualquier obligación que surja de tal derecho. Las razones en favor del derecho siguen exigiendo que el gobierno remueva los obstáculos para su completa efectividad.

Segundo, la existencia continuada de estas prerrogativas también puede ayudar a influenciar el comportamiento de aquellos que tienen recursos a disposición pero que no se encuentran legalmente obligados a proveer ayuda a aquellos que sufren de privaciones (otros países, por ejemplo). La idea de que las personas están siendo privadas de algo a lo que están facultadas en virtud a sus intereses fundamentales que ellas comparten con otros puede tener un efecto persuasivo importante. Finalmente, el hecho de que un derecho condicional existe incluso cuando el no cumplimiento implique que, tan pronto como las razones que lo impiden desaparezcan —se alcanza por ejemplo una cantidad suficiente de recursos— el gobierno deba actuar a fin de efectivizar estos derechos.

Una analogía basada en una suspensión temporal del mandato —un remedio desarrollado por la Corte Constitucional— es de utilidad para entender la situación que surge cuando existe un fallo en el cumplimiento del contenido mínimo esencial de un derecho debido a que es imposible hacerlo. En el caso *Fraser vs. Children's Court, Pretoria North*¹⁴², la Corte determinó que la Ley de Asistencia Infantil 74 de 1983 era inconstitucional en el extremo en que no exigía que el padre de un niño ilegítimo no consintiese su adopción. Ninguno de los remedios propuestos por la Corte, sin embargo, pudo corregir el defecto en el interín sin causar otras dificultades políticas severas. Se requi-

¹⁴⁰ En otras palabras, esta frase significa tan pronto como la razón que lo impide sea superada.

¹⁴¹ SEN, 1984a: 70.

¹⁴² 1997 (2) SA 261 (CC).

rió una nueva legislación para resolver las complejas cuestiones políticas implicadas en corregir la legislación existente. Como resultado, la Corte decidió declarar inconstitucional la ley, pero suspendiendo su declaración de invalidez por dos años hasta que el parlamento haya hecho posible corregir el defecto. Esta orden reconoció que la ley vigente violó el derecho condicional de un padre. Desde que no era posible desarrollar la situación inmediatamente sin causar otras consecuencias no deseadas, se mantuvo el *status quo* actual temporalmente hasta que el legislativo corrija todo el marco. Finalmente, los derechos habrían de ser realizados, pero en el presente se consideró que era imposible hacerlo.

Cuando el gobierno no puede realizar el contenido mínimo esencial de un derecho, la situación es similar a la que surge en el caso de una suspensión temporal del mandato. Es importante reconocer que en tales circunstancias existe una grave violación a los derechos condicionales de la persona, lo cual tiene serias consecuencias para los individuos. Sin embargo, el gobierno no tiene la capacidad de resolver este problema de manera inmediata. La obligación de cumplir derechos condicionales está «suspendida» hasta que el gobierno esté en posición de hacerlo. Una vez se de esto, debe cumplir inmediatamente su obligación. La ventaja de este análisis consiste en que preserva la idea de que incluso en condiciones de imposibilidad, las personas retienen ciertos derechos condicionales a que el contenido mínimo esencial sea satisfecho, incluso si tales derechos no pueden ser realizados debido a la situación actual. Una vez que estas condiciones cambien, los derechos condicionales se transforman en derechos incondicionales y deben ser cumplidos.

6.3. Distinguiendo entre el umbral mínimo esencial y el umbral pragmático mínimo

Existen, sin embargo, ciertas instancias, particularmente en relación con el derecho a la asistencia sanitaria, donde la obligación de realizar incluso el contenido mínimo esencial parece estar permanentemente suspendido. Esto plantea un número importante de cuestiones relacionadas con el propósito de reconocer una obligación mínima esencial. Si es imposible de realizar el contenido mínimo esencial ¿tiene algún sentido emplear el concepto en tal contexto?

Para responder a esta pregunta, es importante retomar las razones que empleó el Comité de las Naciones Unidas para introducir el concepto. Como ya se ha sostenido, estos propósitos no eran del todo claros: sin embargo, el Comité ha sugerido dos razones fundamentales que llevan a dos nociones diferentes, mismas que requieren ser diferenciadas entre sí. La primera es un concepto que surge de la idea de que existen intereses urgentes que deben tener prioridad por encima de otros; la segunda es la importancia de tener parámetros mínimos

en función de los cuales evaluar la acción estatal. En las afirmaciones del Comité de las Naciones Unidas concernientes al contenido mínimo esencial, parece existir una combinación entre estas dos nociones. En relación con los derechos de subsistencia más urgentes, esto no importa; sin embargo, en el caso de la asistencia sanitaria, estos dos conceptos se separan y deben ser distinguidos conceptualmente. La distinción tendrá también implicaciones respecto a cómo el derecho será concretizado y exigido.

6.3.1. *El contenido mínimo esencial basado en principios*

La primera noción es lo que puede llamarse el «contenido mínimo esencial basado en principios». Esencialmente, esta es la noción primaria y una de las que ha venido siendo analizada hasta ahora en este capítulo. Esta noción se relaciona con la afirmación emitida por el Comité de las Naciones Unidas en el sentido de que el contenido mínimo esencial describe «niveles mínimos esenciales del derecho». El contenido mínimo esencial se refiere aquí a los recursos mínimo esenciales que son necesarios para permitir que los individuos se vean libres de amenazas contra su supervivencia y que alcancen un nivel mínimo de bienestar. El contenido mínimo esencial no abarca los recursos necesarios para vivir una vida decente o digna dentro de una comunidad, sino que por el contrario los recursos básicos que permiten a las personas moverse más allá de la inanición, sed y la mendicidad.

Uno de los males centrales que el Comité de las Naciones Unidas buscó remediar cuando adoptó el enfoque del contenido mínimo esencial fue también la falta de parámetros prácticos en función de los cuales evaluar la acción de los Estados a fin de satisfacer las necesidades de las personas. Este es el segundo aspecto fundamental del contenido mínimo esencial: el desarrollo del umbral en función del cual poder valorar la acción estatal. En relación con la alimentación, agua, y vivienda, parece ser que la noción del contenido mínimo esencial basado en principios puede proporcionar tales parámetros. Podemos determinar la cantidad de alimento necesario para evitar la malnutrición o el agua necesaria para evitar deshidratación. El alcanzar este estándar no requerirá, generalmente, un alto grado de provisión, y la provisión de tal alimento estará en la mayoría de los casos, dentro de los recursos que tenga el Estado parte. Las acciones del Estado pueden ser entonces medidas en función de si proveen este nivel de alimento, agua, y vivienda. Sin embargo, las cuestiones son diferentes en el contexto de la asistencia sanitaria.

Consideremos la definición de la obligación mínima esencial como un deber de asegurar que los individuos sean capaces de verse libres de amenazas a su supervivencia. En relación con la asistencia médica, la imposición de esta obligación mínima esencial implicaría no solamente asistencia médica básica, sino también la provisión de medicamentos

costosos y tratamientos tales como diálisis y trasplantes de corazón que son necesarios para preservar la vida. La imposición de tal obligación podría excluir destinar dinero a cualquier otra área del esfuerzo humano y destinar la totalidad del presupuesto de un país a ser absorbido por los gastos de salud ¹⁴³. El problema de proveer tal asistencia de manera universal es explicado elocuentemente por Moellendorf:

«El coste de proporcionar a todos los ciudadanos los recursos médicos que requieren, a diferencia de los costes de proveer de manera universal vivienda y acceso a comida y agua, puede ser ilimitado dado que los costes que implica desarrollar nueva tecnología son elevados y la necesidad por los recursos continuará creciendo en tanto los nuevos tratamientos se vuelvan accesibles. Si los costes de proporcionar a todos los ciudadanos los recursos médicos que requieren son ilimitados, entonces los recursos claramente disponibles son insuficientes para satisfacer todas las demandas y por ende se requerirá un sistema racional para los recursos disponibles ¹⁴⁴».

El segundo problema con enfocar todos los gastos en la provisión de los servicios asistencia de salud consiste en que inevitablemente afectará la realización de otras necesidades menos costosas, tal como la provisión de vivienda y alimentación. El fallo en realizar estos intereses a su vez tiene un impacto sobre la salud de los individuos. Por tanto, enfocar el gasto solamente en los servicio de asistencia médica que satisface las necesidades de supervivencia puede ser contraproducente incluso desde un punto de vista que está relacionado con promover la salud de los individuos ¹⁴⁵.

Finalmente, el elevado gasto necesario para mantener a todos en el nivel exigido por el contenido mínimo esencial en relación con la asistencia de salud aseguraría que las personas puedan lograr solo un estándar de vida muy bajo. Como recurso estarían a disposición de las personas para cumplir con sus proyectos y fines más allá de aquellos concentrados en garantizar las necesidades de supervivencia.

Por tanto, en el contexto de la asistencia de salud, es posible decir que existen en efecto fuertes razones que respaldan un mínimo esencial que priorizan la asistencia de salud necesaria para sobrevivir y para aliviar el sufrimiento. Sin embargo, existen fuertes razones contrapuestas en esta área que no imponen obligaciones prácticas sobre los gobiernos para que este cumpla con el mínimo de manera com-

¹⁴³ Los problemas mencionados aquí variarían en su severidad de acuerdo con el nivel de desarrollo de un país.

¹⁴⁴ MOELLENDORF, 1998: 332.

¹⁴⁵ El Comité de las Naciones Unidas ha reconocido estos puntos por incluir acceso a la alimentación básica, agua y refugio como parte del contenido mínimo esencial del derecho a la salud. Una publicación de la UNESCO ha reconocido un punto similar en relación con otros servicios de asistencia médica. La provisión del acceso igual a cuidados de alta tecnología incluso en las naciones industrializadas, afirma, «incrementaría inevitablemente el nivel de gasto a un punto en el cual se excluiría la asistencia preventiva para los jóvenes, y mantendría la asistencia en los adultos»: Cfr. BRODY, 1993, citado en el caso *Soobramoney*, nota 129, *supra*, p. [53].

pleta. A la luz de esta conclusión, se puede objetar que la idea de un «contenido mínimo esencial» pierde su utilidad en el contexto del derecho a servicios de asistencia de salud. Probablemente, debemos renunciar a esta idea y enfocar nuestras energías en definir los estándares mínimos en función de los cuales se puede medir la acción gubernamental.

Es importante plantear dos cuestiones para responder esta objeción, primero debemos tomar nuevamente en cuenta la distinción entre los derechos condicionales e incondicionales. Los umbrales están determinados en función de los derechos condicionales, y explican qué es lo que, bajo condiciones ideales, las instituciones políticas basadas en la importancia equitativa de personas deben buscar garantizar a cada individuo. Este umbral reconoce, por tanto, una importancia crucial a los individuos para tener la asistencia de salud necesaria para sobrevivir. La provisión de tal asistencia de salud implica una prioridad (así como con otros derechos socioeconómicos) y solo razones fuertes pueden coadyuvar a justificar el fallo en proporcionar tales servicios. El identificar el contenido mínimo esencial basado en principios asegura que estos intereses individuales urgentes sean reconocidos y ocupen un lugar central en la lista de los problemas que los gobiernos están obligados a abordar. Dicha importancia persiste incluso si existen razones fuertes del por qué un gobierno no puede permitirse realizar la totalidad del contenido mínimo esencial. Prestar atención solo a estándares pragmáticos, como se discutirá más adelante, pierde de vista la urgencia que ciertos intereses tienen para los individuos independientemente de las limitaciones a nivel de los recursos¹⁴⁶. Probablemente se generen consecuencias trágicas para los individuos incluso si simplemente no es posible brindarles estos intereses importantes. El contenido mínimo esencial, por tanto, tiene la virtud de colocar estos intereses de manera clara y, prácticamente, seguir requiriendo justificación para el fallo en realizarlos¹⁴⁷.

Segundo, la formulación de cualquier estándar pragmático mínimo no tiene lugar en el vacío. La cuestión consiste en que sin alguna forma de fundamentación basada en principios, los estándares pragmáticos son propensos a ser arbitrarios. Es, por tanto, necesario tener un trasfondo teórico que determine por qué los estándares prácticos mínimos han sido determinados de la manera en que lo fueron. El reconocimiento de los intereses implicados debe ser central para cualquier formulación de estándares prácticos en relación con los derechos fundamentales, y diferenciar los niveles de urgencia que deben ser fijados para la realización de tales intereses. Por tanto, aunque el contenido

¹⁴⁶ Esto puede ser la fundamentación de la visión de que la obligación existe independientemente de los recursos disponibles para un país. Cfr., por ejemplo, TOEBES, 1999: 244.

¹⁴⁷ Respecto a la importancia del enfoque del contenido mínimo esencial en colocar una carga al Estado para justificar su fallo en satisfacer las obligaciones mínimas esenciales, Cfr. LIEBENBERG, 2003: 176-7.

mínimo esencial no proporcione por sí mismo el estándar mínimo en función del cual se evaluará la acción del gobierno, dicho contenido sigue siendo importante para definir —conjuntamente con una gama amplia de factores— los estándares prácticos que serán utilizados. Consecuentemente existen buenas razones para mantener la idea de un contenido mínimo esencial basado en principios incluso en el caso del cuidado de salud, aun cuando no sea completamente realizable.

6.3.2. *El umbral pragmático mínimo*

Sin embargo, centrar la atención en el contenido mínimo esencial basado en principios solamente en el contexto de la asistencia de salud significará que carecemos de estándares prácticos mínimos que los gobiernos estén en la obligación de cumplir en la provisión de asistencia de salud. Probablemente esta es una de las funciones importantes que fue imaginada cuando la noción de una obligación mínima esencial fue inicialmente desarrollada. La sucinta afirmación del Comité de las Naciones Unidas respecto de los problemas que dicha obligación enfrentaba en los reportes proporcionados por los Estados sugiere que los países que generalmente tienden a evadir sus responsabilidades en relación con los derechos socioeconómicos al aludir a la vaguedad de los derechos contenidos en el Pacto y al tratar de evitar cualquier definición específica de los mismos. Una de las funciones de reconocer una obligación mínima esencial consistía, por tanto, en identificar ciertas obligaciones claras impuestas por el Pacto, así como dar un contenido más definido a estos derechos. Al identificar un nivel mínimo por debajo del cual la acción gubernamental no debe fallar, la obligación mínima esencial asegura que los derechos en el Pacto puedan ser exigibles y efectivizados. Sin embargo, si en el caso del cuidado de salud, el contenido mínimo esencial basado en principios no puede en ningún caso proveer estándares prácticos en función de los cuales la acción gubernamental puede ser medida, entonces el mismo falla en desarrollar este propósito importante.

Este razonamiento sugiere que a pesar de que no debemos reemplazar la noción del contenido mínimo esencial basado en principios, sigue siendo importante definir adicionalmente ciertos estándares prácticos mínimos, los que la acción gubernamental debe cumplir dentro de la esfera de la asistencia de salud como una cuestión de urgencia. Denominaré a estos estándares como el «umbral pragmático mínimo». El definir un umbral como este requeriría un número de factores —además de la urgencia de los intereses que he mencionado anteriormente— de los cuales solo algunos pueden ser abordados aquí. Primero, el coste del tratamiento requerido sería claramente relevante. Segundo, la disponibilidad de recursos requiere ser tomada en cuenta. Tercero, será de gran importancia realizar una ponderación entre una estrategia enfocada en prevenir el surgimiento de problemas a nivel

de la atención de salud y una estrategia curativa que se centre en tratar los problemas en el servicio de salud que se presenten. Cuarto, se debe intentar asegurar ofrecer a cada individuo iguales oportunidades de tratamiento. Finalmente, debe ser considerado el impacto de un mínimo pragmático en la consecución de otras necesidades y requerimientos en la sociedad.

El Comité de las Naciones Unidas ha definido en efecto un umbral mínimo pragmático en su Observación General 14 en torno al derecho a la atención médica. En su Observación General, el Comité General de las Naciones Unidas apunta a definir una obligación básica para «asegurar la satisfacción de, como mínimo, niveles esenciales mínimos» del derecho hasta el estándar de salud más altamente obtenible en el Pacto Internacional¹⁴⁸. Sin embargo, las obligaciones que define no llegan de ninguna manera a satisfacer las necesidades de supervivencia que tienen las personas¹⁴⁹. Gran parte del cuidado de salud primordial es dejado fuera del alcance del contenido mínimo esencial¹⁵⁰. Por tanto, es evidente que la definición del contenido mínimo esencial no solo ha sido gobernada por la naturaleza «esencial» de los intereses implicados sino también por las consideraciones pragmáticas.

Por tanto, se llega al umbral pragmático mínimo tomando en consideración tanto al contenido mínimo esencial, así como a otras consideraciones teóricas, conjuntamente con los recursos y capacidad disponible en una sociedad en particular. Estas consideraciones se usan, por tanto, en el proceso de formular un umbral que especifique un estándar pragmático mínimo al cual los gobiernos deben dedicar urgente atención. Este estándar es un conglomerado de consideraciones basadas en principios y pragmáticas que carece de la simplicidad de la justificación empleada para el contenido mínimo esencial basado en principios¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. p. [43]. Esta definición del contenido mínimo esencial se deduce de la Observación General 3 en su p. [3].

¹⁴⁹ Cfr. Observación General 14, p. [43] donde el Comité define las obligaciones básicas y en la p. [44], donde reconoce las obligaciones de «prioridad comparable». La dificultad de obtener un fundamento basado completamente en principios para el contenido mínimo esencial pragmático en relación con la asistencia de salud puede que haya dado lugar a esta última categoría adicional de obligaciones. Para postulados similares al contenido mínimo esencial en relación con el cuidado de salud, Cfr. HUNT, 1996; TOEBES, 1999, y CHAPMAN, 2002.

¹⁵⁰ Los ejemplos incluyen cirugías y tratamientos de enfermedades mortales que no constituyen enfermedades epidémicas.

¹⁵¹ Muchos autores han fallado en distinguir entre estas dos concepciones diferentes del contenido mínimo esencial y, por tanto, las bases normativas de las mismas carecen de claridad. Los siguientes autores parecen haber entendido al contenido mínimo esencial como un umbral pragmático mínimo. En ese sentido, EIDE, 1989: 47, por ejemplo, considera al enfoque del umbral mínimo como representante de «un compromiso pragmático entre lo ideal y lo realista». BRAND y RUSSELL, 2002: 14, también afirman que la noción de obligaciones mínimas del Estado supera el vacío existente «entre prerrogativas fundamentales y escasez de recursos». Cfr. también el enfoque de ANDREASSEN *et al.*, 1987 y 1992.

El distinguir entre estándares basados en principios y estándares pragmáticos dentro de la idea de establecer un umbral mínimo nos permite entender las distintas intenciones teóricas y prácticas que tal concepto debe satisfacer. En el caso de la mayoría de los otros derechos de subsistencia, estos propósitos (y consecuentemente, ambos conceptos) se yuxtaponen. Ellos no lo hacen en el caso de la asistencia de salud. Será necesario, por tanto, realizar modificaciones a nuestros marcos conceptuales y políticos a fin de dotar de efectividad al derecho a la asistencia de salud ¹⁵².

En resumen, ¿cuáles son entonces las consecuencias del enfoque del contenido mínimo esencial en el derecho a los servicios de asistencia de salud en un país como Sudáfrica? Mientras que no sea posible garantizar a todos los individuos en Sudáfrica el tratamiento necesario para eliminar todas las condiciones que generalmente amenazan su supervivencia, es factible que el gobierno instituya algunos programas que ofrezcan protección en contra de algunas de las amenazas más persistentes a la supervivencia. Estos incluyen, por ejemplo, eliminar la malnutrición, y asegurar un acceso igual y urgente a los programas de tratamiento en contra del VIH/SIDA, así como su disponibilidad. En este sentido, el contenido mínimo esencial basado en principios puede jugar un rol en el desarrollo de estándares pragmáticos mínimos en función de los cuales evaluar los programas gubernamentales de salud.

También, los servicios de asistencia de salud en muchas partes de Sudáfrica se encuentran en un estado deplorable, lo cual tiene un profundo impacto en la salud de las personas. El Departamento de Salud debe estar, por tanto, obligado a desarrollar estándares pragmáticos mínimos a ser satisfechos como cuestión de prioridad dentro del sistema de asistencia pública de salud. Tales estándares también proporcionarán estándares básicos que pueden ser instaurados a lo largo del tiempo así como para asegurar la realización progresiva del derecho a los servicios de asistencia de salud en Sudáfrica.

El derecho al cuidado de salud requiere por lo menos que un número de fines sean establecidos en la política gubernamental (esto no requiere ser hecho por las Cortes), que un nivel mínimo de servicio sea especificado, y que el gobierno establezca planes detallados y programas para un incremento de la calidad de asistencia médica a lo largo del tiempo dentro de indicadores medibles, objetivos, y plazos perentorios. Las razones para establecer su plan particular y sus planteamientos del umbral pragmático mínimo pueden ser evaluadas por las Cortes. Además, si el gobierno falla en satisfacer sus objetivos, incumpliría con sus deberes constitucionales de realizar el derecho a la asistencia de salud progresivamente a lo largo del tiempo. Las Cor-

¹⁵² El término «contenido mínimo esencial» debe ser entendido para hacer referencia al contenido mínimo esencial basado en principios en este libro a no ser que se indique lo contrario en el texto.

tes requieren estar preparadas para imponer obligaciones al gobierno a fin de que desarrolle tal plan, evaluar el plan, y obligar al gobierno a implementar el plan. De esta manera, se puede forjar una ruta a fin de realizar una cuestión de principios mucho más importante: una decente asistencia de salud para todos.

7. LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS

La discusión hasta este momento ha demostrado que la disponibilidad de recursos es uno de los factores centrales que deben ser tomados en cuenta cuando se determinan las obligaciones incondicionales de un gobierno en el contexto de los derechos socioeconómicos. Por tanto, preciso decir un poco más respecto de la interpretación de la frase «dentro de los recursos disponibles», la cual aparece en las secciones 26.2) y 27.2) de la Constitución. La cesión del caso *Soobramoney* de la Corte Constitucional¹⁵³ es la única decisión hasta ahora que se ha basado en la escasez de recursos y, por tanto, requiere mayor discusión.

7.1. *Soobramoney*

El caso giraba en torno a un hombre desempleado de cuarenta y un años proveniente de Kwazulu-Natal que padecía de diabetes. También padeció de enfermedades cardíacas y vasculares, las cuales llevaron a que sufriera un ataque en 1996. En el mismo año sus riñones también fallaron, por lo que llegó ante la Corte en los estadios finales de un fallo renal crónico. Él sostenía que su vida podría ser prolongada mediante la realización de un tratamiento de diálisis y, por tanto, afirmaba, con base en diversas normas constitucionales, que tenía el derecho a recibir tal tratamiento.

Cada tratamiento de diálisis dura cuatro horas además de otras dos horas para permitir la limpieza de la máquina. En Durban existían condiciones limitadas para la realización de diálisis renales y no había suficientes recursos para proporcionar diálisis a todos aquellos que sufrían de fallos renales. Como resultado de esto, el hospital tuvo la política de tratar solamente fallos renales agudos, los cuales podrían ser tratados y remediados por la diálisis renal, o aquellos quienes fuesen elegibles para un trasplante de riñón. Mr. *Soobramoney* requirió que la Corte obligue al Estado a poner fondos a disposición de la clínica de diálisis a fin de que se le provea del tratamiento de diálisis que él requería.

Solo tomaré en consideración aquellas partes del juicio relacionadas con la sección 27.1). En el voto en mayoría, Chaskalson P. comenzó por explicar el contexto en el cual la decisión habría de ser tomada:¹⁵⁴

¹⁵³ Cfr. nota 129, *supra*.

¹⁵⁴ *Soobramoney*, nota 129, *supra*, p. [8].

«Vivimos en una sociedad en la cual existen grandes disparidades de riqueza. Millones de personas se encuentran viviendo en condiciones deplorables y gran pobreza. Existe un alto nivel de desempleo, seguridad social inadecuada, y muchos no tienen acceso a agua potable o a servicios de salud adecuados. Estas condiciones existían antes que la Constitución fuera adoptada. El deseo por resolverlas, así como de transformar nuestra sociedad en una en la cual exista dignidad humana, libertad e igualdad, se encuentra en el corazón de nuestro nuevo orden constitucional. Mientras estas condiciones continúen existiendo dicha aspiración suena hueca».

Él afirmaba que las obligaciones impuestas al Estado por las secciones 26 y 27 dependían de los recursos disponibles para tales propósitos, y que los derechos en sí mismos se encontraban limitados debido a la falta de recursos. En relación con las actuales asignaciones presupuestales, existía una mayor cantidad de pacientes que la que podría ser acogida en las máquinas de diálisis existentes en el sector público. «Este es un problema de alcance nacional y los recursos están distribuidos en todo el país»¹⁵⁵. La Corte sostuvo que las directrices que habían sido desarrolladas eran justas y racionales: estaban orientadas a beneficiar a la mayoría de pacientes y dedicadas a la curación de los pacientes. De otro lado, si todo aquel que se encontraba en la misma condición de Soobramoney recibiese un tratamiento de diálisis, el programa actual colapsaría y nadie se beneficiaría de ello.

La Corte aclaró este punto: si Soobramoney recibiese el tratamiento de diálisis, entonces otros en una situación similar también tendrían que recibir dicho tratamiento. Esto representaría un coste elevado. La Corte tomó nota del presupuesto correspondiente al departamento de salud de Kwazulu-Natal en el cual había habido un importante gasto en el año 1996-1997¹⁵⁶. Se determinó que si todos aquellos con fallo renal fuesen tratados, «el coste que ello representaría significaría afectaciones importantes al presupuesto de salud. Y si este principio fuese aplicado a todos los pacientes que exigían tener acceso a tratamientos médicos costosos o medicamentos costosos, el presupuesto de salud habría de ser dramáticamente incrementado afectando otras necesidades que el Estado también estaba obligado a cumplir»¹⁵⁷. La administración de la provincia tuvo que tomar decisiones difíciles al momento de determinar el presupuesto de salud, y al decidir sobre las prioridades a ser satisfechas. Chaskalson P. afirmó que «una Corte será moderada al momento de interferir con las decisiones racionales tomadas de buena fe por los órganos políticos y las autoridades médicas cuya responsabilidad consiste en lidiar con tales cuestiones»¹⁵⁸.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. [24].

¹⁵⁶ En dicho año, hubo un sobre gasto de 152 millones de rands, y en el año de la decisión el sobre gasto apuntaba a llegar a los 700 millones de rands. Cfr. *Soobramoney*, nota 129, *supra*, p. [24].

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. [28].

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. [29].

Además, el Estado está obligado a lidiar con sus recursos limitados a fin de abordar todas las exigencias básicas que se le dirijan. «Habrán momentos en los cuales esto requerirá adoptar un enfoque holístico respecto de las grandes necesidades de la sociedad antes que enfocarse en las necesidades específicas de individuos particulares dentro de la sociedad»¹⁵⁹. Chaskalson P. concluyó sobre esta base que el fallo en proporcionar la diálisis renal a aquellos que padecían de insuficiencia renal crónica no representaba un incumplimiento de las obligaciones que el Estado tenía con base en la sección 27.

7.2. El conjunto de recursos disponibles

Dos cuestiones importantes surgen de este caso, mismas que están relacionadas con el enfoque del contenido mínimo esencial, así como con la teoría jurídica en torno a los derechos socioeconómicos en general. La primera cuestión se relaciona con el conjunto de recursos que ha de ser considerado como disponible para propósitos de la realización de las exigencias basadas en derechos socioeconómicos. La segunda cuestión se refiere a cómo la división de estos recursos ha de ser abordada. A continuación discutiré cada una de estas cuestiones.

En relación con la primera cuestión, Moellendorf¹⁶⁰ ha resaltado que la noción de «recursos disponibles» es ambigua. «Ella puede hacer referencia a aquellos recursos que han sido asignados a un ministro o a un departamento y han sido presupuestados para la protección del derecho. Alternativamente, puede hacer referencia a cualquier tipo de recurso que el Estado pueda dedicar a proteger el derecho»¹⁶¹. Moellendorf reconoce que estas son dos versiones extremas de qué es lo que dicho término significa y que se puede buscar encontrar algo entre estos dos extremos. En el caso *Soobramoney*, él afirma, Chaskalson P emplea generalmente el término en su sentido más restringido, haciendo referencia a los recursos dirigidos por el gobierno de la provincia a los tratamientos de diálisis renal.

Esta posición, él sostiene, no está de acuerdo con la posición que adoptó la Corte en su decisión anterior respecto al caso *Certification*¹⁶². En dicho fallo, se considera la objeción de que la inclusión de los derechos socioeconómicos en una Declaración de Derechos podría llevar a las Cortes a ordenar al gobierno cómo es que debe distribuir su presupuesto. Mientras que la Corte reconoció que los derechos socioeconómicos pueden tener implicaciones directas en cuestiones presupuestarias, también encontró que esto era cierto cuando la efectividad de los derechos civiles y políticos se encontraba en discusión. Se concluyó

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. [31].

¹⁶⁰ 1998.

¹⁶¹ *Ibid.*: p. 330.

¹⁶² *In Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (4) SA 744 (CC).

que «desde nuestro punto de vista no se puede decir que al incluir los derechos socioeconómicos dentro de la Declaración de Derechos, se haya conferido una tarea a las Cortes distinta a aquella que ordinariamente es propia o que resulte en un incumplimiento del principio de separación de poderes»¹⁶³.

En este pasaje la Corte no limita su rol a la resolución de conflictos a nivel de las exigencias basadas en derecho dentro del marco de las distribuciones presupuestarias existentes. «Por el contrario la Corte puede emitir sentencias respecto a estos derechos, así como respecto a otros derechos, que requieran un cambio en las prioridades fiscales»¹⁶⁴. Moellendorf respalda tal lectura amplia de la expresión «recursos disponibles», dado que él sostiene que una lectura restrictiva reduciría los derechos a meras «prioridades políticas». Los derechos, él sostiene, «deben tener algún rol en guiar la política antes que ser dependientes de ella, si ellos han de ser considerados como verdaderos derechos y no meras prioridades»¹⁶⁵.

Sin embargo, Moellendorf no pone atención a la manera en la cual él usa el término «prioridad» y falla en explicar cuál es la diferencia exacta entre derecho y prioridades políticas. Su razonamiento sugiere que esto es una «distinción de especie» entre diferentes tipos de razón. Pero, desde mi punto de vista, cuando la noción de prioridad es considerada propiamente, la distinción no deviene en una de especie sino entre razones con diferentes grados de fuerza. Los derechos condicionales son razones que tienen un peso especial. Si reconstruimos el argumento de Moellendorf bajo esta luz, entonces se hace evidente cuál es el problema real con la interpretación estricta de los «recursos disponibles».

Construir la expresión «recursos disponibles» en un sentido estricto equivaldría a ignorar el peso especial que debería ser adicionado a los derechos. «Sería destacable, por ejemplo, que la Corte afirme que el derecho a un juicio justo no requiere ser protegido debido a que aquellos que legislan y administran el presupuesto simplemente no facilitaron los recursos necesarios para garantizar juicios justos»¹⁶⁶. Ello permitiría al gobierno evitar realizar derechos condicionales meramente en virtud a su asignación presupuestaria. Tales distribuciones puede que estén bien motivadas pero también es posible que ellas puedan fallar en tener consideración suficiente de los intereses urgentes de los individuos o estar basadas en la deficiente administración de los recursos. Como he sostenido líneas arriba, a fin de derrotar a los derechos condicionales, es esencial plantear razones de peso suficiente para ello. Por tanto, si la asignación del presupuesto busca proveer

¹⁶³ *In Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (4) SA 744 (CC), p. [77].

¹⁶⁴ MOELLENDORF, 1998: 331.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. [77].

¹⁶⁶ *Ibid.*: p. 331.

una razón suficiente para no cumplir con ciertos derechos condicionales, entonces dicha asignación en sí misma requiere estar justificada por razones de peso suficiente para justificar el fallo en cumplir con tales derechos. Esto explica por qué la mera asignación de recursos por parte del gobierno no puede ser considerada por sí sola para justificar el no cumplimiento de los derechos. Deben de haber buenas razones que subyazcan a tal asignación, las cuales tengan en cuenta el peso especial que ha de ser adscrito a los derechos condicionales. El no reconocimiento de este punto será incompatible con la justificación para la inclusión de los derechos socioeconómicos en una Declaración de Derechos. En consecuencia, dado que el Estado puede ser llamado a justificar su asignación de los recursos, el conjunto de recursos que deben ser considerados como «disponibles» deben ser todos aquellos que caen dentro del control del Estado.

Dicha formulación, sin embargo, admite en sí misma varios significados. Es claro que hace referencia por lo menos a aquellos recursos que son propiedad del Estado y que pueden formar parte del presupuesto nacional. Cualquier otra construcción más estricta de esta frase no es conforme con un enfoque intencional para la interpretación de los derechos socioeconómicos. Lo que es controvertido, sin embargo, es si a la noción de «recursos disponibles» se le puede dar un sentido más amplio. Es plausible sugerir, por ejemplo, que el capital proveniente de préstamos extranjeros puede ser considerado como «disponible» para el Estado. La cuestión, por tanto, surge respecto a si existe algún tipo de límite para el conjunto de recursos disponibles que deben ser considerados en el momento de determinar las obligaciones incondicionales de una sociedad.

Hasta cierto punto, la respuesta a esta cuestión depende del contexto particular respecto al cual estemos interesados y el sector del gobierno que esté tomando una decisión sobre la efectividad de derechos socioeconómicos. El poder judicial generalmente carece de pericia en políticas macroeconómicas. Sería, por tanto, inapropiado para las Cortes exigir al gobierno solicitar préstamos al extranjero a fin de cumplir con sus obligaciones constitucionales. Existirían temores legítimos de parte de las Cortes en el sentido de ir más allá de su esfera de competencia y, por tanto, para los jueces, la noción de «recursos disponibles» no incluirá por lo general altos niveles de capital extranjero por encima del capital al cual el gobierno tenga realmente a disposición. Las Cortes solo pueden recomendar que otros sectores del gobierno tengan esto en consideración como una opción para mejorar la realización de los derechos condicionales, y requerir que los otros sectores del gobierno justifiquen sus decisiones adecuadamente en este punto. El ejecutivo, sin embargo, se encuentra en una mejor posición como para evaluar la cantidad de capital extranjero que puede ser destinado al cumplimiento de los derechos condicionales y, como tal, la realización de una valoración realista de la ayuda extranjera debe ser parte de su

entendimiento de la expresión «recursos disponibles». El grado en el cual tal capital puede ser adquirido dependerá, sin embargo, de varios factores económicos y políticos determinados por instituciones tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, lo cual se encuentra más allá del control de cualquier Estado.

Los recursos provenientes del capital privado dentro de un Estado también podrían estar dentro del control a través de sus poderes regulatorios, y sus poderes para expropiar propiedades. La cuestión, por tanto, surge respecto a si la noción de «recursos disponibles» puede ser también entendida de manera que abarque la capacidad que tiene el Estado de controlar los recursos provenientes del capital privado. Dicha cuestión puede ser abordada aquí solo de manera tangencial dado que requiere una discusión mucho más amplia sobre la naturaleza y el rol de los derechos de propiedad en una democracia como la existente en Sudáfrica ¹⁶⁷.

La teoría que he propuesto proporciona un respaldo para el reconocimiento de derechos de propiedad limitados. Los individuos son por lo general externamente vulnerables e inseguros ante la ausencia de derechos de propiedad privada. En cierta medida dicho temor surge del sentido de que los verdaderos recursos requeridos para su supervivencia no se encuentran dentro de su control. La protección de ciertos derechos de propiedad es, por tanto, una condición necesaria para asegurar que los individuos a largo plazo sean capaces de verse libres de las amenazas a su supervivencia. Segundo, los derechos de propiedad privada permiten a los individuos tener control sobre sus propias vidas. Ello les permite un espacio de libertad para perseguir los proyectos y metas de su elección. Como tal, es una condición general esencial para permitir la prosecución de diversas metas. Las instituciones políticas basadas en la importancia equitativa de los individuos tendrán que reconocer dichos factores y garantizar alguna protección a los derechos de propiedad privada.

Es importante reconocer, sin embargo, que los derechos de propiedad privada en este postulado no tienen prioridad por encima de otros derechos. Su justificación deriva de la misma fuente, y en caso de que entren en conflicto con otros derechos, se deberá tomar una decisión respecto a aquellos que afecten la importancia equitativa de las personas de manera más profunda: la suspensión de los derechos de propiedad o la abrogación de los derechos de subsistencia. Entre los factores relevantes se encuentran la urgencia de los intereses que no han sido realizados y si los derechos de propiedad derogados en un caso en particular pueden afectar toda la institución de la propiedad privada ¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Desarrollaré un análisis más amplio en torno a esta cuestión, aunque en una teoría mucho más amplia tendrá que ser dejada para otra ocasión.

¹⁶⁸ Un ejemplo interesante en esta área lo constituye las colisiones entre el Derecho de patentes de las farmacéuticas que han provocado un alto incremento en el precio de los me-

Especificar el significado de la expresión «disponibilidad de recursos» es, por tanto, más complicado de lo que inicialmente parece como resultado del hecho de que la escasez no es resultado de hechos naturales sino de instituciones y decisiones humanas. A consecuencia de ello, la disponibilidad de recursos no es un parámetro fijo, sino que su significado requiere ser considerado como una cuestión a ser determinada como parte de un análisis global del contenido de las obligaciones incondicionales. He sostenido en esta sección que la frase «recursos disponibles» debe ser interpretada en el sentido de hacer referencia a todos aquellos recursos que se encuentran dentro del control del Estado. Para determinar qué es lo que cae dentro del control del Estado, los jueces deben comenzar con una presuposición que implica la protección de los derechos de propiedad existentes, y que busque tener en consideración si los derechos condicionales pueden ser realizados mediante recursos que puedan ser organizados por el Estado en su presupuesto nacional. Cuando esto no sea posible, será necesario evaluar si los intereses fundamentales de los individuos que no están concretizados en un caso particular tienen peso suficiente como para justificar la interferencia del Estado en ciertos derechos de propiedad privada a la luz del imperativo de tratar la vida de cada persona como poseedora de igual importancia.

7.3. La necesidad de una consideración holista de los recursos disponibles

La decisión en el caso *Soobramoney* plantea otra cuestión mucho más importante para la solución de pretensiones jurídicas en materia de derechos socioeconómicos basadas en el enfoque del contenido mínimo esencial. Chaskalson P. reconoce que la provisión de asistencia de salud costosa para todos puede perjudicar la realización de otros intereses fundamentales tales como el tener acceso a vivienda, alimentación, y seguridad social. Además, sostiene que los intereses de la sociedad en ocasiones requerirá tener prioridad por sobre los individuos particulares. Estas observaciones pueden conformar la base de una objeción adicional a la manera en cual los casos concernientes a los derechos fundamentales han venido siendo aplicados por la judicatura cuando tales casos tienen mayores consecuencias para la asignación de recursos en una sociedad.

La objeción surge del hecho de que los derechos que están incluidos en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) usualmente tienen

dicamentos necesarios para la supervivencia, y los derechos de los individuos pobres que sufren de enfermedades tales como el VIH para adquirir medicamentos que les permitan sobrevivir. Existen muchas complejidades en la discusión de este caso, pero la teoría que he propuesto permitiría que los derechos de patentes sean limitados en favor de asegurar que los individuos con estas enfermedades puedan tener acceso a medicamentos que les permitan sobrevivir.

un enfoque particular de algún tipo. Tenemos, por ejemplo, el derecho a tener acceso a la vivienda, el derecho de tener acceso a los servicios asistenciales de salud, y el derecho a un juicio justo. Estos derechos definen prerrogativas particulares, las cuales pueden exigir los individuos ante las Cortes. Sin embargo, se puede sostener, tales prerrogativas no se encuentran claramente separadas unas de otras. La principal razón para esto es el hecho de que cada una implica la inversión de recursos. Si una Corte ordena la realización de uno de estos derechos, se puede afectar la realización de otros derechos. Por tanto, no es posible emitir un pronunciamiento jurisdiccional sobre tales pretensiones basándose solo en cada uno de ellos, sino que necesariamente se tiene que tener en consideración cómo es que cada pretensión afecta la asignación general de los recursos, así como si tal pretensión perjudica la realización de otros intereses¹⁶⁹. El problema del litigio de derechos individuales consiste en que el mismo particulariza una problemática que debería ser de carácter holista o general. El enfoque que tienen los derechos es consecuentemente equívoco, dado que la problemática es de carácter general y concierne a si la distribución general de los recursos en la sociedad tiene éxito en tratar a cada individuo de manera igual¹⁷⁰.

Un análisis de la justificación que subyace a los derechos socioeconómicos puede, sin embargo, ayudar a difuminar la fuerza de esta objeción. La teoría filosófica que he propuesto reconoce que una sociedad está obligada a realizar dos intereses fundamentales que tienen los seres y que representan las condiciones generales necesarias para vivir vidas de valor. La asignación de recursos en la sociedad debe, por tanto, estar vinculada a este fin, mismo que, en un nivel general, no necesita identificar derechos contrapuestos. Sin embargo, a fin de poner esta teoría en práctica, es necesario especificar cuáles son las condiciones generales que lo conforman. Los derechos fundamentales particulares representan la especificación de aquellas condiciones generales necesarias. Cualquier tipo de consideración holista sobre la asignación de recursos debe, por tanto, incorporar una consideración respecto a las necesidades particulares e intereses que han de ser realizados. Los derechos fundamentales, y el contenido mínimo esencial en particular especifican aquellos intereses determinados a los cuales debe conferírseles prioridad en la asignación de recursos. La especificación de estos intereses no requiere, sin embargo, suponer que su realización no se encuentra interconectada.

¹⁶⁹ DAVIS, 1992: 478, plantea este punto de la siguiente manera: «si el juez tiene que decidir respecto de una disputa en donde se tenga que determinar si A tiene derecho a una vivienda, la decisión no solo tendrá efectos sobre A y el Estado, sino también sobre todos los ciudadanos, cuyo interés consista en que los recursos económicos del Estado sean empleados para construir una guardería, un hospital o un estadio deportivo, se verían directamente afectados por la decisión, a pesar de su falta de participación en el litigio».

¹⁷⁰ Estoy en deuda con O. FERRAZ, quien planteó esta objeción en un artículo inédito, 2003.

El reconocimiento de este punto proporciona otra razón importante para distinguir entre derechos condicionales y derechos incondicionales. Los derechos condicionales especifican ciertos intereses particulares, los cuales deben guiar la asignación de los recursos de una sociedad. Ello proporciona una razón adicional de por qué la disponibilidad de recursos no debe ser tomada en cuenta cuando se determine el contenido de estos derechos¹⁷¹. Sería circular emplear los derechos condicionales como una guía para la distribución de recursos precisamente cuando el propio contenido de tales derechos se determina con base en los recursos disponibles para su realización. Los derechos condicionales son, por tanto, útiles para propósitos de revisión judicial de constitucionalidad. Permitiendo a los jueces controlar si el gobierno ha tomado en consideración la protección de estos intereses fundamentales para guiar la distribución de su presupuesto.

Este enfoque también tiene el mérito de distinguir las amplias categorías de las necesidades básicas que tienen los individuos, y de considerar cómo la política del gobierno se desarrolla respecto a cada categoría. Mayor especificación permite un análisis más particular, más datos especializados, y una imagen detallada de la situación en cada sector particular¹⁷². El descomponer los problemas en sus partes puede ser útil para desarrollar estrategias específicas para tratar con ellos. Se puede considerar que la Constitución necesita que los recursos sean distribuidos de manera que las políticas y programas que son desarrollados por el gobierno estén dirigidos al cumplimiento de los derechos particulares enumerados en la Declaración de Derechos.

Es recién cuando tomamos en consideración las obligaciones incondicionales de un gobierno que el análisis holístico cobra importancia. Una Corte debe, por tanto, considerar el efecto que la realización de un derecho condicional particular tendrá en la realización de otros derechos e intereses. En muchos casos, tan amplia indagación no es necesaria. Tal como el caso *Grootboom* demuestra, muchos casos pueden ser decididos en relación con las asignaciones presupuestales del gobierno existentes. La cuestión que surge en este contexto es si las asignaciones en el presupuesto de vivienda, por ejemplo, han sido gastadas de acuerdo con las prioridades constitucionales. En el caso *Grootboom*, la respuesta consistió en que el presupuesto existente debía ser usado para priorizar las necesidades de distintas maneras. Dado que este análisis no supone una reasignación del presupuesto nacional, la Corte no consideró el impacto de esta decisión en las necesidades en competencia. Como resultado de ello, puede que haya poca razón en tales ejemplos como para remitirse al gobierno en lo concerniente a la asignación general de recursos.

¹⁷¹ Cfr. la discusión en la sección 6 de este capítulo.

¹⁷² ANDREASSEN *et al.*, 1987 y 1992, reconoce la necesidad de mayor especificación del enfoque del contenido mínimo esencial en sí mismo y sugiere un método particular para valorar el cumplimiento de los derechos humanos.

En varios casos, sin embargo, no será suficiente observar las asignaciones existentes, como fue en el caso *Soobramoney*. La Corte tendrá que considerar en dichos casos si el presupuesto general destina lo suficiente a las prioridades constitucionales. Al hacer eso, se debe admitir que tal análisis es amplio y que abarcará a las necesidades en competencia, así como a los intereses. Se deberá adoptar una decisión de naturaleza holista. La teoría de los derechos que he propuesto sugiere una cuestión general que debe ser tomada en cuenta al realizar un juicio sobre el caso, así como un número de valores relevantes para tal determinación.

En varios casos, tales como el caso *TAC*, las consecuencias que la pretensión tiene en los recursos son mínimas y tendrán poco efecto en los derechos e intereses. En tales casos, los jueces no deberán temer que sus decisiones tendrán consecuencias masivas para otras áreas del presupuesto, y, por tanto, la intervención jurisdiccional será altamente deseable. Ahí donde el efecto en otras necesidades e intereses sea mucho mayor, y los factores como la escasez y el sacrificio estén fuertemente implicados, los jueces deben ser más cautelosos respecto a realizar conjeturas sobre las decisiones del legislativo y el ejecutivo, a no ser que exista un fallo evidente en tener en cuenta ciertas prioridades constitucionales¹⁷³. Cuando los derechos condicionales no se ven concretizados, los jueces pueden declarar que esto es así, pero buscar trabajar conjuntamente con otros sectores del gobierno en una relación más colaborativa a fin de alcanzar una complementación adecuada entre las diversas consideraciones normativas y pragmáticas que están relacionadas. Dado que muchos de los gastos no están relacionados con las necesidades básicas, existen también casos donde la asignación de recursos no estará de acuerdo con el peso especial conferido a tales necesidades. Al momento de hacer tales determinaciones, las Cortes necesitan considerar el grado en el cual el presupuesto satisface las prioridades que son justificables dentro de una sociedad particular. Dos ejes pueden afectar sus decisiones. Primero, cuanto mayor sea el gasto del gobierno en lujos y más recursos tenga una sociedad a su disposición, menor será la excusa para no realizar los derechos fundamentales, y particularmente, el contenido mínimo esencial. Segundo, cuanto mayores y más urgentes sean las necesidades en una sociedad, menor provisión será destinada a los gastos gubernamentales en lujos¹⁷⁴.

Partiendo de la determinación de si existen recursos disponibles, se puede resumir el enfoque propuesto en forma de un análisis de dos

¹⁷³ Cuando surjan complejas consideraciones convergentes, las Cortes por lo general se remitirán a aquellos con la mayor competencia en el área de la asignación presupuestal. Esto no debe proporcionar una excusa para que las Cortes abduquen de su responsabilidad de asegurar que las asignaciones presupuestarias tomen en consideración a los derechos constitucionales.

¹⁷⁴ Cfr. capítulo IV, donde la objeción sobre que es inapropiado para los jueces para tomar decisiones que tengan consecuencias presupuestarias fue analizada.

niveles. El primer nivel consiste en la asignación real que hace el gobierno al área específica bajo consideración y determina si la política en tal departamento está de acuerdo con los dictados de los derechos fundamentales. Si no se satisfacen estos estándares y este defecto no puede ser corregido dentro de las asignaciones presupuestarias existentes, entonces se exigirá a la Corte tomar en consideración las asignaciones presupuestarias generales que realiza el gobierno para cumplir con los deberes que le impone la Constitución al dar prioridad a los intereses urgentes de los individuos. Las Cortes solo cumplirán con sus deberes en el sentido de proteger los intereses de los más vulnerables si son capaces de dar órdenes que aseguren la realización de los intereses individuales más fundamentales. Las Cortes estarán guiadas por lo general por el grado en el cual factores como la escasez y el sacrificio estén comprometidos en el momento de traducir derechos condicionales en derechos incondicionales. Cuando las consecuencias en los recursos sean relativamente menores, la Corte podría estar preparada para intervenir decididamente en las decisiones de otros sectores del gobierno; si tales consecuencias son graves, las Cortes podrían ser menos decididas en interferir con las decisiones de otros sectores del gobierno. Incluso en tales circunstancias, sin embargo, es concebible que las prioridades presupuestarias puedan fallar desde la perspectiva de los derechos socioeconómicos, y los tribunales tendrán justificación para intervenir y corregir esta situación.

Es aquí que un enfoque colaborativo entre los distintos sectores del gobierno sobre la efectividad de los derechos socioeconómicos puede ser más importante¹⁷⁵. Cuando se deban hacer determinaciones holistas que tengan graves consecuencias presupuestarias, posiblemente las Cortes tiendan a verse a sí mismas con la dificultad de intentar prescribir las medidas mediante las cuales el Estado deba remediar una violación a los derechos socioeconómicos. Las Cortes pueden, sin embargo, declarar la existencia de tal violación y la necesidad de que el Estado adopte las medidas necesarias para remediarlo. La Corte puede emplear prescripciones innovadoras, incluyendo interdictos estructurales, prescripciones provisionales, y la designación de comisionados, para exigir que los otros sectores del gobierno expliquen cómo planean lidiar con la violación y que prevean plazos dentro de los cuales tales programas serán implementados o enmendados. Las Cortes serán capaces de controlar los programas desarrollados por el gobierno o las enmiendas hechas a los programas ya existentes para que cumplan con las provisiones de derechos socioeconómicos estipuladas en la Declaración de Derechos. Mediante este diálogo entre las diferentes estructuras del gobierno, se puede cultivar un gobierno cooperativo, y cada sector del gobierno puede jugar un rol importante en asegurar el

¹⁷⁵ WESSON: 2004, por ejemplo, propone «una relación de colaboración entre el Estado y el judicial». Como ya se ha indicado, no estoy de acuerdo con las características de este enfoque, pero esta es una idea a tener en cuenta.

desarrollo de programas óptimos para concretizar derechos socioeconómicos. Las Cortes no serán capaces, sin embargo, de abdicar a su rol en la provisión de contenido a estos derechos y en la evaluación de la política del Estado en función de estos estándares.

Las Cortes deben, eso parece, brindar mayor discrecionalidad al gobierno en el cumplimiento del segundo umbral antes que en cumplimiento del primer umbral. Sin embargo, cualquier defensa basada en la indisponibilidad de recursos que justifique no cumplir incluso con el primer umbral de provisión requerirá el control estricto a fin de entender por qué la posición del país es tan calamitosa al punto que permite que los individuos perezcan debido a la ausencia de bienes socioeconómicos básicos. Tal control debe asemejarse al control que sería aplicado cuando un gobierno afirme que no puede prestar subsidio a una elección o a un sistema de Cortes. Es poco probable que muchos países tengan éxito en justificar el fallo en satisfacer el primer umbral. Algunas de las consecuencias políticas del enfoque del contenido mínimo esencial para los países con distintos niveles de recursos y necesidades serán discutidas en el capítulo final.

8. CONCLUSIÓN

En este capítulo, he buscado demostrar algunas de las consecuencias que tiene la teoría filosófica de los derechos fundamentales que he planteado a nivel de la interpretación jurídica y la resolución de las pretensiones basadas en derechos socioeconómicos. He sostenido que esta teoría proporciona los fundamentos normativos para una versión modificada del enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales. La teoría clarifica que el enfoque del contenido mínimo esencial representa un derecho condicional cuyo contenido está determinado por los intereses mínimos que los individuos tienen en verse libres de amenazas generales a su supervivencia. También proporciona una interpretación viable y persuasiva de los derechos socioeconómicos en la Constitución sudafricana, y es capaz de responder a un número de cuestiones apremiantes. La teoría filosófica está, por tanto, no solo bien motivada con base en un nivel teórico, sino que ofrece la esperanza de proporcionar un marco analítico dentro del cual puedan ser tomadas las decisiones prácticas sobre el contenido de los derechos socioeconómicos.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS PARA LA POLÍTICA EN SUDÁFRICA Y EN OTROS PAÍSES

El marco filosófico defendido en este libro ha buscado mostrar los fundamentos normativos comunes de los derechos socioeconómicos y los derechos civiles y políticos. Ninguno de estos grupos de derechos es más importante que el otro. Por eso no tenemos buenas razones como para priorizar el derecho a la libertad de expresión por encima del derecho a la alimentación. Ambos tienen un significado crucial para los individuos y tienen consecuencias importantes para ellos. La importancia normativa de los derechos socioeconómicos a menudo se pierde en las discusiones académicas y políticas tan pronto pone atención en las consecuencias en los recursos que conlleva la realización de tales derechos. A su vez estos son considerados como generadores de argumentos de choque en contra de tales derechos. Sin embargo, este método común de argumentar proporciona una forma para ignorar convincentemente la importancia normativa de estos derechos. Dado que la distribución de recursos no debe oscurecer los intereses fundamentales de los individuos que no están siendo realizados. Dichos intereses fundamentales deben guiar a su vez la forma en que dichos escasos recursos han de ser usados. En muchos casos, la supuesta escasez es una excusa conveniente para favorecer a los más pudientes por sobre aquellos que más necesitan. El dar efectividad al enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos tiene el potencial de proporcionar un correctivo a tales distribuciones injustas.

Colocando todas las piezas juntas, propongo una visión de los derechos socioeconómicos como derechos que protegen intereses importantes de los individuos, algunos de los cuales tienen mayor prioridad que otros. En el derecho, la versión modificada del enfoque del contenido mínimo esencial que he defendido requiere que el gobierno otorgue peso especial a la realización de aquellos intereses que sean definidos como mínimos, y más allá de esto, adoptar las medidas razonables

para alcanzar la completa efectividad de estos derechos. Se exige al Estado justificar el uso que hace de los recursos, así como dedicar una especial atención a los intereses mínimos de los individuos. Por consiguiente, las obligaciones condicionales del gobierno están definidas independientemente de las limitaciones de recursos, de la capacidad del gobierno de realizar los derechos, y de otros varios factores. Las obligaciones incondicionales del gobierno, sin embargo, son alcanzadas mediante un razonamiento que tome en cuenta todos los factores (*all-things-considered*), que tome en cuenta la urgencia de los intereses implicados y sopesa otros factores concurrentes. La estructura de este análisis requiere, por tanto, que el gobierno justifique su fallo en realizar contenido mínimo esencial con razones de peso suficiente como para superar a las razones que se encuentran por detrás de la protección de dicho núcleo. Se requiere también justificar cuando se falle en realizar el segundo umbral de provisión más allá del contenido mínimo esencial, así como se requiere instituir un programa que apunte a realizar este nivel de provisión a lo largo del tiempo.

Se puede afirmar que, finalmente, en el momento de determinar las obligaciones incondicionales, mi enfoque en efecto propone una valoración general similar al análisis de «razonabilidad» que ha desarrollado la Corte Constitucional. A pesar de que es verdad que el juicio final concerniente a las obligaciones incondicionales no implica una decisión amplia que abarque varios factores dispares, he tratado de defender la importancia del enfoque de los dos umbrales, tanto teóricamente, como mediante una discusión de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional en este asunto. Los dos niveles de análisis proporcionan una estructura basada en principios al análisis concerniente a estos derechos que no está presente en los casos decididos hasta ahora por la Corte Constitucional. Dicha estructura, además, insiste en que una Corte (u otra instancia de decisión) coloca los intereses fundamentales que están en juego en cada caso en el centro de su análisis. El hecho de que existen intereses con distintos grados de urgencia puede ser entonces reconocido abiertamente, y aquellos que necesitan ser priorizados pueden ser analizados mediante la valoración general de las obligaciones incondicionales de un Estado. Además, la teoría que he propuesto ayuda a evitar que el enfoque de la razonabilidad devenga en vacío, dado que se ofrece una concepción de los derechos condicionales que especifica los fines en función de los cuales la política del gobierno ha de ser evaluada. Ello también proporciona mayor contenido en comparación con lo que la noción de «razonabilidad» da al análisis amplio al que la Corte está obligada a realizar cuando determine las prerrogativas incondicionales que una persona tiene.

Este marco analítico es claramente importante para la resolución de controversias jurídicas basadas en los derechos socioeconómicos que se plantean ante las Cortes, la comprensión de estos derechos por otras

ramas del gobierno, y el análisis del cumplimiento de los derechos socioeconómicos por los órganos internacionales. Sin embargo, la discusión hasta ahora ha sido conducida en un nivel relativamente abstracto por lo que las consecuencias políticas del enfoque del contenido mínimo esencial pueden parecer poco claras. Para entender cómo es que este enfoque puede ayudar a resolver algunas de las necesidades más urgentes en el mundo, las implicaciones prácticas de tal enfoque requieren ser delineadas. Además, la teoría propuesta es una de carácter general con aplicación universal¹. La discusión se ha centrado hasta ahora solo en el caso de Sudáfrica, por lo que es preciso realizar un análisis de las consecuencias políticas del enfoque para otros países.

Esta conclusión buscará, por tanto, proporcionar un breve análisis de ciertas consecuencias políticas del enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos tanto dentro de Sudáfrica, así como en otras latitudes. Esto ayudará a conectar la discusión teórica con las consecuencias prácticas reales para nuestro mundo. Me concentraré en dos derechos de subsistencia en particular: el derecho a la alimentación, y el derecho a una vivienda adecuada. En relación con cada derecho, consideraré algunas de las consecuencias del enfoque del contenido mínimo esencial propuestas aquí para un país desarrollado con grandes recursos y más riquezas que Sudáfrica (Estados Unidos y el Reino Unido); un país en vías de desarrollo con niveles de necesidad y de pobreza mucho más altos (y posiblemente grandes limitaciones a nivel de los recursos) que Sudáfrica (India); y finalmente, Sudáfrica misma, un país de clase media. La aplicación de esta teoría a cada contexto en particular requerirá ser considerado en mayor detalle de lo que puede ser tratado aquí; esta conclusión, sin embargo, proporciona un indicador respecto de algunas de las políticas prácticas que pueden resultar de la adopción del enfoque del contenido mínimo esencial para los derechos socioeconómicos. También surgen varias cuestiones interesantes relacionadas con los derechos socioeconómicos que aparecen en el contexto de su implementación práctica, y proporcionan una demostración clara de algunos de los puntos discutidos en el resto de este trabajo². La flexibilidad e importancia del enfoque del contenido mínimo esencial puede, por tanto, ser demostrado en un amplio contexto que refleje los problemas que enfrentan muchos países en la comunidad internacional.

¹ En enfoque en sí mismo incluye suficiente flexibilidad como para tomar conciencia de factores contextuales que pueden tener un impacto sobre sus consecuencias prácticas en contextos particulares.

² Este libro ha buscado defender una teoría filosófica y el correspondiente marco legal mediante el cual poder entender el contenido de los derechos socioeconómicos: este capítulo busca trazar algunas de las aplicaciones prácticas de este marco, aunque de ninguna manera busca ser exhaustivo respecto a las cuestiones que surgen al determinar la política conforme a este enfoque.

1. EL DERECHO A ALIMENTACIÓN EN ESTADOS UNIDOS, INDIA Y SUDÁFRICA

1.1. Los Estados Unidos de América

La Constitución de Estados Unidos no reconoce expresamente a los derechos socioeconómicos. En general, es aceptado de la Constitución no confiere tales derechos a las personas³. Si los derechos socioeconómicos no están reconocidos, esto tendría que serlo mediante los otros derechos contenidos en la Constitución⁴. La Corte Suprema ha sido en el pasado hostil respecto a identificar derechos constitucionales sustantivos de bienestar social en la Constitución; sin embargo, ha reconocido que tales derechos pueden ser conferidos mediante esquemas regulatorios⁵. Ha habido, sin embargo, casos en ciertos Estados que han reconocido efectivamente ciertos derechos socioeconómicos⁶. Roosevelt contribuyó con sus cuatro libertades, a reconocer la importancia de las garantías socioeconómicas y, hasta hoy, las políticas de seguridad social y programas —tal como cupones de alimentos— siguen existiendo, a pesar de que algunos de estos han sido recortados en los últimos años. Estados Unidos han firmado pero no ratificado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consecuentemente, mientras que se reconoce que la aplicación directa de las garantías socioeconómicas en Estados Unidos puede ser un proyecto a largo plazo, es interesante considerar cuáles serían las consecuencias de un enfoque sobre el contenido mínimo esencial en la realización del derecho a la alimentación en Estados Unidos.

El hambre no se manifiesta en Estados Unidos, por lo general, en la forma de una severa y aguda malnutrición. Esto se debe generalmente al hecho de que existen programas de bienestar social (tal como los programas de cupones de alimentos) que proporcionan una red de seguridad para las familias más pobres. Cuando las personas se refieren al hambre en América, hacen referencia a la «recurrente e involuntaria falta de acceso a comida suficiente debido a la pobreza o la limitación de recursos, lo cual puede llevar con el tiempo a la malnutrición»⁷. Tal consumo inadecuado de alimentos puede tener efectos dañinos en el aprendizaje, el desarrollo, la productividad, la salud física y psicológica, así como en la vida familiar⁸. Para capturar las diferencias entre

³ Cfr. WILLIAMS, 2005: 440.

⁴ Cfr., por ejemplo, MICHELMAN, 1969.

⁵ Cfr., por ejemplo, *King vs. Smith* 392 US 309 (1968); *Goldberg vs. Kelly* 397 US 254 (1970); y *Dandridge vs. Williams* 397 US 471 (1970).

⁶ Cfr., por ejemplo, *Callahan vs. Carey* NY 2d (NY 1989) discutido en la Housing Rights Legislation (Informe núm. 1 del United Nations Housing Rights Programme. Cfr.: <http://www.unhabitat.org/programmes/housingrights/documents/HS-638.pdf>, p. 112.

⁷ Cfr. la página web de la Food Research and Action Centre (FRAC) en: http://www.frac.org/html/hunger_in_the_us/hunger_index.html.

⁸ *Ibid.*

los niveles de hambre en Estados Unidos, las agencias gubernamentales han venido desarrollando cierta terminología. Seguridad alimentaria es el término empleado para hacer referencia a «el aseguramiento del acceso permanente a comida suficiente como para llevar una vida activa, saludable y sin necesidad de recurrir a fuentes de comida de emergencia o cualquier otro comportamiento similar para satisfacer las necesidades alimentarias»⁹ «Inseguridad alimentaria» hace referencia a la falta de acceso a suficiente comida como para satisfacer los requerimientos nutricionales de un individuo debido a la falta de recursos financieros. Una categoría adicional de «inseguridad alimentaria con hambre» hace referencia a formas más severas de inseguridad alimentaria en las cuales las personas afectadas experimentan regularmente la incómoda sensación del hambre como resultado de no ser capaces de agenciarse de suficiente comida.

Se ha estimado que en el 2004, 13,5 millones de familias en Estados Unidos evidenciaban tener inseguridad alimentaria. De estos, 4,4 millones sufrieron de inseguridad alimentaria hasta el extremo de que fueron clasificados como «hambrientos» (inseguridad alimentaria con hambre) por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos¹⁰. En el 2004, 38,2 millones de personas se encontraban en inseguridad alimentaria en comparación con los 33,6 millones de personas en el 2001¹¹. El problema parece, por tanto, estar incrementándose antes que disminuyendo.

La Conferencia de Alcaldes de Estados Unidos sondeó 24 ciudades en el 2005 a fin de valorar la demanda de alimentación de emergencia en dicho año y la capacidad de satisfacer dicha demanda. Las exigencias de alimentación de emergencia se acercaban a un promedio del 12 por 100 en el sondeo realizado en dichas ciudades en ese año. Un 18 por 100 de las exigencias de alimentación de emergencia tuvieron que ser desatendidas. En casi la mitad de las ciudades, la ayuda basada en alimentación de emergencia tuvo que dejar personas de lado debido a la falta de recursos¹².

Es interesante tomar en consideración la vinculación entre los umbrales que he venido desarrollando en este libro y las categorías empleadas en Estados Unidos para medir el hambre. Las categorías que he venido desarrollando apuntan a la necesidad de indicar la severidad de la falta de alimento y consecuentemente lo urgente de dicha necesidad. En general, en Estados Unidos, las personas no pasan hambre hasta morir y, por tanto, el programa de cupones de alimento puede ser considerado como una medida que satisface el primer um-

⁹ *Ibid.* Cfr. también las definiciones efectuadas por el United States Department of Agriculture en <http://www.ers.usda.gov/Briefing/FoodSecurity/measurement.html>.

¹⁰ Cfr. la página web de FRAC, nota 7, *supra*.

¹¹ *Ibid.*

¹² Cfr. *Hunger and Homelessness Survey* (Informe de la Conferencia de Alcaldes de Estados Unidos) en <http://www.usmayors.org/uscm/hungersurvey/2005/HH2005FINAL.pdf>.

bral de necesidad. Sin embargo, existen indicaciones, por ejemplo, de que solo el 30 por 100 de las personas que requieren de alimentación de emergencia eran beneficiarios del programa de cupones de alimento¹³ y, consecuentemente, la cobertura de tal programa necesitaría ser incrementado y mejorado a fin de satisfacer las obligaciones mínimas esenciales de Estados Unidos. Aquellos que se encuentran en la categoría de «inseguridad alimentaria con hambre» pueden sufrir con el tiempo de malnutrición, y esto puede devenir en amenazas concretas a su supervivencia. Incluso si aquellos en esta categoría llegan ligeramente por encima del umbral mínimo esencial, existirían, sin embargo, razones para dar prioridad a sus intereses, debido a la gravedad de sus experiencias. Casi un quinto de las solicitudes de ayuda para alimentación de emergencia tuvieron que ser desatendidas. Consecuentemente, parecería que el enfoque sobre el contenido mínimo esencial exigiría que Estados Unidos aseguren dar debida prioridad a la meta de llevar por encima de dicho nivel a todos aquellos que se encuentren en la categoría de alimentación insegura con hambre. En vista del crecimiento del país¹⁴, no parece existir ninguna buena justificación para el fallo en realizar esta tarea, y es probable que sea necesario dar una solución a este problema de manera inmediata.

Debido al crecimiento de Estados Unidos, sin embargo, parece que limitarse a remover a las personas de la categoría más baja de privación no sería suficiente. Elevar a todos hasta un nivel de seguridad alimentaria es ya una meta alcanzable¹⁵. Mientras que por un lado se debe dar prioridad a aquellos que se encuentran en la peor situación, aquellos que no han alcanzado el primer umbral, la teoría de los derechos que he defendido en este libro otorga a todos la prerrogativa de acceder al segundo umbral de provisión (las condiciones generales necesarias para facultar a los individuos a realizar diversos propósitos de su elección). Es necesario brindar una justificación más convincente para convertir al derecho condicional a acceder al segundo umbral en un derecho incondicional. No es claro qué forma adoptaría dicha justificación en un país como Estados Unidos y parece poco probable que cualquiera de los factores identificados en el capítulo III podría proveer una justificación lo suficientemente fuerte para tal fallo. Consecuentemente, la teoría de los derechos socioeconómicos defendida aquí requerirá que los países ricos en recursos como Estados Unidos garanticen a aquellos que se encuentren dentro de una situación de necesidad acceso a alimentación que sea suficiente para que ellos lleven una vida sana y activa, antes que meramente evitar la malnutrición crónica o la inanición. Actualmente, Estados Unidos se encuentran lejos de cumplir con este estándar. El desarrollar un marco de de-

¹³ Cfr. la página web de FRAC, nota 7, *supra*.

¹⁴ El país tiene un PBI de US\$11, 734 billones (cfr. <http://www.census.gov/statab/www/income.html>).

¹⁵ Cfr. la página web de FRAC, nota 7, *supra*.

rechos para el reconocimiento de los intereses fundamentales de las personas en este aspecto podría ayudar a crear presión y urgencia en el desarrollo de la política en el país. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en India mediante una destacada jurisprudencia a nivel de su Corte Suprema.

1.2. India

Cerca del 50 por 100 del hambre en el mundo se encuentra en India. Alrededor del 35 por 100 de la población de India se encuentra en situación de alimentación insegura, consumiendo menos del 80 por 100 de sus requerimientos mínimos de energía. Cerca de cada nueve de diez mujeres embarazadas con edades que van entre los quince y los cuarenta y nueve años sufren de malnutrición o de anemia. La anemia en las mujeres embarazadas causa el 20 por 100 de la mortalidad infantil. Más de la mitad de los niños por debajo de los cinco años se encuentran moderada o severamente desnutridos, o sufren de atrofia¹⁶.

Dentro de este contexto, fue sorprendente encontrar que la cuestión del hambre fue escasamente abordada en los debates públicos y en las políticas electorales antes del año 2002¹⁷. Por ejemplo, en un periodo de seis meses en el año 2000, el diario *Hindu*, uno de los mejores diarios en inglés, no incorporó ningún tipo de artículo que tratase sobre temas de salud o de malnutrición¹⁸.

Mientras que existía una amplia necesidad respecto a los problemas de alimentación, India fue acumulando reservas alimentarias en un grado sin precedentes. A mediados de 2002, India tuvo 17 millones de toneladas de reservas alimentarias ganadas¹⁹. Era claro que existía una reserva suficiente como para satisfacer las necesidades de las personas en India: por el contrario, las personas no tenían el poder adquisitivo como para acceder a la comida que ellos requerían y el gobierno no solucionaba tal necesidad²⁰.

A la luz de esta situación, un caso importante y sin precedentes referido al derecho a la alimentación fue planteado ante la Corte Suprema por la Unión Popular para la Libertades Civiles [*People's Union for Civil Liberties (PUCL)*]²¹. Mientras India accedía al Pacto Interna-

¹⁶ Estos datos provienen de Programa Mundial para la Alimentación y pueden ser encontrados en http://www.wfp.org/country_brief/indexcountry.asp?country=356.

¹⁷ JOSEPH, 2006, en <http://www.indiatogether.org/2006/jan/ajo-hunger.html>.

¹⁸ DRÈZE, 2003: 1, en <http://www.righttofoodindia.org/data/jeanhumanscape.pdf>.

¹⁹ *Ibid.*: 4.

²⁰ PATNAIK, 2004, en <http://www.righttofoodindia.org/data/republicofhunger.doc>, y SEN, 2003, en <http://www.righttofoodindia.org/data/amartya.pdf>.

²¹ *PUCL vs. Union of India* [recurso escrito (Civil) núm. 196 del 2001]. En este caso no se llegó a una decisión definitiva, aunque varias decisiones transitorias fueron tomadas. Detalles de aquellas órdenes puede ser encontradas en <http://www.righttofoodindia.org/orders/interimorders.html>.

cional en 1976, la Constitución India no contenía derechos socioeconómicos claramente exigibles y consignados expresamente. Por el contrario, contenía «principios rectores que se basaban en algunas metas socioeconómicas, las cuales los distintos gobiernos de India tenía que buscar alcanzar»²². Estos principios no son aplicables por ninguna Corte de Justicia.

En los últimos años, sin embargo, la Corte Suprema de la India ha desarrollado una jurisprudencia referida a que el derecho a la vida incluye también algo así como un derecho a la subsistencia²³. La Corte afirma que, ninguna persona puede vivir sin los medios para su subsistencia. Consecuentemente, «si el derecho a la subsistencia no es tratado como parte del derecho constitucional a la vida, la forma más fácil de privar a una persona de su derecho a la vida sería quitarle los medios para su subsistencia hasta el punto de abrogarlo. Tal privación no solo despojaría al derecho a la vida de su contenido de significación, sino que haría que la vida sea imposible de ser vivida, dejando de lado aquello que hace a la vida viable»²⁴. En ese sentido, la Corte reconoció que el derecho a la vida «incorporaría dentro de su alcance al derecho a la alimentación, el derecho al vestido, el derecho a un medioambiente saludable y a una vivienda donde vivir»²⁵. Mediante el derecho a la vida, la Corte ha reconocido efectivamente varios derechos socioeconómicos exigibles judicialmente.

La petición de la PUCL buscó argumentar que el derecho a la alimentación de los ciudadanos de la India implicaba que las grandes reservas de alimentos en el país debían ser usadas sin demora para evitar la inanición y el hambre. Inicialmente, la petición se centraba en la sequía de Rajasthan, pero a lo largo del tiempo se extendió hasta incorporar medidas para evitar el hambre y la inanición.

Si bien es cierto que la Corte Suprema no ha emitido una decisión definitiva en esta cuestión, ha puesto en claro su posición jurisprudencial en la siguiente afirmación emitida el 23 de julio de 2001: «en nuestra opinión, es de gran importancia ver que la comida sea proporcionada a las mujeres ancianas, enfermas, discapacitadas y lactantes, así como a los niños indigentes, especialmente en casos donde ellos o los miembros de sus familias no tengan los recursos suficientes para proporcionarles alimento»²⁶. A la luz de esta decisión, entre julio de 2001 y mayo de 2005 la Corte ha emitido varias órdenes transitorias que han sido de gran importancia en dar efectividad al derecho a la alimentación en India²⁷.

²² JAIN, 1998: 737.

²³ *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* AIR 1986 SC 180, p. [32].

²⁴ *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* AIR 1986 SC 180, p. [32].

²⁵ *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame* AIR 1990 SC 630, p. 633.

²⁶ Cfr. el resumen de la decisión de la Corte en <http://www.righttofoodindia.org/orders/interimorders.html>.

²⁷ Solo algunas de las decisiones de la Corte Suprema serán resumidas aquí.

Primero, la Corte ha ordenado al gobierno incorporar un almuerzo preparado a ser distribuido en todas las escuelas públicas o donde el gobierno preste asistencia, que tenga un contenido mínimo de 300 calorías y de 8 a 12 gramos de proteína al día, por un mínimo de 200 días al año. Segundo, la Corte ordenó se extiendan los beneficios de seguridad alimentaria (mediante un sistema de tarjetas) de manera que se garantice efectivamente beneficios alimentarios a todos aquellos quienes se encuentren por debajo del primer umbral, incluyendo a los hombres y mujeres ancianos, enfermos, discapacitados, así como a las mujeres indigentes embarazadas y lactantes. Tercero, ordenó la completa implementación de otros seis programas nacionales de alimentación. Cuarto, ordenó al gobierno a incrementar sus asignaciones presupuestales a sus planes dedicados a garantizar el empleo (y, por tanto, proporcionar a las personas con los medios necesarios para adquirir comida). Finalmente, nombró a dos comisionados a fin de que monitoreen la implementación de las órdenes emitidas por la Corte y para que le remitan informes periódicos.

Las prescripciones de la Corte Suprema en este caso muestran la promesa de que un enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos puede ser desarrollado incluso en contextos de necesidad masiva. Ellas también, desde mi punto de vista, proporcionan un respaldo contundente para que las Cortes resuelvan cuestiones referidas a los derechos socioeconómicos. Esto debido a que, tal y como venía siendo documentado por varios autores, el sistema político democrático estaba fallando en otorgar suficiente importancia al derecho a la alimentación de los más vulnerables²⁸. Esta cuestión fue largamente ignorada por el sector público y existió una falta de acción pública coordinada alrededor de dicha problemática. El caso *PUCL*, lejos de sacar las cuestiones concernientes al derecho a la alimentación fuera del dominio público, sitúa a la realización del derecho a la alimentación realmente en la agenda política. La acción pública y el activismo alrededor de esta cuestión se han incrementado²⁹.

²⁸ Cfr. DRÈZE, 2003, nota 18, *supra*, p. 1, donde él afirma que «mirando retrospectivamente a la situación alimentaria en India durante los últimos diez años, es posible identificar una lección: los pobres no cuentan para la política pública». Cfr. <http://www.righttofoodindia.org/data/jeanhumanscape.pdf>.

²⁹ *Ibid.*: 5. STEINBERG, 2006: 269, se preocupa de que el enfoque del contenido mínimo esencial suprima la deliberación democrática; LIEBENBERG, 2006: 30, expresa una preocupación similar. Tal y como el caso *PUCL* muestra claramente, las necesidades de los pobres se encuentran por lo general marginadas en el debate público y en las democracias representativas modernas. La participación de los jueces en estas cuestiones puede servir para que dichas necesidades obtengan un lugar en la agenda y que en efecto obligue a generar una discusión respecto a cómo satisfacer de una mejor manera las necesidades de los más vulnerables. El enfoque del contenido mínimo esencial asegura se otorgue prioridad a los individuos con intereses más urgentes; sin embargo, aún existe un espacio para la discusión y el debate concerniente a la política económica dentro de una nación más allá del contenido mínimo esencial (y en realidad sobre cómo proporcionar tal núcleo básico a todos). Además, una «conversación constitucional decente» sobre derechos socioeconómicos solo puede tomar lugar cuando existe alguna idea respecto a cuál es el objeto de conversación: la vacui-

India, a diferencia de Estados Unidos, no puede buscar en el presente llegar a realizar el segundo umbral de los derechos socioeconómicos para todos. Incluso no está logrando satisfacer el primer umbral para muchas personas. Consecuentemente, el primer paso en la realización de los derechos socioeconómicos es garantizar aquellos que se encuentran en peor situación y sean los vulnerables en la sociedad suficiente alimentación para hacer posible que ellos se vean libres de amenazas a su supervivencias (inanición y hambre). Este era el tema central en el proceso planteado por la PUCL, el cual llevó a la emisión de prescripciones importantes, en las cuales la Corte Suprema forzó al gobierno a garantizar a todos los individuos en la sociedad una cierta cantidad básica de comida. El programa de almuerzos y el programa de desarrollo integral infantil han sido dirigidos a la atención de lo más valioso en una sociedad: los niños, quienes tienden a sufrir de malnutrición. Hasta el momento dichos programas han beneficiado alrededor del 55 por 100 de los niños en la India³⁰. Estos programas han sido complementados con programas dedicados a permitir que las personas alcancen altos niveles de nutrición mediante la obtención de empleo de manera que ellos puedan agenciarse de alimento por sí mismos.

La existencia de grandes cantidades de grano que han venido siendo acumuladas por el gobierno hizo imposible argumentar que no existían recursos. La Corte, sin embargo, no se abstuvo de forzar al gobierno a desembolsar significativas sumas de dinero para garantizar el derecho a la alimentación: se estima que el coste del programa de protección del empleo alcanzará escasamente el 2 por 100 del PBI³¹. Algunos economistas han criticado a la Corte por haber emitido estas órdenes: ellos han argumentado que son el crecimiento económico y las fuerzas del mercado las que deben ser usadas para mejorar la posición de los pobres. Sostienen que permitiendo mayor inversión extranjera, privatizando las empresas estatales no rentables, y recortando la burocracia, se reducirá la pobreza más que con algún programa gubernamental³². Otros economistas afirman que buscar mejorar la situación de muchas personas pobres, si bien es cierto no se opone al crecimiento, dicho crecimiento tendrá que darse aún más allá de las predicciones más optimistas. Sin la intervención del gobierno, tomaría una «eternidad lograr que las personas obtengan un nivel aceptable de vida»³³. Las prerrogativas de bienestar social y medidas tales como

dad del enfoque de la razonabilidad significa que no existe nada sobre qué hablar. Solo si se proporciona un contenido a los derechos fundamentales dicha conversación tendrá significado, y es precisamente el judicial que tiene un rol importante en proporcionar tal contenido y, por tanto, estimular el discurso público concerniente a las implicaciones socioeconómicas para una sociedad.

³⁰ WALDMAN, 2005, en <http://www.iht.com/articles/2005/04/26/news/india.php>.

³¹ Cfr. ROY, 2005, en http://www.tehelka.com/story_main15.asp?filename=Cr121005Minds_and.asp.

³² Cfr. WALDMAN, 2005, nota 30, *supra*.

³³ DRÈZE citado por WALDMAN, 2005, nota 30, *supra*.

planes para garantizar el empleo en India están justificados a fin de evitar que exista hambre y trabajo infantil.

Es importante reconocer que el fundamento normativo que subyace a los argumentos empleados por los economistas orientados hacia el crecimiento sin bienestar social es una forma de utilitarismo clásico que carece, como es bien sabido, de sensibilidad por el sufrimiento de los individuos. Acumula beneficios sin «tener en cuenta seriamente la distinción existente entre las personas»³⁴. La economía basada en el crecimiento de este tipo promete un incremento en la calidad de vida para algunos para el futuro (la amplitud de dichos beneficios es debatible) pero, desde este punto de vista acumulativo, dicho tipo de economía ignora el sufrimiento de los individuos en el presente. Además, muchos de aquellos que sufren en el presente puede que no sean capaces de llegar a ser beneficiarios de la riqueza futura debido a que su falta de comida en la actualidad tendrá un impacto en su capacidad de sobrevivir, funcionar, y contribuir económicamente.

Una ética que considere a los individuos como seres de igual importancia no puede ser insensible al hambre y a la desnutrición en el presente debido a que en el futuro ello permitirá alcanzar beneficios. Debe apuntar a aliviar el sufrimiento de aquellos que están sufriendo en el presente mientras tiene un ojo puesto en el futuro. Esto se debe a que una economía cuyos fundamentos normativos están basados en derechos no puede promover crecimiento económico sin prestar atención a todos aquellos que están sufriendo en el presente. Tal enfoque requiere garantizar por lo menos el primer umbral de los derechos socioeconómicos para todos, e ir construyendo sobre dicho enfoque mejores condiciones para el futuro. Esto puede tener un aporte positivo para el crecimiento económico, en la medida en que muchas de estas personas serán capaces de llegar a ser ciudadanos productivos sin tener que preocuparse continuamente sobre cómo satisfacer sus necesidades básicas³⁵. Además, proporcionarán una defensa en contra de la explotación económica en tanto los individuos no se verán obligados a trabajar en un trabajo desagradable que les asegure meramente la supervivencia más básica.

El enfoque del contenido mínimo esencial, por tanto, tiene consecuencias importantes para las políticas económicas de los gobiernos. Esto no debe sorprender: así como los sistemas políticos tiránicos no son compatibles con los derechos civiles y políticos, de la misma manera también una política de *laissez-faire* sin control ni regulación no es consistente con la protección de los derechos socioeconómicos. Los derechos socioeconómicos no dictan la política económica del gobierno; pero tales derechos colocan restricciones en las políticas que ellos pueden adoptar. Tales políticas no pueden abstraerse de las consecuencias para los intereses fundamentales de los más vulnerables dentro de

³⁴ RAWLS, 1992a: 24.

³⁵ Este es uno de los argumentos planteados en favor del subsidio de renta básica en Sudáfrica: cfr. <http://www.big.org.za/index.php?option=faq&task=viewfaq&artid=3>.

la sociedad. La orden emitida por la Corte Suprema en el caso *PUCL* proporciona, por tanto, una dirección clara para el gobierno: que se puede perseguir políticas económicas, pero no se puede permitir que los pobres y los indigentes mueran de hambre en el proceso³⁶. La orden también es fascinante en términos de sus implicaciones para los remedios en casos que tengan que ver con derechos socioeconómicos. Primero, la Corte ha emitido una serie de órdenes transitorias. Ha considerado varios aspectos de la política de Estado, y evaluó tanto el impacto como los problemas de varias de estas políticas por un periodo de tiempo. Segundo, la Corte no solo ha dejado meramente la implementación al gobierno. Ha optado por nombrar comisionados encargados de monitorear la implementación y asegurar que las órdenes dadas tengan efecto. En varios Estados, el programa de almuerzos, por ejemplo, no fue implementado, y tuvo que emitir otras órdenes a fin de asegurar el cumplimiento de las directivas de la Corte³⁷. Tal control también permite a la Corte llegar a tomar conocimiento de los problemas relacionados con sus órdenes, para hacerlas más específicas, así como para identificar y remover obstáculos para su implementación. La Corte también reconoció la importancia de que los Comisionados trabajen conjuntamente con las ONGs, y otros actores en esta área.

Finalmente, como resultado de las órdenes emitidas por la Corte en el caso *PUCL*, la mayoría de los colegios primarios en India tendrán por lo menos una comida al día. Los indigentes recibirán subvenciones para su alimentación. Esta jurisprudencia establece las posibilidades que tienen los derechos socioeconómicos para tener un mayor impacto en las vidas de los más vulnerables en la sociedad. Es un ejemplo de la promesa que los derechos socioeconómicos mantienen en favor de establecer una distribución más justa de la riqueza incluso dentro de los países más pobres que tienen grandes necesidades.

1.3. Sudáfrica

Sudáfrica está clasificada internacionalmente como un país de ingresos medios: 11,3 por 100 de las personas viven por debajo de la lí-

³⁶ STEINBERG, 2006, demuestra un fallo en la comprensión de que los derechos —independientemente que sean civiles, políticos o socioeconómicos— determinan los límites aceptables de justicia y equidad dentro de los cuales el legislativo y el ejecutivo pueden ejercer sus poderes políticos. Consecuentemente, el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución lo cual implica el aseguramiento de que los intereses fundamentales de los individuos son protegidos y realizados— tendrá consecuencias para la política. Existen, sin embargo, un conjunto de políticas que son consistentes con el reconocimiento de los derechos fundamentales en una Constitución y, consecuentemente, el legislativo y el ejecutivo retendrán significativamente sus poderes políticos. El rol del judicial al momento de atender las pretensiones basadas en derechos implica evaluar si las políticas adoptadas por otros sectores del gobierno se adaptan a estos límites de justicia. El fallar en proveer de contenido a los derechos fundamentales convierte a estos límites basados en principios en conceptos vacíos y sin significado alguno.

³⁷ Cfr. MAHABAL, 2004.

nea internacional de un dólar por día, y 34,4 por 100 vive por debajo de la línea de dos dólares por día³⁸. Actualmente, cerca del 35 por 100 de la población o 14,3 millones de personas son vulnerables a la inseguridad alimentaria³⁹. Los datos muestran la prevalencia de niños bajo peso por debajo de los cinco años de edad llegando a alcanzar el 11.1 por 100; el número de niños que sufren de atrofia (baja estatura para sus edades) entre 12 y 71 meses era del 23,3 por 100, y el número de niños sufriendo de emaciación (bajo peso para sus edades) era del 3,6 por 100⁴⁰. Esto significa que escasamente 1.5 millones de niños por debajo de los seis años se encuentran con problemas de malnutrición. A nivel nacional, Sudáfrica es un país con seguridad alimentaria, con un superávit de maíz que es empleado para responder a las necesidades de comida en las regiones, y, generalmente, una amplia provisión de otros bienes⁴¹.

Sudáfrica ha firmado, pero aún no ha ratificado, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, sección 27.1).b) de la Constitución sudafricana garantiza a cada uno el derecho a la alimentación suficiente, y la sección 28.1).c) garantiza el acceso de los niños a una nutrición básica. Un enfoque del contenido mínimo esencial respecto de estos derechos insistiría en una red garantizada de seguridad donde aquellos que no sean capaces de tener acceso a tales derechos mediante sus propios medios sean capaces por lo menos de adquirir suficiente comida para verse libres de amenazas generales a su supervivencia. El Estado también estaría obligado a asegurar a lo largo del tiempo que las personas tengan alimento suficiente para satisfacer el segundo umbral.

En el año 2002, el gobierno sudafricano lanzó su Estrategia Integrada de Seguridad Alimentaria (*Integrated Food Security Strategy* (IFSS)) que buscaba desarrollar un enfoque coherente y coordinado respecto de la seguridad alimentaria que «dinamiza, armoniza e integra diversos sub-programas de seguridad alimentaria»⁴². El programa es multisectorial y coloca la administración de las prioridades centrales identificadas en el programa dentro de diferentes departamentos. El programa tiene muchas virtudes: no hay un departamento que se concentre en el derecho a la alimentación, por lo que este derecho ha sido tratado mediante diversas iniciativas no relacionadas. Buscar desarrollar una estrategia nacional sobre el aseguramiento de la segu-

³⁸ Los datos han sido tomados de la página web del Departamento de Salud en «A poverty Profile of South Africa» (2005) *Statistics South Africa*, datos encontrados en <http://www.doh.gov.za/reports/2005/mdgd/part2.pdf>.

³⁹ Cfr. la Estrategia Integrada de Seguridad Alimentaria de Sudáfrica, pp. 22-4, encontrado en <http://www.nda.agric.za/docs/Foodsecurity/FinalIFSS.pdf>.

⁴⁰ Estas estadísticas han sido tomadas de la Sondeo Nacional de Consumo Alimenticio, llevado a cabo en 1999: parece ser que actualmente no existe más datos disponibles. La información puede ser hallada en http://www.sarpm.org.za/documents/d0001538/RSA_MDG_report2005.pdf.

⁴¹ Cfr. la Estrategia Integrada de Seguridad Alimentaria, nota 39, *supra*, pp. 19-20.

⁴² Cfr. IFSS, p. 11.

ridad alimentaria para todos puede ayudar a proporcionar una respuesta más coherente, transparente y efectiva a la falta de seguridad alimentaria en Sudáfrica ⁴³.

Sin embargo, como he indicado, el enfoque del contenido mínimo esencial requiere que se dé una atención prioritaria a aquellos se encuentran en una situación vulnerable y sufren de malnutrición. Como fue sostenido en el capítulo V, la Corte Constitucional efectivamente reconoce este aspecto del enfoque del contenido mínimo esencial en su decisión *Grootboom* cuando exige al gobierno proporcionar ayuda a aquellos que se encuentren en necesidad urgente. Valorado en función de este estándar, sin embargo, la IFSS adolece de serias deficiencias.

Una de sus áreas centrales que parece ser prometedora consiste en su atención al fortalecimiento de redes de seguridad y sistemas administrativos de emergencia alimentaria. Sin embargo, parece que existe poca elaboración en el documento respecto a cómo es que se ha de hacer esto. La atención está más bien dirigida a insertar a los pobres en el sistema económico —una meta adicional a largo plazo— antes que la provisión de alimentos —una cuestión distributiva a corto plazo—. Además, cuando uno analiza las políticas proporcionadas para mejorar las redes de seguridad social, ellas en su mayor parte están relacionadas con adquirir mejor información relacionada con la inseguridad alimentaria. Parece que no existe un esfuerzo que esté dedicado exclusivamente a garantizar seguridad alimentaria a aquellos que están en una situación desesperada.

Se deja mucho a los subsidios de bienestar social, pero estos están dirigidos, en general, a aquellos con necesidades especiales. La subvención de asistencia social en caso de desamparo está disponible de manera universal, pero es proporcionada mensualmente por un máximo de cuatro meses. El programa de paquete alimentario de emergencia que existe en la actualidad terminó el año 2005, y tales paquetes solo eran concedidos por un lapso de tres meses al año. La cobertura e implementación de estos programas ha sido también pobre ⁴⁴. El resultado consiste en que «si se es mayor de catorce años de edad y menor de sesenta (para las mujeres) o sesenta y cinco (para los varones), física y mentalmente capaz, sin cuidado tutelar y no se es veterano de guerra, no existe asistencia estatal alguna para satisfacer incluso las necesidades más básicas de alimentación» ⁴⁵. Estas personas pueden morir literalmente de inanición en Sudáfrica.

⁴³ Cfr. BRAND, 2005: 56C-24.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, los problemas que surgen en el caso *Kutumela vs. Member of the Executive Committee for Social Services, Culture and Sport in the North West Province* Caso 671/2003 (decisión no publicada, 23 de octubre de 2003) (B), en el cual las subvenciones de asistencia social estaban en teoría a disposición, pero las personas pobres no podían acceder a las mismas en la práctica debido a que la provincia no dedicó recursos para su implementación.

⁴⁵ BRAND, 2005: 56C-27. BRAND afirma que más de la mitad de los pobres en Sudáfrica o 11, 840, 597 personas caían dentro de esta categoría.

En general, la IFSS se concentraba en el empoderamiento de las personas a fin de que sean capaces de alimentarse por sí mismas mediante, por ejemplo, incrementar el ingreso y las oportunidades de trabajo, así como incrementando la oportunidad de las personas pobres en participar en el sector productivo agrícola. Como una meta a largo plazo, mejorando el acceso económico de las personas pobres en el sistema económico y permitiéndoles alimentarse a sí mismos, es un objetivo valioso que no puede ser incumplido. Sin embargo, Sudáfrica tiene una tasa de desempleo del 26 por 100⁴⁶. El implementar estas políticas basadas en el crecimiento tomará un período prolongado de tiempo y su impacto es objeto de múltiples inseguridades. Incluso cuando se concrete, es improbable que los mismos cubran a todos aquellos que están en necesidad de comida (por ejemplo, aquellos incapaces de trabajar). En el ínterin, los individuos tendrán que sufrir de hambre y malnutrición. No se puede esperar que tales individuos aguarden por alimentos hasta que las políticas económicas de largo plazo del gobierno surtan efectos. Ellos requieren que sus intereses fundamentales sean satisfechos como una cuestión de prioridad.

Esto plantea la interesante cuestión de cómo estas necesidades deben ser satisfechas de la mejor manera: o bien en forma de un programa de cupones de alimentos, o bien a través de un subsidio de ingreso básico⁴⁷. En los últimos años, muchas organizaciones no-gubernamentales han favorecido una propuesta concreta, la misma que garantizaría un ingreso básico de 100 rands (alrededor de 18 dólares o 10 libras) por mes a todos los sudafricanos⁴⁸. La subvención estaría diseñada para proporcionar a los sudafricanos más pobres un mayor ingreso, aquel que pueda ser empleado en satisfacer sus necesidades básicas.

Los programas de respaldo del ingreso tienen el beneficio de respetar la autonomía de los individuos en lo referente a cómo harán uso del dinero. El subsidio del ingreso básico también permitiría a los sudafricanos pobres dirigir sus ingresos a las áreas en las que más necesiten. De otro lado, una subvención del ingreso limitaría menos la forma de abordar un problema como el hambre en comparación a la forma en que lo hacen los programas de provisión alimentaria. El ingreso puede ser destinado a otras necesidades básicas (o incluso a deseos menos básicos), haciendo difícil medir el impacto de tal subvención sobre las afecciones particulares en la sociedad. Padres negligentes, por ejemplo, pueden despilfarrar la subvención de ingreso básico destinada a sus hijos sin proporcionar asistencia a sus necesidades bási-

⁴⁶ Cfr. http://www.statssa.gov.za/news_archive/12may2005_1.asp.

⁴⁷ Esta es una cuestión que requiere una larga discusión dentro del ámbito del propio derecho. Yo solo busco llamar la atención sobre esta cuestión y sobre algunas cuestiones fundamentales relacionadas con este debate.

⁴⁸ Cfr. la página web de la Coalición por la Subvención del Ingreso Mínimo en <http://www.big.org.za>.

cas. La subvención no tendrá, por tanto, el impacto deseado en la reducción de la desnutrición infantil.

Claramente, se requiere realizar un análisis más profundo respecto al método político más adecuado —tanto normativa como pragmáticamente— mediante el cual un gobierno debe proporcionar un sistema de seguridad para aquellos que se encuentren en necesidad desesperada. Quizás, si es costeable, la solución consiste en tener tanto ingresos como subvenciones, de tal manera que los valores que subyacen a ambas formas sean efectivamente realizados. Lo que es claro es que en la actualidad Sudáfrica carece de política alguna que garantice incluso el contenido mínimo esencial del derecho a la alimentación de los individuos dentro de su política de IFSS. Esto representa una violación tanto del enfoque defendido en este libro, como del enfoque de la razonabilidad de la Corte Constitucional⁴⁹. Se requiere una acción urgente por parte del gobierno para remediar este defecto, de lo contrario esto devendría en un litigio de interés público similar a aquel ocurrido en India⁵⁰.

2. EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA EN EL REINO UNIDO, LA INDIA Y EN SUDÁFRICA

2.1. El Reino Unido

Hasta el año 1998 el Reino Unido no tenía una Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) formal. Todos los derechos que estaban reconocidos en la sociedad eran estatutarios o desarrollados mediante el *common law*. En 1998, el nuevo gobierno laborista aprobó la ley de derechos humanos la cual permite una forma de *judicial review* de la legislación que se oponga a las normas de derechos humanos⁵¹. La Ley incorpora efectivamente en el derecho inglés varios derechos provenientes de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Una declaración de incompatibilidad entre la Ley de Derechos Humanos y una parte de la legislación no es determinante, sin embargo, es el parlamento, que tiene la última palabra en tales cuestiones. La Ley de Derechos Humanos solo incluye algunos derechos civiles y políticos y no expresa que los derechos socioeconómicos se encuentren incluidos entre ellos⁵². Estaría siempre abierta para las Cortes en el Reino Unido la oportunidad de interpretar el derecho a la vida de manera que incluya

⁴⁹ Esto no debe parecer una sorpresa. En efecto, en el capítulo V se sostuvo que la Corte implícitamente incorpora subrepticamente una obligación mínima esencial en su análisis del caso *Grootboom*, es el elemento mínimo esencial en el caso *Grootboom* el que da a las provisiones socioeconómicas algún tipo de contenido.

⁵⁰ En el momento de la redacción de este libro, el autor y un equipo de colegas se encontraban en discusiones orientadas al planteamiento de tal litigio.

⁵¹ Cfr. la Ley en <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980042.htm#aofs>.

⁵² Se ha criticado que esto ha creado una «constitución desbalanceada». Cfr. EWING, 2001: 103.

ciertos derechos socioeconómicos tal y como lo ha hecho la Corte Suprema de la India; si esta estrategia será adoptada es aún incierto. El Reino Unido ha firmado y ratificado la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵³.

La aplicación de derechos socioeconómicos en el Reino Unido tiene lugar principalmente mediante planes legislativos y ejecutivos dedicados a este propósito. En relación con el derecho a una vivienda adecuada, el Reino Unido aprobó una Ley de Vivienda en 1996 que proporciona un marco legislativo relacionado con la vivienda⁵⁴. La Ley contiene disposiciones específicas respecto a la falta de vivienda, las cuales fueron modificadas en 2002 por la Ley de Personas Sin Vivienda en el sentido de la elegibilidad de las personas para ser asistidas y en el sentido de la amplitud de poderes conferidos a las autoridades locales⁵⁵. Este esquema legislativo impone un deber a las autoridades locales de vivienda en el sentido de proporcionar consejería y asistencia a las personas sin hogar, a brindarles asistencia para buscar una vivienda y, en muchos casos, exige el otorgamiento de vivienda para aquellos que carezcan de una⁵⁶. Identifica también categorías de personas quienes tienen necesidades prioritarias: las mismas incluyen a mujeres embarazadas, a personas con niños dependientes, a personas ancianas, a personas con enfermedades mentales y físicas, y a aquellos afectados por desastres como inundaciones o incendios.

La carencia de vivienda es definida en la Ley de Vivienda como un estado en el cual una persona con el derecho a ocupar una vivienda no tiene la capacidad de acceder a ella⁵⁷. Dentro de esta definición caen personas con distintos niveles de necesidad: la forma más extrema de carencia de vivienda implica lo que es denominado en el Reino Unido como «dormir al raso», cuando las personas se ven literalmente obligadas a dormir en las calles⁵⁸. En 1998, había 1.850 personas que dormían en las calles en el Reino Unido. A finales de 2005, el número de personas que dormían en las calles se había reducido a 459⁵⁹. Existen muchas personas que carecen de vivienda aunque no duerman en las calles: el número de personas viviendo en instalaciones temporales sin seguridad sobre la posesión de las mismas y que son asistidas por autoridades locales es cerca de 1.000.000; el 80 por 100 de estas se encuentran en casas independientes, a pesar de que ocupan estas casas

⁵³ Cfr. <http://www.ohchr.org/english/countries/ratificación/3.htm#N13>.

⁵⁴ Cfr. <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/1996052.htm>.

⁵⁵ Cfr. <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2002/20020007.htm>.

⁵⁶ Sección 193 de la Ley de Vivienda delinea la categoría de las personas ante las cuales se tiene este deber.

⁵⁷ Sección 175 de la Ley de Vivienda.

⁵⁸ Cfr. la política más reciente en el Reino Unido sobre carencia de vivienda denominada «Comunidades Sostenibles, Hogares Estables, Cambiando Vidas: una Estrategia para Vencer la Carencia de Vivienda» (*Sustainable Communities, Settled Homes, Changing Lives: a Strategy for Tackling Homelessness* SCSH).

⁵⁹ Cfr. Departamento para Comunidades y Gobierno Local, encontrado en <http://www.odpm.gov.uk/index.asp?id=1150131>.

de manera insegura, lo cual puede estar causándoles daños a ellos y a sus comunidades.⁶⁰

En respuesta a esta situación, el Reino Unido ha desarrollado una estrategia de varios frentes que busca reducir y eliminar la carencia de vivienda con el paso del tiempo. La estrategia incluye la meta de reducir a la mitad el número de personas que se encuentran en viviendas temporales hasta el año 2010, e incluir medidas que eviten el aumento de carencia de viviendas a fin de alcanzar esta meta; proveyendo ayuda a las personas en situación de vulnerabilidad; venciendo a las múltiples causas y síntomas de la carencia de vivienda ayudando a cada vez más personas a salir de la necesidad de dormir en las calles; y proporcionando 75.000 nuevas unidades para vivienda social⁶¹.

La estrategia inicialmente parece ser impresionante y apunta a alcanzar la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada. Sin embargo, el enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos requiere una atención prioritaria al primer umbral de provisión, así como la realización progresiva del segundo umbral. En el contexto de la vivienda, el primer umbral requiere por lo menos una vivienda que ofrezca protección ante los elementos naturales, condiciones sanitarias, y el acceso a servicios básicos tales como servicios sanitarios y agua corriente⁶². En el Reino Unido, el gobierno ha mostrado un progreso significativo desde 1998 en la realización del primer umbral al reducir el número de personas que dormían en las calles en un 75 por 100. Sin embargo, 459 personas permanecen en dicha condición, sin tener acceso a un refugio lo cual, particularmente en el invierno, puede tener consecuencias graves en su salud.

El enfoque del contenido mínimo esencial exigiría que se de atención urgente al aseguramiento de que estas personas tengan acceso a un refugio. Probablemente, la estrategia del gobierno no sea lo suficientemente ambiciosa: ella se concentra en lograr una reducción sostenible del número de personas que duermen en las calles, y la única medida novedosa que propone es un fondo adicional de 90 millones de libras para la mejora de las condiciones de vida existentes en los alojamientos. Con un bajo número de personas durmiendo en las calles, podría ser posible, debido a las reducciones en los últimos años, plantearse la meta de la eliminación virtual de estas formas extremas de carencia de vivienda en el Reino Unido.

Además, la estrategia dice poco respecto a la creciente inversión en nuevos alojamientos (en lugar de la rehabilitación de los alojamientos existentes) lo cual sería necesario para ofrecer a las personas que duermen en las calles un alivio temporal para sus padecimientos. El autor tiene experiencia trabajando con la carencia de vivienda en Cambridge

⁶⁰ Cfr. SCSH, nota 58, *supra*, p. 12.

⁶¹ *Ibid.*: 7.

⁶² Cfr, capítulo VI, *supra*.

durante los años 2002 y 2003, lo cual le permitió comprobar que los principales refugios nocturnos tenían que retirar por lo menos a cinco personas por semana (y usualmente dos o tres por noche)⁶³. Cambridge, durante este periodo, tuvo entre 20 y 40 personas que dormían en las calles cada noche, así mismo el grupo de la Universidad de Cambridge para el apoyo de personas sin vivienda determinó, después de una larga investigación, que el mejor método para terminar con este problema sería que el consejo abriese un refugio nocturno adicional para albergar hasta 40 personas⁶⁴. Las principales razones para no hacer esto parecen ser dos: la primera, había falta de interés prioritario respecto a esta cuestión en el presupuesto del Consejo y, la segunda, las posibles ubicaciones de los refugios nocturnos eran objeto de fuerte oposición por parte de los residentes de dichas áreas —quienes estaban preocupados respecto de los precios de sus propiedades y la posible reducción de la seguridad en dichas áreas—, siendo que esta oposición podría tener graves consecuencias políticas para ciertos miembros del consejo.

La experiencia del autor sobre el tema de la carencia de vivienda a través de instituciones democráticas en el Reino Unido sugiere una fuerte justificación para la intervención de los jueces a fin de efectivizar los derechos socioeconómicos incluso en países ricos en recursos⁶⁵. El número de personas sin vivienda en el Reino Unido es muy pequeño y estas personas son altamente vulnerables. Tales personas son políticamente insignificantes para el gobierno en el Reino Unido a no ser que su caso sea apoyado ampliamente en la sociedad. Solucionar las necesidades de las personas sin hogar puede llevar a un conflicto con los intereses de la mayoría de votantes de clase media, siendo que este último grupo es más importante políticamente. Dado que las personas sin vivienda tienen un perfil relativamente bajo en el Reino Unido, no están dispuestos a desempeñar un rol más activo en la política electoral. Consecuentemente, un gobierno democrático puede apartarse tranquilamente de esta cuestión y dedicarle poca atención⁶⁶. La protección judicial de los derechos socioeconómicos puede proporcionar un correctivo a este problema estructural del gobierno mayoritario en donde los intereses de aquellos que son débiles y vulnerables, y no electoralmente importantes, se ven marginados en el proceso democrático. Por tanto, incluso en un país como el Reino Unido con una traición de bienestar social, la protección judicial de los derechos socioeconómicos puede ser importante⁶⁷.

⁶³ Cfr. «Strategy «a success' as Homeless Figure Drops», en: *Cambridge Evening News* (6 de marzo de 2003).

⁶⁴ El autor trabajó como funcionario político de este grupo y, como tal, estuvo expuesto a un amplio número de cuestiones relacionadas con la carencia de vivienda en la ciudad.

⁶⁵ El argumento proporciona aquí una aplicación general del caso planteado en el capítulo IV para la protección judicial de los derechos socioeconómicos.

⁶⁶ A su favor, el actual gobierno nacional en el Reino Unido, no parece haber adoptado este curso de acción. En un nivel local, sin embargo, la experiencia del autor revela que esta cuestión no recibía la prioridad que merecía.

⁶⁷ Tal protección puede ser también importante en casos en los cuales el gobierno

Un juez que adopte el enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos exigiría una sólida justificación al responsable del gobierno por haber fallado en realizar el primer umbral de provisión. El hecho de que solo existe un pequeño número de personas que duermen en las calles hace más factible proporcionarles refugio que en un país en donde exista un amplio número de personas sin hogar. Parece que en un país con grandes recursos como el Reino Unido, sería difícil justificar un fallo en proveer del mínimo esencial a los individuos, y que el gobierno estaría orientado como una cuestión de urgencia a terminar con el problema de las personas que duermen en las calles⁶⁸. Las Cortes podrían forzar al gobierno a dedicar mayor atención y recursos a la realización de las necesidades de los más vulnerables en la sociedad. Debido a que existe una disponibilidad de recursos en tales países, no sería un problema para ellos satisfacer el primer umbral de provisión y asegurar el fin de gran problema de alrededor de 100.000 personas sin vivienda. La estrategia del gobierno del Reino Unido al respecto, proporciona una indicación de cómo la realización progresiva del segundo umbral puede ser alcanzada.

2.2. India

En comparación con el Reino Unido, en la India existe un amplio número de personas que duermen en las calles y un amplio número de personas que viven en viviendas completamente inadecuadas. Es difícil obtener datos concernientes a la carencia de vivienda en la India, dado que parece que no se ha dedicado esfuerzo alguno por parte del gobierno a fin de recolectar información concerniente al número de personas sin hogar en los últimos quince años.

apruebe leyes que, ostensiblemente, estén pensadas para tratar un problema político urgente, pero que tiene un impacto no considerado sobre un grupo impopular de personas. Esto ha pasado en el Reino Unido en relación con los solicitantes de asilo, en el sentido en que el gobierno aprobó una ley rechazando otorgar a los solicitantes cualquier tipo de beneficio a no ser de que su solicitud haya sido hecha dentro de un plazo inmediatamente razonable desde su llegada al Reino Unido. Las personas a las que se les negó este beneficio tenían que vivir efectivamente en las calles sin refugio ni comida. Debido a la ausencia de derechos socioeconómicos expresos en el Reino Unido, los jueces tienen una tarea mucho más difícil para brindar protección a los individuos en estos casos. Por ejemplo, la interpretación legal y los derechos civiles y políticos fueron empleados para reconocer efectivamente que los solicitantes de asilo tenían un derecho a recibir ayuda solo en caso de que se encontrasen en situación de desesperada necesidad, Cfr. *R(Q) vs. Secretary of State for Home Department* [2004] QB 36 justificando la decisión de la Corte inferior en [2003] EWHC 195 (Admin) and *ELLIOTT*, 2003.

⁶⁸ Existen muchos problemas relacionados con las personas que duermen en las calles tales como el alcohol y la drogadicción, así como enfermedades mentales. En los años 2002 y 2003, en Cambridge, increíblemente, solo había dos camas disponibles para desintoxicación: Cfr. *CAMBRIDGE CITY COUNCIL, Single Homelessness and Rough Sleeping Strategy*, 2000-2002. Teniendo en cuenta que las personas que duermen en las calles pueden necesitar que más recursos sean dedicados al problema del abuso de sustancias y a un mejor cuidado, por ejemplo, para las personas mentalmente enfermas, de tal manera que ellas no sean dejadas a su suerte en las calles.

El censo realizado el año 1991 estimó que existían alrededor de 29.000 personas sin vivienda en la ciudad capital Delhi. Dicho número es considerado como una gran subestimación de acuerdo con la Red de Derechos de Vivienda y de Tierras, una ONG enfocada en que se alcance a satisfacer el derecho a una vivienda adecuada. Ellos sostienen que el número se acercaría a las 100,000 personas sin hogar en la capital⁶⁹. Durante una inusual ola de frío en enero de 2006, más de 300 personas murieron en las calles del norte de India. En Delhi, solo había 12 refugios permanentes, 16 refugios temporales, 4 cabinas portátiles, y 22 tiendas temporales disponibles para ofrecer refugio a los indigentes. Estos refugios podían ofrecer alojamiento para un máximo de 6.200 individuos, dejando alrededor del 90 por 100 de los individuos sin acceso a refugio alguno⁷⁰. Las tiendas temporales fueron la respuesta del gobierno a esta crisis; sin embargo, las mismas eran inadecuadas, habiendo sido descritas como «construidas con materiales de baja calidad, a menudo con enormes agujeros. Ellas eran, por mucho, endebles y toscas, y no proporcionaban protección adecuada ante el frío o la lluvia»⁷¹. Las autoridades han sido acusadas por algunos de haber actuado con indiferencia y desidia, dejando a las personas sin hogar a su suerte⁷².

Es en efecto notable que la India parece carecer de cualquier tipo de estrategia para enfrentar el problema de las personas sin vivienda y el de proporcionar refugios. La principal Política Nacional de Vivienda de 1998 estima que la escasez de vivienda en la India es de 22,9 millones de unidades⁷³. Satisfacer esta necesidad implicaría una gran cantidad de dinero, el cual el gobierno no puede financiar en su totalidad⁷⁴. La atención de la estrategia de vivienda consiste entonces en crear fuertes alianzas público-privadas para proporcionar vivienda. Ello se concentra, por tanto, en mediadas en las cuales el financiamiento proveniente del sector privado puede ser obtenido y costear así el desarrollo de viviendas accesibles a las personas pobres. La estrategia discute el mejoramiento de barriadas, aunque, a pesar de tratarse de una estrategia nacional, no existe una atención especial en las personas sin viviendas.

La Corte Suprema de la India ha reconocido en muchas ocasiones que el derecho a la vida incluye dentro de su ámbito de protección el derecho a una vivienda adecuada⁷⁵. Al dar contenido a este derecho,

⁶⁹ Cfr. *Housing and Land Rights Network Press Release* (11 de enero de 2006) en http://www.hicsarp.org/newa_show_user.php?id=51.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.* Citado por Ram KISHAN, Funcionario del Proyecto para Aashray Adhikar Abhiyan, una organización que trabajaba con personas sin hogar en Delhi.

⁷² <http://www.wsws.org/articles/2006/enero2006/indi-j25.shtml>.

⁷³ Cfr. *Nacional Housing Policy*, encontrado en <http://www.pib.nic.in/feature/feyr2003/ffeb2003/ff030220031.html>.

⁷⁴ El coste está estimado en 1.510.000.000 de rupias, solo el 25 por 100 provendría de los bancos, instituciones financieras y el gobierno central.

⁷⁵ El caso iniciático en este aspecto fue el caso *Olga Tellis*, nota 23, *supra*.

ha señalado que el mismo abarca al «derecho a un ambiente decente y a un alojamiento razonable donde vivir... no es necesario que cada ciudadano deba tener asegurado vivir en una casa cómoda y adecuadamente construida, sino a un hogar razonable, particularmente para que las personas en india puedan construir incluso una choza de barro o un alojamiento de barro protegido contra el fuego»⁷⁶.

Se hace claro a partir de la serie de muertes como resultado de la carencia de viviendas en Delhi que, para millones, el contenido mínimo esencial del derecho a una vivienda adecuada no ha sido realizado. El problema de India es mucho más agudo que el del Reino Unido, y es probable que la realización del primer umbral de provisión no pueda darse de manera inmediata. Esta situación involucra una grave violación de los derechos de los individuos y, consecuentemente, incumbe al gobierno adoptar los pasos necesarios para asegurar la protección de las inclemencias del clima a aquellos que lo requieran. La falta de estadísticas en torno a la carencia de vivienda y la falta de prioridad respecto a esta cuestión en la Política Nacional de Vivienda indica que actualmente la India carece de una estrategia para enfrentar la carencia de viviendas y para realizar el contenido mínimo esencial de los individuos como una cuestión de prioridad.

El primer paso para realizar el derecho a una vivienda adecuada en India involucrará, por tanto, el desarrollo de una estrategia para proporcionar refugio a aquellos que se encuentran en situación de indigencia. Tal estrategia puede, por supuesto, estar integrada a una política general de vivienda que apunte a lograr a largo plazo una provisión permanente. Sin embargo, tal y como lo indica la Política Nacional de Vivienda del gobierno, la provisión de una vivienda adecuada para todos en la India requiere una inversión de recursos que actualmente el gobierno no parece estar en condiciones de permitirse. No es seguro que una colaboración con el sector privado proporcione los recursos suficientes para superar el déficit de viviendas⁷⁷. Parece, por tanto, que no hay certeza, incluso a largo plazo, respecto a si el segundo umbral de provisión (vivienda adecuada) será satisfecho para muchas personas en India.

A pesar de esta situación de gran necesidad y escasez de recursos, el enfoque del contenido mínimo esencial no permitiría que la incapacidad para satisfacer el segundo umbral sirva como excusa para no buscar satisfacer incluso el primer umbral⁷⁸. La situación en la India respecto a la priorización de recursos es crítica; es también una socie-

⁷⁶ Cfr. *Shantistar Builders*, nota 25, *supra*, p. [9].

⁷⁷ No está claro cómo es que el gobierno espera que el sector privado sea el productor del 75 por 100 del financiamiento necesario para superar el déficit de viviendas, y parece más bien un acto de fe por parte del gobierno el pensar que existirán las iniciativas suficientes de parte de sector privado como para financiar viviendas de bajo coste para las millones de personas que lo requieren en India.

⁷⁸ Selikowitz J. en el caso *City of Cape Town vs. Rudolph* 2004(5) SA 39 (C) (la primera decisión «*Rudolph*») en la p. 84 hace una afirmación relevante en este contexto: «cuando los fondos son escasos, la necesidad de provisiones de emergencia es exacerbada».

dad basada en derechos fundamentales que no puede aceptar la condena de muchas personas a la carencia permanente de vivienda. El tratamiento de esta situación requiere una estrategia para proporcionar por lo menos el mínimo esencial dentro de un periodo de tiempo tan corto como sea posible. Carpas con agujeros que no protegen a las personas de las inclemencias de la naturaleza falla en satisfacer incluso este primer umbral⁷⁹.

Segundo, hay un deber de adoptar los pasos necesarios para realizar el contenido mínimo esencial con urgencia. Incluso si hubiera alguna demora en realizar el primer umbral completamente, la realización parcial es mejor que la no realización. Tales pasos pueden implicar por ejemplo, «el mejoramiento y la fortificación estructural, sanitaria y climática de todas las estructuras existentes, incluyendo tiendas... e identificando las estructuras municipales que podrían ser empleadas como refugios»⁸⁰.

Finalmente, la falta de información estadística respecto a número de personas que se encuentran sin hogar y si ellas se encuentran durmiendo en las calles o no, representa un fallo en tomar en serio al derecho a la vivienda adecuada. A fin de desarrollar una política efectiva que afronte de manera adecuada el problema de la carencia de vivienda, es necesario entender la amplitud del problema. La realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada también requiere de medidas e indicadores en función de los cuales se pueda medir dicho progreso. La recolección de información detallada es, por tanto, necesaria a fin de desarrollar una política que dé prioridad a los menos favorecidos. Tal recolección de información, sin embargo, no debe ser usada como excusa para demorar medidas transitorias orientadas a la satisfacción de las necesidades de aquellos que no tienen protección alguna contra las inclemencias del clima⁸¹.

2.3. Sudáfrica

Una crítica de la decisión *Grootboom* y sus secuelas en las Cortes fueron tratadas en el capítulo V. Se afirmó que en el sentido de que

⁷⁹ Además, parece que ha habido un gran número de desalojos que vulneran el elemento negativo relacionado con el derecho a una vivienda adecuada. Las obligaciones de realizar el contenido mínimo esencial (tal y como ha sido sostenido en el capítulo VI) implica ciertamente como un corolario necesario a la obligación de no privar a las personas de refugios que ellos ya tengan, sin proporcionarles alternativa alguna. La privación de 130,000 personas de sus hogares en Yamuna Pushta sin ningún intento de compensación significa claramente una exacerbación del problema de la carencia de viviendas y constituye una violación al derecho a una vivienda adecuada. Cfr. <http://www.hic-net.org/articles.asp?PID=191>.

⁸⁰ Cfr. las propuestas de la Red para los Derechos de Vivienda y de Tierras en http://www.hic-sarp.org/news_show_user.php?id=51.

⁸¹ Es interesante notar que en la India, la protección de las inclemencias del clima no solo implica la protección del frío en invierno, sino también del calor en el verano. Cfr., por ejemplo, «Indian tsunami victims spurn "model homes"» *Daily Times* (10 de marzo 2005), encontrado en http://dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_10-3-2005_pg4_24.

el caso *Grootboom* contenía un enfoque viable para la interpretación y aplicación de derechos socioeconómicos, el mismo se basaba en el enfoque del contenido mínimo esencial y a sus fundamentos normativos. Este argumento es reforzado si se considera dos desarrollos recientes en la normatividad relacionada al derecho a tener acceso a una vivienda adecuada en Sudáfrica.

2.3.1. *La Política Nacional de Emergencia de Vivienda*

El primer desarrollo importante es el hecho de que cuatro años antes de la decisión *Grootboom* fuese emitida, el gobierno nacional tomó finalmente nota del problema del acceso a la vivienda al incluir dentro del Código de Vivienda un capítulo dedicado a la provisión de vivienda en situaciones de emergencia⁸². El programa indica que su objetivo es brindar «asistencia temporal en la forma de acceso seguro a la tierra y/o servicios municipales básicos de ingeniería y/o en una amplia tipología de situaciones de emergencia de necesidad excepcional de vivienda mediante la asignación de subvenciones a las municipalidades en lugar de subsidios de vivienda a los individuos»⁸³. Una situación de emergencia en materia de vivienda está definida como una en la que las personas caen en situaciones de carencia de vivienda, las cuales incluyen «estado de desastre declarado», «ocurrencias extraordinarias» tales como inundaciones e incendios; donde las personas «son desalojadas o son amenazadas con un desalojo del terreno donde se encuentran o de edificaciones inseguras»; y cuando las personas viven en «condiciones que les imponen amenazas inmediatas para sus vidas, salud y seguridad, así como requieren de asistencia de emergencia»⁸⁴.

Esta política prevé la provisión de refugio temporal para las personas en tales condiciones, mismas que serán «básicas, de formas simples y fáciles de construir. El diseño estructural debe proporcionar la fuerza, la estabilidad y la durabilidad que garantice la vida útil del refugio, proveyendo refugio básico en contra de las inclemencias del clima. El área del piso de un refugio debe tener por lo menos 24 m²»⁸⁵. Serían también proporcionados servicios de ingeniería básicos.

A fin de prestar asistencia a personas que se encuentran en situaciones de emergencia, se exige que las municipalidades soliciten una subvención, lo cual implica un procedimiento intrincado que vincula a todos los altos niveles del gobierno. La solicitud de la subvención debe ser entregada al gobierno provincial, el cual colabora entonces

⁸² Cfr. el documento en la p. 4 (capítulo XII del Código de Vivienda), encontrado en http://www.housing.gov.za/Content/legislation_policies/Emergencia_por_10020_por_10020Housing_por_10020Policy.pdf.

⁸³ Cfr. *Política Nacional de Emergencia*, *ibid.*: 5.

⁸⁴ *Ibid.*: 7-8.

⁸⁵ *Ibid.*: 17.

con el gobierno local para presentar una solicitud al Comité Directivo de Emergencia de Vivienda (un organismo gubernamental de alcance nacional). El Comité se hace responsable de evaluar y aprobar la solicitud. Luego, el gobierno nacional transfiere fondos al gobierno provincial, quien a su vez se hará cargo de la emergencia de vivienda conjuntamente con el gobierno local. No existen marcos temporales que restrinjan este proceso, sino solo que el Comité Directivo de Emergencia de Vivienda debe tomar una decisión dentro de los 21 días de haber sido presentada la solicitud ante ellos⁸⁶.

La introducción de este programa de emergencia de vivienda por el gobierno nacional representa un gran avance en su compensación del problema y demuestra la potencia de los derechos socioeconómicos para tener un impacto sobre las políticas del gobierno. En vista de los crecientes retrasos en el país, el gobierno reconoce sus obligaciones para proporcionar alguna forma de ayuda temporal a los individuos que estén padeciendo de necesidades referidas a la vivienda. Esto se condice con el enfoque del contenido mínimo esencial en el sentido de abordar las necesidades urgentes de los individuos. Sin embargo, a pesar del intento general de cumplir con el enfoque del contenido mínimo esencial, no es claro en qué consiste el contenido de dicha política.

Primero, la definición de necesidades de emergencia en materia de vivienda requiere que el programa abarque construcciones amplias y estrictas. Las primeras categorías parecen confirmar lo afirmado en el capítulo V, en el sentido de que el gobierno ha adoptado una lectura estricta del caso *Grootboom*, limitando sus obligaciones solo a aquellos que sufran los efectos de desastres provocados por la naturaleza o el hombre. Si esto es así, el programa falla en atender a todos aquellos que se encuentran en situación desesperada y falla por ende en acatar las prescripciones de la decisión *Grootboom*. La categoría que tiene el potencial como para ir más allá de esta lectura es aquella que se refiere a las personas que viven en condiciones que representan «amenazas inmediatas a la vida, salud, seguridad, y que requieren asistencia de emergencia». Sin embargo, el ámbito de esta categoría no es claro. La Comisión de Derecho Humanos ha cuestionado si esta categoría debería extenderse a aquellos que viven en asentamientos humanos en condiciones intolerables⁸⁷. Además, se podría cuestionar si la categoría incluye a todas las personas carentes de vivienda. De acuerdo con los argumentos de este libro, todos aquellos sin protección en contra de las inclemencias del clima (el primer umbral), podrían estar en una condición donde sus vidas, salud y seguridad se ven amenazadas. El gobierno tendrá consecuentemente que proveer ayuda de emergen-

⁸⁶ Cfr. el diagrama de flujo del proceso descrito en el documento, p. 25.

⁸⁷ «The Right of Access to Adequate Housing» *Quinta Serie de Informes sobre Derechos Económicos y Sociales* (21 de Julio de 2004), encontrado en http://www.sahrc.org.za/5th_ers_housing.pdf, p. 14.

cia a todos aquellos que carecen de vivienda⁸⁸. No es claro si esta lectura amplia representa la intención del gobierno. Si ello es así, el programa de vivienda de emergencia tiene el potencial de tener un mayor impacto en las vidas de las personas sin hogar.

Segundo, el programa parece no estar bien diseñado como para proveer ayuda a corto plazo para aquellos que se encuentren a situaciones de crisis. Los procedimientos que el mismo establece son engorrosos, y no es claro si ellos tendrán éxito en hacer accesible la ayuda a las personas que se vean repentinamente en una crisis como resultado de un desastre natural, por ejemplo⁸⁹. En la segunda decisión *Rudolph*, la Ciudad del Cabo estimó que tomaría entre ocho y dieciocho meses elaborar una solicitud de asistencia. La totalidad del proceso podría llevar cerca de dos o cuatro años⁹⁰. El juez reconoció que esta situación apuntaba a un serio vacío en el programa de emergencia de vivienda: «dicho programa no pone a disposición lugares donde las personas con necesidades de vivienda excepcionales e inmediatas puedan ser alojadas temporalmente hasta que se pueda hallar una solución permanente para ellos»⁹¹.

Consecuentemente, parece que aún no existe un programa que provea de ayuda urgente a aquellos que se encuentran en necesidad desesperada de protegerse de las inclemencias del clima. El programa no lo hace, tal como está, de acuerdo con el enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos. Ni siquiera, eso parece, podría satisfacer siquiera un estándar de racionalidad: la política que se supone que ostensiblemente resolverá las emergencias, crea procedimientos que lo convierten en inaplicable para hacerlo. Como tal esta política parece ser contraproducente y es muy probable que no supere el test de razonabilidad empleado por la Corte Constitucional (el mismo que incluirá por lo menos una revisión de racionalidad). Además, dicha política parece partir de una base caso por caso para la aplicación de su idea de emergencia de vivienda: no es claro por qué más bien no proporciona asignaciones presupuestarias más activas a los municipios a fin de afrontar las crisis de emergencia de vivienda tan pronto estas se presenten.

Finalmente, el Informe de la Comisión de Derechos Humanos indica que muchas municipalidades no tienen la capacidad como para

⁸⁸ En el caso *City of Johannesburg vs. Rand Properties* (Caso 04/10330, Corte Superior de Sudáfrica, WLD, hasta ahora no publicada, en adelante haré referencia a este caso como «Rand Properties»), Jabjay J. pareció considerar al programa de emergencia de vivienda como aplicable a todos aquellos que se encontraban en situación de pobreza o mendicidad.

⁸⁹ Cfr. los argumentos de McLEAN 2006: 21.

⁹⁰ *City of Cape Town vs. Rudolph* (decisión no publicada de la Corte Superior, 5 de diciembre de 2005), p. 13. La decisión fue emitida en respuesta a cuatro informes emitidos por la municipalidad y las respuestas de los solicitantes. Es una decisión no publicada obrante en los archivos del autor, a la cual me referiré en adelante como «la segunda decisión *Rudolph*».

⁹¹ *Ibid.*: 22.

participar en el procedimiento para solicitar una subvención prevista por el gobierno nacional⁹². Existe evidencia de que el complejo procedimiento también provoca que los municipios no estén dispuestos a presentar tales solicitudes⁹³. Como resultado, parece que al momento de redactar este libro (2006) ha habido solo 244 beneficiarios del programa en el Cabo Oeste, y solo dos proyectos de emergencia de vivienda han sido aprobados en el Cabo Noroeste⁹⁴. Además, parece que incluso una ciudad más grande como Johannesburgo con un nivel de capacidad más alto que muchas otras municipalidades no ha implementado un programa de emergencia de vivienda⁹⁵. Por tanto, es necesario implementar una política más ágil y sencilla para permitir que las municipalidades resuelvan las necesidades urgentes de las personas sin hogar.

2.3.2. Alojamiento alternativo

Tal y como ha sido sostenido en el capítulo VI, el enfoque del contenido mínimo esencial implica reconocer una variedad de obligaciones más concretas referidas a respetar, proteger, y cumplir el primer umbral. La intersección entre obligaciones positivas y negativas relacionadas con el contenido mínimo esencial está claramente ilustrada a través de una serie de casos en Sudáfrica que han buscado recientemente establecer el principio de que, en general, las Cortes no permitirán que personas que estén relativamente asentadas en un lugar sean desalojadas de sus lugares de residencia a no ser que se haya previsto un alojamiento alternativo para ellos.

En el caso *Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers*⁹⁶, un municipio buscó obtener una orden de desalojo en contra de 68 personas, incluyendo 23 niños, quienes habían erigido chozas en un terreno de propiedad privada y vivido ahí por espacio de dos a ocho años. El municipio en particular quería que la Corte afirmase que no estaba en la obligación de proporcionar un alojamiento alternativo cuando trate de desalojar ocupantes ilegales. Sachs J., al momento de dictar la sentencia en unanimidad, determinó que «la integridad de la visión de la Constitución basada en derechos se ve perforada cuando las acciones para la acción gubernamental se orienta a justificar, antes que a reducir la denegación de pretensiones de personas en pobreza desesperada a tener los elementos básicos para una existencia decente»⁹⁷.

⁹² Cfr. informe número 87, *supra*, p. 37.

⁹³ Cfr. segunda decisión *Rudolph*, nota 90, *supra*, p. 17.

⁹⁴ Esto está basado en la información publicada en la página web del Departamento de Vivienda, <http://www.housing.gov.za>.

⁹⁵ En el caso *Rand Properties*, nota 88, *supra*, pp. [47] y [53], Jabhay J. determinó que a pesar de haber adoptado el Programa de Emergencia de Vivienda, la Ciudad había fallado en «la implementación pragmática del programa».

⁹⁶ 2005(1) SA 217 (CC).

⁹⁷ P. [18].

La Constitución exige que se realice un balance entre los derechos de los propietarios y el aseguramiento de que los individuos tengan acceso a un alojamiento adecuado⁹⁸. Los jueces deben ponderar las pretensiones contrapuestas tomando en cuenta todos los factores relevantes en un caso concreto. Estas circunstancias incluyen la disponibilidad de alojamiento alternativo: una «Corte debe ser renuente a aprobar un desalojo en contra de ocupantes que estén relativamente asentados a menos que exista una alternativa razonable a disposición, incluso si solo es una medida temporal en espera de acceso definitivo a una vivienda en el programa formal de vivienda»⁹⁹. Dado que un municipio tiene el deber constitucional de mejorar el acceso en su ámbito territorial, ella no puede desalojar simplemente a las personas de sus hogares sin tomar en consideración sus problemas. Sobre esta base, la Corte rechazó permitir que los ocupantes sean desalojados hasta que una solución decente haya sido encontrada¹⁰⁰.

Un resultado similar fue alcanzado por la Corte en el caso *President of the Republic of South Africa vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd*¹⁰¹. El caso giraba en torno a una comunidad de alrededor 40.000 personas que se encontraban ocupando una granja de propiedad de una compañía (Modderklip). Una Corte ordenó el desalojo pero ninguno de los sectores del gobierno se encontraba preparado para llevarlo a cabo. Modderklip buscó una orden emitida por una Corte que ordene al Estado a desalojar a los ocupantes. La Corte determinó que «el problema de las personas sin vivienda es particularmente agudo en nuestra sociedad» y que «la frustración y el desamparo que sufren muchos que siguen luchando en contra de las dificultades que representa meramente sobrevivir y tener un refugio no pueden ser nunca subestimadas»¹⁰². Los demandantes privados tenían un derecho a obtener órdenes de las Cortes en virtud del derecho a «presentar un reclamo y que éste sea atendido en una audiencia pública justa ante un tribunal judicial»¹⁰³. El Estado tenía la obligación de adoptar pasos razonables para asegurar que Modderklip sea provisto de una ayuda efectiva. Sin embargo, ejecutar esta orden de la Corte «y desalojar diez mil personas que no tienen a donde ir, causaría un caos social inimaginable, miseria y perturbación sin precedentes»¹⁰⁴. A la luz de esto, la Corte ordenó el pago de una compensación a Modderklip por la ocupación ilegal de su terreno, pero también declaró que los residentes actuales estaban autorizados para ocupar el

⁹⁸ P. [23].

⁹⁹ P. [28].

¹⁰⁰ Poco después de que este caso fuese resuelto, la Corte reconoció en el caso *Jaftha vs. Schoeman* 2005 (2) SA 140 (CC), p. [33], en términos ambiguos, que existe un contenido negativo en los derechos socioeconómicos, mismo que solo puede ser limitado a través de la aplicación de cláusulas generales de limitación.

¹⁰¹ 2005 (5) SA 3 (CC).

¹⁰² *Ibid.*, p. [36].

¹⁰³ Sección 34 de la Constitución. *Ibid.*, p. [39].

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. [47].

terreno hasta que se ponga a disposición un terreno alternativo por parte el Estado.

Finalmente, una decisión destacable e importante fue emitida por un juez en la División Local Witwatersrand de la Corte Superior en el caso *City of Johannesburg vs. Rand Properties*¹⁰⁵. El ayuntamiento de Johannesburg deseaba desalojar a 300 personas de unos edificios que estaban considerados como peligrosos y constituían riesgos de salud. Los desalojos eran parte de su programa de regeneración interna de la ciudad. Los ocupantes eran en su gran mayoría personas muy pobres quienes obtenían sus ingresos realizando cualquier tipo de actividad que desarrollaban en la proximidades del lugar donde vivían. El juez determinó que las condiciones de las edificaciones eran deplorables y, a veces, indignas¹⁰⁶. A pesar de ello, la Corte sostuvo que «la mera determinación por parte de la municipalidad de que una ocupación sea insalubre o insegura no implica automáticamente que la Corte deba emitir una orden de desalojo»¹⁰⁷. Dado que la Constitución exige que todos deban ser tratados con igual cuidado, «las acciones del Estado deben ser consideradas como irrazonables, si ellas fallan en responder a las necesidades de los individuos en situación más desesperada y vulnerable en la sociedad»¹⁰⁸.

A la luz de esto, el juez determinó que la ciudad no puede ocultar sus problemas en términos de su proyecto de remodelación interna desalojando personas sin ofrecerles alternativa alguna. A pesar de que las personas vivan en condiciones difíciles, tienen por lo menos un refugio que las protege de las inclemencias del clima y les da acceso a agua. «El desalojo de los ocupantes de sus alojamiento inseguros les llevaría a una situación mucho peor – ellos se verían totalmente privados de vivienda»¹⁰⁹.

A la luz de esto, el juez encontró que la ciudad había fallado en cumplir con sus obligaciones y con dar prioridad a aquellos que se encontraban en urgente necesidad; él ordenó que la ciudad desarrolle un programa que pudiera realizar el derecho a una vivienda adecuada para las personas en la ciudad y en necesidad desesperada de alojamiento; y prohibió que la ciudad desaloje a los residentes de estas edificaciones hasta que tal programa sea puesto en funcionamiento.

El razonamiento en todos estos casos tiene una especial atención en la desesperación y en la vulnerabilidad. Las personas estaban viviendo en condiciones que, por lo general, difícilmente superaban el primer umbral de provisión. Es evidente que el razonamiento de las Cortes en estos casos es completamente consciente del sufrimiento de estas personas: si son desalojadas, se quedarían sin hogar. El razonamiento y

¹⁰⁵ Cfr. nota 88, *supra*.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. [18].

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. [29].

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. [54].

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. [57].

los fundamentos para las decisiones son, por tanto, coherentes con el enfoque del contenido mínimo esencial.

Por ejemplo, Jabhjay J. en el caso *Rand properties* escribe elocuentemente sobre la vivienda adecuada haciendo referencia no solo a que la misma no solo se constituye de cuatro paredes o por un techo sobre las cabezas¹¹⁰. Finalmente, sin embargo, el caso giraba en torno a cómo evitar que las personas pierdan sus hogares, cuando se encuentren viviendo en condiciones lejos de lo adecuado. La Corte reconoció que el tener acceso a un refugio era mejor que no tener acceso alguno al mismo, a pesar de que el refugio que las personas tenían no satisfacía los estándares mínimos para ser una vivienda adecuada. Tal razonamiento reconoce que existen intereses importantes que tienen las personas que no pueden acceder a una «vivienda adecuada» y que esos intereses requieren de protección. Dejar a las personas sin acceso a vivienda las coloca en una posición de gran desesperación incluso cuando su actual alojamiento deje mucho que desear.

En conjunto, sin embargo, las Cortes han venido siendo reticentes en reconocer una distinción entre niveles de necesidad. Esto puede ser el resultado de haber colocado a la dignidad como fundamento de los derechos socioeconómicos y haber fallado en reconocer que las vulneraciones a la dignidad admiten grados de afectación. Una persona sin hogar, forzada a vagar sin lugar donde refugiarse, estaría sufriendo de una grave violación a su dignidad. Cuando las personas tienen acceso a una vivienda que puedan llamar suya, a pesar de que la misma no sea lo suficientemente adecuada, esto significaría una violación de menor intensidad a su dignidad. Consecuentemente, parece no existir barreras para las Cortes en reconocer diferentes umbrales que afectan a la dignidad en distintos grados. La urgencia de una necesidad podría ser en efecto explicada en estos términos¹¹¹.

Finalmente, estos casos implican una combinación interesante entre obligaciones positivas y obligaciones negativas relacionadas al contenido mínimo esencial. Efectivamente, ellos giraban en torno a los desalojos y a la obligación del Estado de respetar el acceso que actualmente tienen las personas a una vivienda. Sin embargo, las cuestiones en estos casos estaban estrechamente vinculadas al cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas en proveer de vivienda en condiciones desesperadas. Las Cortes se mostrarían inclinadas a permitir violaciones a las obligaciones a respetar los derechos socioeconómicos, si el Estado proporciona un alojamiento alternativo, que es parte de sus obligaciones para cumplir con tales derechos. La omisión del cumplimiento de sus obligaciones positivas significa que las obligaciones negativas del Estado de no afectar a los hogares que las personas estaban ocupando se hacen en efecto fuertes. Ambos gru-

¹¹⁰ P. [49].

¹¹¹ Por ello, el contenido de la dignidad podría haber sido desarrollado para cumplir este rol.

pos de obligaciones fueron diseñadas para asegurar que las personas alcancen por lo menos el nivel mínimo esencial para salir de su estado de necesidad desesperada.

3. CONCLUSIÓN

El Informe sobre Desarrollo Humano del año 2005 reconoció que la pobreza no podía ser resuelta de manera efectiva empleando estrategias enfocadas solamente en la acumulación de crecimiento económico: la distribución de los recursos dentro de una sociedad también debe ser tomada en cuenta¹¹². Hace poco, el juez Sachs escribió eloquentemente en el mismo sentido afirmando que «en nuestra sociedad fundada en la dignidad humana, igualdad y libertad, no se puede presuponer que el mayor bien para muchos puede ser alcanzado a costa de intolerables dificultades para algunos pocos, particularmente si empleando razonablemente los recursos judiciales y administrativos tales desastres humanos podrían ser evitados»¹¹³.

Una concepción acerca de los fundamentos normativos de los derechos socioeconómicos proporciona una base moral importante para estas pretensiones. Dicha concepción también proporciona la base para desarrollar un enfoque para la efectividad de tales derechos que sea más efectiva. El gobierno está obligado a dar prioridad al aseguramiento de que los individuos se vean libres de las condiciones generales que amenazan su supervivencia. Si los gobiernos adoptasen políticas en consonancia con sus obligaciones en términos del enfoque del contenido mínimo esencial, se producirían progresos radicales en la posición económica de los menos favorecidos en la sociedad en un corto periodo de tiempo¹¹⁴.

Los gobiernos que tomen en serio la justicia social también aspirarían a asegurar que los individuos se vean provistos de las condiciones generales necesarias para realizar una diversidad de propósitos. Tal sociedad establecería una línea base de igualdad para los individuos en sus territorios, y por ende ponerse verdaderamente en el camino hacia cumplir de una mejor manera con el cometido de brindar importancia equitativa a los individuos. De haber sido así, el debate podría haber girado entonces sobre la realización de mayores niveles de igualdad distributiva.

¹¹² Cfr. Resumen del Informe sobre Desarrollo humano, p. 26, encontrado en http://hdr.undp.org/reports/global/2005/pdf/hdr05_summary.pdf.

¹¹³ Cfr. caso *Port Elizabeth Municipality*, nota 96, p. [29].

¹¹⁴ Es sabido que los gobiernos también tienen obligaciones referidas a ayudarse mutuamente a fin de sacar a los individuos de estar por debajo de los umbrales. Este libro se ha concentrado en las obligaciones de los Estados hacia aquellos dentro de sus territorios, pero los fundamentos normativos de los derechos socioeconómicos también proporcionan razones para reconocer una obligación a cargo de los países más ricos en asistir a los países menos desarrollados a fin de realizar los derechos fundamentales de los individuos dentro de sus territorios.

Sin embargo, en el presente, la mayoría de las sociedades en el mundo, incluso las más ricas, fallan en realizar incluso las necesidades más básicas de muchos individuos dentro de sus territorios. En este libro se ha sostenido que este penoso estado de cosas representa una de las mayores violaciones a las obligaciones normativas fundamentales que cualquier sociedad puede cometer. Asimismo, el libro ha buscado proporcionar un marco analítico mediante el cual los derechos socioeconómicos puedan ser traducidos en doctrina jurídica y política. El adoptar el enfoque del contenido mínimo esencial respecto al contenido y efectividad de los derechos socioeconómicos permitirá un fruto próximo en el que nadie morirá de hambre por falta de alimento y nadie se verá expuesto al frío por falta de refugio. Esta no es una visión utópica sino que es realmente alcanzable. Al tomar en serio los derechos socioeconómicos, prestando atención al contenido de los mismos, y adoptando los mecanismos institucionales y de efectividad adecuados, será posible asegurar que la visión de un mundo sin pobreza absoluta puede ser traducida en realidad.

BIBLIOGRAFÍA*

- AIKEN, W., y LA FOLLETTE, H. (eds.), 1977a: *World Hunger and Obligation*, New Jersey, Prentice Hall.
- AIKEN, W., 1977b: «The Right to be Saved from Starvation», en W. AIKEN y H. LA FOLLETTE (eds.), *World Hunger and Obligation*, New Jersey, Prentice Hall.
- ALEXY, R., 2002: *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- ALKIRE, S., y BLACK, R., 1997: «A Practical Reasoning Theory of Development Ethics: Furthering the Capabilities Approach», *Journal of International Development*, 9: 263-279.
- ALSTON, P., y TOMASEVSKI, K. (eds.), 1984: *The Right to Food*, Utrecht, Martin Nijhoff.
- ANDERSON, E. S., 1999: «What is the Point of Equality?», *Ethics*, 109: 287-337.
- ANDREASSEN, B.; SKALNES, T.; SMITH, A. G., y STOKKE, H., 1987-1988: «Assessing Human Rights Performance in Developing Countries: The Case for a Minimal Threshold Approach to the Economic and Social Rights», *Human Rights in Developing Countries*: 333-55.
- ANDREASSEN, B.; SMITH, A. G., y STOKKE, H., 1992: «Compliance with Economic and Social Human Rights: Realistic Evaluations and Monitoring in the Light of Immediate Obligations», en A. EIDE y B. HAGTVERT (eds.), *Human Rights in Perspective: a Global Assessment*, Oxford, Blackwell.
- ANTONY, L., 2000: «Nature and Norms», *Ethics*, 111: 8-36.
- APPIAH, K. A., 2001: «Equality of What?», *New York Review of Books* (26 de abril de 2001).
- ARISTÓTELES, 1962: *Nicomachean Ethics* (trad. M. Ostwald), New York, Macmillan.
- ARNESON, R., 1989: «Equality and Equal Opportunity for Welfare», *Philosophical Studies*, 56: 77-93.
- 1990a: «Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare», *Philosophy and Public Affairs*, 19: 158-94.
- 1990b: «Primary Goods Reconsidered», *Nous*, 24: 429-54.

* El autor quiere expresar su agradecimiento a las siguientes entidades por permitir incluir material de las siguientes publicaciones:

Juta Law Publishers: BLICHITZ, D. (2001), «Giving Socioeconomic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance», *SALJ*, 119: 484-501; (2003), «Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socioeconomic Rights Jurisprudence», *SAJHR* 19: 1-26, y (2005), «Health», en WOOLMAN *et al.*, *Constitutional Law of South Africa*, 2.^a ed., Cape Town, Juta and Co.

Oxford University Press: BLICHITZ, D. (2003), «South Africa: Right to Health and Access to HIV/AIDS Drug Treatment», *International Journal of Constitutional Law*, 1: 524-34.

- ARTHUR, J., 1977: «Rights and the Duty to Bring Aid», en W. AIKEN y H. LA FOLLETTE (eds.), *World Hunger and Moral Obligations*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall.
- ATTFIELD, R., 1981: «The Good of Trees», *Journal of Value Inquiry*, 15: 1.
- 1983: *The Ethics of Environmental Concern*, New York, Columbia University Press.
- BARRY, B., 1996: «Real Freedom and Basic Income», *The Journal of Political Philosophy*, 4: 242-276.
- BEITZ, C., 1979: *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press.
- BEN-ZEEV, A., 1982. «Who is a Rational Agent?», *Canadian Journal of Philosophy*, 4: 647-661.
- BILCHITZ, D., 1998: *The Mental Lives of Animals*, disertación BA aún no publicada (con honores). University of the Witwatersrand.
- 2001a: «Which Inequalities are Unjust?», disertación universitaria aún no publicada, Cambridge University.
- 2001b: «Giving Socioeconomic Right Teeth: The Minimum Core and Its Importance», *SALJ*, 119: 484-501.
- 2003a: «Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socioeconomic Rights Jurisprudence», *SAJHR*, 19: 1-26.
- 2003b: «South Africa: Right to Health and Access to HIV/AIDS Drug Treatment», *International Journal of Constitutional Law*, 1: 524-534.
- 2014: «Socioeconomic rights, economic crisis and legal doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, 12: 710-739.
- BRAND, D., 2002: «The Minimum Core Content of the Right to Food in Context: A Response to Rolf Künne», en D. BRAND y S. RUSSELL (eds.), *Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights: South African and International Perspectives*, Pretoria, Protea Book House.
- 2005: «The Right to Food», en S. WOOLMAN *et al.* (eds.).
- BRAND, D., y S. RUSSELL (eds.), 2002: *Exploring the Core Content of Socioeconomic Rights: South African and International Perspectives*, Pretoria, Protea Book House.
- BROCK, G. (ed.), 1998: *Necessary Goods*, Oxford, Rowman and Littlefield.
- BRODY, E. B., 1993: *Biomedical Technology and Human Rights*, Paris, UNESCO.
- BUCHANAN, A., 1975: «Revisability and Rational Choice», *Canadian Journal of Philosophy*, 5: 395-408.
- BUDLENDER, G., y ROACH, K., 2005: «Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable?», *SALJ*, 122: 325-351.
- CAMPBELL, T. *et al.* (eds.), 2001: *Sceptical Essay on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J., 2009: «The Constitutional Protection of IDPs in Colombia», en R. A. RIVADENEIRA (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: the Colombian Experience*, Brookings-Bern Projection Internal Displacement.
- CHAPMAN, A., 1996: «A "Violations Approach" for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Right», *Human Right Quarterly*, 18: 23-66.
- 2002: «Core Obligations Related to the Right to Health and Their Relevance for South Africa», en D. BRAND y S. RUSSELL (eds.), *Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights: South African and International Perspectives*, Pretoria, Protea Book House.
- CHAPMAN, A., y RUSSELL, S. (eds.), 2002: *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Right*, Antwerp, Intersentia.

- CHASKALSON, M., et al. (eds.), 1996: *Constitutional Law of South Africa*, 1.^a ed., Kenwyn, Juta.
- CHASKALSON, P., 1998: «Opening Address», *Acta Juridica*: 1-7.
- 2000: «Third Bram Fischer Lecture», *SAJHR*, 16: 193-206.
- CHRISTIANO, T., 2000: «Waldron on Law and Disagreement», *Law and Philosophy*, 19: 513-534.
- CHRISTMAN, J., 1989: *The Inner Citadel*, Oxford, Oxford University Press.
- COCKRELL, A., 1996: «Rainbow Jurisprudence», *SAJHR*, 12: 1-38.
- COETZEE, J. M., 1999: *The Lives of Animals*, London, Profile Books.
- COHEN, G., 1989: «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics*, 99: 906-944.
- COWEN, S., 2001: «Can Dignity Guide South Africa's Equality Jurisprudence?», *SAJHR*, 17: 34-58.
- CRANSTON, M., 1967: «Human Rights: Real and Supposed», en D. D. RAPHAEL (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Bloomington, Indiana University Press, 1967.
- CRAVEN, M., 1995: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press.
- CURRIE, I., 1999: «Judicious Avoidance», *SAJHR*, 15: 138-165.
- DANCY, J., 1993: *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell.
- 2004: *Ethics Without Principles*. Oxford, Oxford University Press.
- DANIELS, N. (ed.), 1975: *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Stanford, Stanford University Press.
- DAVIDSON, D., 1984: «Thought and Talk», en D. DAVIDSON (ed.), *Inquiries into Truth and Interpretation*, New York, Clarendon Press.
- (ed.), 1984: *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford, Clarendon Press.
- 1986: «Judging Interpersonal Interests», en J. ELSTER y A. HYLLEBERG (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DAVIS, D., 1992: «The Case Against the Inclusion of Socioeconomic Demands in a Bill of Right Except as Directive Principles», *SAJHR*, 8: 475-490.
- 1996: «The Twist of Language and the Two Fagans: Please Sir May I Have More Literalism», *SAJHR*, 12: 504-512.
- 1997: «Of Closure, the Death of Ideology and Academic Sand Castles – A Reply to Dr. Fagan», *SAJHR*, 13: 178-180.
- 1999a: *Democracy and Deliberation*, Kenwyn, Juta.
- 1999b: «Equality: The Majesty of Legoland Jurisprudence», *SALJ*, 116: 398-414.
- 2006: «Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution: Towards "Deference Lite"», *SAJHR*, 22: 301-327.
- DEGRAZIA, D., 1996: *Taking Animals Seriously: Mental Life and moral Status*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DENNETT, D., 1983: «Intentional Systems in Cognitive Ethology: The "Panglossian Paradigm Defended"», *Behavioural and Brain Sciences*, 6: 343-390.
- 1984: *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Oxford, Clarendon Press.
- DE VOS, P., 1997: «Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights: Social and Economic Rights in South Africa's 1996 Constitution», *SAJHR*, 13: 67-101.
- 2001: «A Bridge Too Far? History as Context in the Interpretation of the South African Constitution», *SAJHR*, 17: 1-33.
- DE VILLIERS, B., 2002a: «Directive Principles of State Policy and Fundamental Rights: The Indian Experience», *SAJHR*, 8: 29-49.
- 2002b: «The Socioeconomic Consequences of Directive Principles of State Policy; Limitations on Fundamental Rights», *SAJHR*, 8: 188-199.

- DE WET, E., 1996: *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights: The Meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Cape Town, Butterworths.
- DONNELLY, J., 1982: «Human Rights as Natural Rights», *Human Rights Quarterly*, 4: 391-405.
- DRÈZE, J., 2003: «Food Security: Beating around the Bush», encontrado en <http://www.righttofoodindia.org/data/jeanhumanscape.pdf>, p. 1.
- DU PLESSIS, L. y CORDER, H., 1994: *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*, Kenwyn, Juta.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- 1983: «In Defense of Equality», *Social Philosophy and Policy*, 1: 24-40.
- 1986: *Law's Empire*, London, Fontana Press.
- 1996: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford, Oxford University Press.
- 1997: «Order of the Coif Lecture: in Praise of Theory», *Arizona State Law Journal*, 29: 353.
- 2000: *Sovereign Virtue*, London, Harvard University Press.
- EIDE, A., 1989: «The Realisation of Economic, Social and Cultural Rights and the Minimum Threshold Approach», *Human Rights Law Journal*: 35-51.
- EIDE, A., y HAGTVET, H. (eds.), 1992: *Human Rights in Perspective*, Oxford, Blackwell.
- EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.), 1995: *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff.
- ELLIOTT, M., 2001: «The Human Rights Act and the Standard of Substantive Review», *Cambridge Law Journal*, 60: 301-336.
- 2003: «Asylum-Seekers Have Human Rights, Too», *Cambridge Law Journal*, 62: 528-531.
- ELSTER, J. y HYLLAND, A. (eds.), 1986: *Foundations of Choice Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ELY, J. H., 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press.
- EWING, K. D., 2001: «The Unbalanced Constitution», en T. CAMPBELL *et al.* (eds.), *Sceptical Essays in Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- FABRE, C., 2000: *Social Right Under the Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- FAGAN, A., 1996: «In Defence of the Obvious – Ordinary Meaning and the Identification of Constitutional Rules», *SAJHR*, 12: 545-570.
- FAGAN, E., 1996: «The Longest Erratum Note in History», *SAJHR*, 12: 79-89.
- 1997: «The Ordinary Meaning of Language – A Response to Professor Davis», *SAJHR*, 13: 174-177.
- FEINBERG, J., 1980: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press.
- FERRAZ, O., 2003: «Social and Economic Rights in the Courts: What Lessons from South Africa?», unpublished article on file with author.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- 1983: *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press.
- FISH, S., 1989: *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press.
- FISHKIN, J., 1982: *The Limits of Obligation*, New Haven-London, Yale University Press.
- FRANKFURT, H., 1987: «Equality as A Moral Ideal», *Ethics*, 98: 21-43.

- FREDMAN, S., 2005: «Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide», *SAJHR*, 21: 163-190.
- FRIEDMAN, B., 2002: «The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty», *Yale Law Journal*, 112: 153-259.
- GAUTHIER, D., 1986: *Morals By Agreement*, Oxford, Clarendon Press.
- GEWIRTH, A., 1978: *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press.
- 1980: «Comment on Bond's Article», *Metaphilosophy*, 11: 54-69.
- 1982a: «On Rational Agency as the Basis of Moral Equality: Reply to Ben-Zeev», *Canadian Journal of Philosophy*, 4: 667-671.
- 1982b: «Why Agents Must Claim Rights: A Reply», *Journal of Philosophy*: 430-9.
- 1982c: *Human Rights*, Chicago, University of Chicago Press.
- 1984: «Replies to my Critics», en E. REGIS (ed.), *Gewirth's Ethical Rationalism: Critical Essays with a Reply by Alan Gewirth*, Chicago-London, University of Chicago Press.
- 1985: «From the Prudential to the Moral: Reply to Singer», *Ethics*, 95: 302-4.
- GOLDSWORTHY, J., 1997: «Originalism in Constitutional Interpretation», *Federal Law Review*, 25: 1-50.
- 2000: «Interpreting the Constitution in its Second Century», *Melbourne University Law Review*, 24: 677-710.
- GOLDSWORTHY, J., y CAMPBELL, T. (eds.), 2002: *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate.
- GOODIN, R., 1987: «Egalitarianism, Fetishistic and Otherwise», *Ethics*, 98: 44-49.
- 1988a: «What Is So Special About our Fellow Countrymen?», *Ethics*, 98: 663-86.
- 1988b: *Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State*. Princeton, Princeton University Press.
- GOODIN, R., y REEVE, A. (eds.), 1989: *Liberal Neutrality*, London, Routledge.
- 1998: «Vulnerabilities and Responsibilities: An Ethical Defence of the Welfare State», en G. BROCK (ed.).
- GRIFFIN, J. 1986: *Well-being: its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Oxford, Clarendon Press.
- HAMILTON, L. A., 2003: *The Political Philosophy of Needs*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HARE, R. M., 1984: «Do Agents Have to be Moralists?», en E. REGIS (ed.).
- HARRISON, R., 1993: *Democracy*, London-New York, Routledge.
- HARSANYI, J. C., 1982: «Morality and the Theory of Rational Behaviour», en A. SEN y B. WILLIAMS (eds.), *Social Research*, número especial «Rationality, Choice and Morality».
- HAWTHORN, G. (ed.). 1985: *The Standard of Living*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HAYSOM, N., 1992: «Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socioeconomic Rights», *SAJHR*, 8: 451-463.
- HEYWOOD, M., 2003: «Contempt or Compliance? The TAC case after the Constitutional Court Judgement», *economic and Social Rights Review*, 4(1), encontrado en http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr2003/2003mar_tac.php#tac.
- HILL, J. F., 1984: «Are Marginal Agents "Our Recipients"?», en E. REGIS (ed.), *Gewirth's Ethical Rationalism: Critical Essays with a Reply by Alan Gewirth*, Chicago-London, University of Chicago Press.
- HOBBS, T., 1991: *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HOEXTER, C., 2000: «The Future of Judicial Review in South African Administrative law», *SALJ*, 117: 484.
- HUNT, P., 1996: *Reclaiming Social Rights*, Aldershot, Dartmouth.

- ILES, K., 2004: «Limiting Socioeconomic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses», *SAJHR*, 20: 448-465.
- INGRAM, A., 1994: *A Political Theory of Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- JAIN, M. P., 1998: *Indian Constitutional Law*, Agra, Washwa and Company.
- JOSEPH, A., 2006: «Covering the Republic of Hunger», *India Together* (30 de enero de 2006), encontrado en <http://www.indiatogether.org/2006/jan/lajo-hunger.html>.
- KANT, I., 1933: *Critique of Pure Reason* (trad. N. K. Smith), Hong Kong, Macmillan.
- 1983: *Grounding for the Metaphysics of Morals*, Cambridge, Hackett Publishing Company.
- 1996: en M. J. GREGOR (ed.), *Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KAVANAGH, A., 2003: «Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron», *Law and Philosophy*, 22: 451-486.
- KENDE, M., 2003: «The South African Constitutional Court's Embrace of Socioeconomic Rights: A Comparative Perspective», *Chapman Law Review*, 6: 137-160.
- KENTRIDGE, J., y SPITZ, D., 1996: «Interpretation», en M. CHASKALSON *et al.* (ed.), *Constitutional Law of South Africa*, cap. 11, 1999.
- KLAAREN, J., 2003: «A Remedial Interpretation of the *Treatment Action Campaign* Decision», *SAJHR*, 19: 455-468.
- KLARE, K., 1998: «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *SAJHR*, 14: 146-188.
- KLUG, H., 2000: *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KRAMER, M., 1999a: «Reason Without Reasons: A Critique of Alan Gewirth's Moral Philosophy», en M. KRAMER (ed.), *In the Realm of Legal and Moral Philosophy*. London, Macmillan Press.
- (ed.), 1999b: *In the Realm of Legal and Moral Philosophy*. London, Macmillan Press.
- 2001a: «Getting Rights Right», en M. KRAMER (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibilities*, Basingstoke, Palgrave.
- (ed.), 2001b: *Rights, Wrongs and Responsibilities*, Basingstoke, Palgrave.
- KRAMER, M.; SIMMONDS, N. E., y STEINER, H., 1998: *A Debate Over Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- KRIPKE, S., 1980: *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell.
- KUPER, A., 2002: «More Than Charity: Cosmopolitan Alternatives to the "Singer Solution"», *Ethics and International Affairs*, 16(1): 107-120.
- (ed.), 2005: *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights?*, London, Routledge.
- LASLETT, P., y RUNCIMAN, W. G. (eds.), 1969: *Philosophy, Politics and Society*, 2.ª serie, Oxford, Blackwell.
- LENTA, P., 2004a: «Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review», *SAJHR*, 20: 1-31.
- 2004b: «Judicial Restraint and Overreach», *SAJHR*, 20: 544-576.
- LIEBENBERG, S., 1996: «Socioeconomic Rights», en CHASKALSON, M., *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 1.ª ed., Kenwyn, Juta.
- 2003: «South Africa's Evolving Jurisprudence on Socioeconomic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty?», *Law, Democracy and Development*, 6: 159-191.
- 2005a: «The Interpretation of Socioeconomic Rights», en WOOLMAN, S., *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2.ª ed., Cape Town, Juta and Co.
- 2005b: «The Value of Human Dignity in Interpreting Socioeconomic Rights», *SAJHR*, 21: 1-31.

- 2006: «Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights», *Stellenbosch Law Review* 17: 5-36.
- LOMASKY, L. E., 1981, «Gewirth's Generation of Rights», *Philosophical Quarterly*, 31: 248-253.
- LYONS, D., 1984: «Utility and Right to Food in India – The Impact of Social Activism», *eSR Review*, 5(1), encontrado en http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr2004/2004march_india.php#india.
- MALCOM, N., 1991: «Thoughtless Brutes», en D. M. ROSENTHAL (ed.), *The Nature of Mind*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1991.
- MARTIN, R., y NICKEL, J. W., 1980: «Recent Work on the Concept of Rights», *American Philosophical Quarterly*, 17: 165-180.
- MCLEAN, K., 2006: «The Right to Have Access to Adequate Housing», en S. WOOLMAN *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2.^a ed., Cape Town, Juta and Co., 2005.
- MELDEN, A. I., 1977: *Rights and Persons*, Oxford, Blackwell.
- MICHELMAN, F., 1969: «Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review*, 83: 7-59.
- 1975: «Constitutional Welfare Rights and "A Theory of Justice"», en N. DANIELS (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Stanford, Stanford University Press.
- MILL, J. S., 1998: en J. GRAY (ed.), *John Stuart Mill On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press.
- MOELLENDORF, D., 1998: «Reasoning About Resources: Soobramoney and the Future of Socioeconomic Rights Claims», *SAJHR*, 14: 327-333.
- MOORE, G. E., 1965: *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MOORE, M., 2002: «Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation», en J. GOLDSWORTHY y T. CAMPBELL (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate.
- MUREINIK, E., 1992: «Beyond a Charter of Luxuries», *SAJHR*, 8: 464-474.
- 1994: «A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights», *SAJHR*, 10: 31-48.
- MURPHY, L., 1993: «The Demands of Beneficence», *Philosophy and Public Affairs*, 22: 267-292.
- NAGEL, T., 1970: *The Possibility of Altruism*, Princeton University Press.
- 1973: «Rawls on Justice», *The Philosophical Review*, 82: 220-234.
- 1975: «Rawls on Justice», en N. DANIELS (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Stanford, Stanford University Press.
- 1979a: «What is it like to be a Bat?», en T. NAGEL (ed.), *Mortal Questions*. Cambridge, Cambridge University Press.
- (ed.), 1979b: *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 1986: *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press.
- 1991: *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press.
- NEUBORNE, B., 2003: «Constitutional Court Profile: India Supreme Court», *International Journal of Constitutional Law*, 1(3): 476-510.
- NICKEL, J. W., 1982: «Equal Respect and Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 4: 76-93.
- NIELSEN, K., 1984: «Against Ethical Rationalism», en E. REGIS (ed.), *Gewirth's Ethical Rationalism*, Chicago-London, University of Chicago Press.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell.
- NUSSBAUM, M., 1995: «Human Capabilities, Female Human Beings», en M. NUSSBAUM y J. GLOVER (eds.), *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford, Clarendon Press.

- 2000a: *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2000b: «Aristotle, Politics, and Human Capabilities: A Response to Antony, Arneson, Charlesworth y Mulgan», *Ethics*, 111: 102-140.
- NUSSBAUM, M., y GLOVER, J. (eds.), 1995: *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford, Clarendon Press.
- O'MANIQUE, J., 1990: «Universal and Inalienable Rights: A Search for Foundations», *Human Rights Quarterly*, 12: 465-485.
- O'NEILL, O., 1995: «Justice, Capabilities, and Vulnerabilities», en M. NUSSBAUM y J. GLOVER (eds.), *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford, Clarendon Press.
- 1996: *Towards Justice and Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PARFIT, D., 1997: «Equality and Priority», *Ratio*, 10 (3): 202-221.
- PATNAIK, U., 2004: «The Republic of Hunger», encontrado en <http://www.righttofoodindia.org/data/republicofhunger.doc>.
- PIETERSE, M., 1999: «A Different Shade of Red: Socioeconomic Dimensions of the Right to Life in South Africa», *SAJHR*, 15: 372-385.
- 2004: «Coming to Terms with the Judicial Enforcement of Socioeconomic Rights», *SAJHR*, 20: 383-417.
- PILLAY, K., 2002: «Implementing Grootboom: Supervision Needed», *Economic and Social Rights Review*, 3(1): 13-14.
- 2003: «Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights», *Law, Democracy and Development*, 6: 255-77.
- PITKIN, H., 1967: *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press.
- POGGE, T., 2002: *World Poverty and human Rights*, Cambridge, Polity Press.
- PUTNAM, H., 1975: *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RACHELS, J., 1977: «Vegetarianism and “the Other Weight Problem”», en W. AIKEN y H. LA FOLLETTE (eds.), *World Hunger and Obligation*, New Jersey, Prentice Hall.
- Raphael, D. D. (ed.), 1967: *Political Theory and the Rights of Man*, London, Macmillan.
- RAWLS, J., 1982: «Social Unity and Primary Goods», en J. RAWLS, *Collected Papers*, London, Harvard University Press, 1999b.
- 1993: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- (rev., ed.), 1999a: *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- 1999b: *Collected Papers*, London, Harvard University Press.
- RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- 1998: «Disagreement and Politics», *American Journal of Jurisprudence*, 43: 25-52.
- 1999: *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press.
- REGAN, T., 1988: *The Case for Animal Rights*, London, Routledge.
- REGIS, E. (ed.), 1984: *Gewirth's Ethical Rationalism*, Chicago and London, University of Chicago Press.
- RODEWALD, R. A., 1985: «Does Liberalism Rest on a Mistake?», *Canadian Journal of Philosophy*, 15: 231-251.
- ROEDERER, C., 1999: «Judicious Engagement: Theory, Attitude and Community», *SAJHR*, 15: 486-512.
- ROEMER, J., 1995: «Equality of Opportunity», *Boston Review*, Boston, Michigan State University Press. Online en <http://bostonreview.edu>.

- ROSATI, C., 1995: «Persons, Perspectives and Full Informational Accounts of the Good», *Ethics*, 296-325.
- ROSENTHAL, D. M. (ed.), 1991: *The Nature of Mind*, Oxford, Oxford University Press.
- ROSS, W. D., 1930: *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press.
- ROUX, T., 2002: «Understanding Grootboom – A Response to Cass R. Sunstein», *Constitutional Forum*, 12 (2): 41-51.
- 2003: «Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court», *Democratization*, 10 (4): 92-111.
- ROY, A., 2005: «Minds and Intestines», *Tehelka* (10 de diciembre de 2005), encontrado en http://www.tehelka.com/story_main15.asp?filename=Cr121005Minds_and.asp.
- SANGIOVANNI, A., 2003: «Majoritarianism and Unelected Institution», artículo inédito presentado en el *Coloquio de Teoría Política*, University of Cambridge, 12 de febrero.
- SCALON, T., 1975: «Preference and Urgency», *Journal of Philosophy*, 72: 655-669.
- 1984: «Rights, Goals and Fairness», en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- 1993: «Value, Desire and Quality of Life», en A. SEN y M. NUSSBAUM (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press.
- 1995: «Comments on Roemer», *Boston Review*, Boston, Michigan State University Press. Online en <http://bostonreview.mit.edu>.
- 1998: *What We Owe to Each Other*, London, Harvard University Press.
- SCHEFFLER, S. (ed.), 1988: *Consequentialism and its Critics*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHUEERMANN, J., 1987: «Gewirth's Concept of Prudential Rights», *Philosophical Quarterly*, 37: 291-304.
- SCHWARTZ, A., 1973: «Moral Neutrality and Primary Goods», *Ethics*, 83: 294-307.
- SCOTT, C., y ALSTON, P., 2000: «Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise», *SAJHR*, 16: 206-268.
- SCOTT, C., y MACKLEM, P., 1992: «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution», *University of Pennsylvania Law Review*, 141: 1-148.
- SEN, A., 1981: *Poverty and Famines: An Essay in Entitlement and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press.
- 1982: *Choice, Welfare and Measurement*, London, Harvard University Press.
- 1984a: «The Right Not to be Hungry», en P. ALSTON y K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, Martin Nijhoff.
- 1984b: *Resources Values and Development*, London, Harvard University Press.
- 1987: «The Standard of Living: Concepts and Critiques», en G. HAWTHORN (ed.), *The Standard of Living*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 1988: «Rights and Agency», en S. SCHEFFLER (ed.), *Consequentialism and its critics*, Oxford, Oxford University Press.
- 1992: *Inequality Reexamined*, Oxford, Clarendon Press.
- 2003: «Hunger in India», encontrado en <http://www.righttofoodindia.org/data/amartya.pdf>.
- SEN, A., y NUSSBAUM, M. (eds.), 1993: *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press.
- SEN, A., y WILLIAMS, B. (eds.), 1982: *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SHUE, H., 1980: *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press.
- 1988: «Mediating Duties», *Ethics*, 98: 687-704.
- SIDGWICK, H., 1981: *The Method of Ethics*, Indianapolis, Hackett Publishing Company.

- SINGER, M. G., 1985: «On Gewirth's Derivation of the Principle of Generic Consistency», *Ethics*, 95: 297-301.
- SINGER, P., 1972: «Famine, Affluence and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, 1: 229-243.
- 1995: *Animal Liberation*, 2.^a ed., London, Pimlico.
- SMITH, N., 1996: «The Purpose Behind the Words», *SAJHR*, 12: 90-98.
- SPECTOR, H., 2003: «Judicial Review, Rights and Democracy», *Law and Philosophy*, 23: 295-304.
- SPRAGUE, C., y WOOLMAN, S., 2006: «Moral Luck: Exploiting South Africa's Policy Environment to Produce a Sustainable National ART Programme», *SAJHR*, 22: 337-379.
- STEINBERG, C., 2006: «Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa's Socioeconomic Rights Jurisprudence», *SALJ*, 123-184.
- SUMNER, L. W., 1987: *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- 1996: *Welfare, Happiness and Ethics*, Oxford, Clarendon Press.
- SUNSTEIN, C., 1996: «Foreword: Leaving Things Undecided», *Harvard Law Review*, 110: 6-101.
- 1997: «Order of the Coif Lecture: Response: From Theory to Practice», *Arizona State Law Journal*, 29: 389.
- 2001a: «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa», *Constitutional Forum*, 11(4): 123.
- 2001b: *Designing Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- SWART, M., 2005: «Left Out in the Cold? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor», *SAJHR*, 21: 215-240.
- TAYLOR, P. W., 1986: *Respect for Nature*, Princeton, Princeton University Press.
- TERREBLANCHE, S., 2002: *A History of Inequality in South Africa 1652 to 2002*, Pietermaritzburg, University of Natal Press.
- TOEBES, B., 1999: *The Right to Health as Human Right in International Law*, Antwerpen, Intersentia y Hart.
- TUSHNET, M., 2004: «Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review», *Texas Law Review*, 82: 1895-1919.
- VAN BUEREN, G., 1999: «Alleviating Poverty through the Constitutional Court», *SAJHR*, 15: 52-74.
- VAN ONSELEN, C., 1996: *The Seed is Mine. The Life of Kas Maine, a South African Sharecropper, 1894-1985*, New York, Hill y Wang.
- VAN PARIJS, P., 1995: *Real Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- VAN WYK, D., et al., 1994: *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order*, Kenwyn, Juta.
- VLASTOS, G., 1984: «Justice and Equality», en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- WADE, H. W. R., y FORSYTH, C. F., 2000: *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDMAN, A., 2005: «Against All Odds, India Casts a Safety Net» *International Herald Tribune* (27 de abril de 2005), encontrado en <http://www.ihf.com/articles/2005/04/26/news/india.php>.
- WALDRON, J. (ed.), 1984: *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- 1988: «When Justice Replaces Affection: The Need for Rights», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11: 625-647.
- 1989: «Legislation and Moral Neutrality», en R. E. GOODIN y A. REEVE (eds.), *Liberal Neutrality*, London, Routledge.
- (ed.), 1993a: *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 1993b: «Homelessness and the Issue of Freedom», en J. WALDRON (ed.).

- 1999: *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.
- WESSON, M., 2004: «Grootboom and Beyond: Reassessing the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court», *SAJHR*, 20: 284-308.
- WILLIAMS, B., 1972: «The Idea of Equality», en P. LASLETT y W. G. RUNCIMAN (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, 2.^a serie, Oxford, Blackwell.
- 1987: «Interests and Capabilities», en G. HAWTHORN (ed.), *The Standard of Living*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WILLIAMS, L., 2005: «Issues and Challenges in Addressing Poverty and Legal Rights: A Comparative United States/South African Analysis», *SAJHR*, 21: 436-472.
- WINSTON, M. E., 1989: *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, Wadsworth Publishing Company.
- WISE, S., 2001: *Rattling the Cage: Towards Legal Rights for Animals*, London, Profile Books.
- WOODS, J. M., 2003: «Justiciable Social Rights as Critique of the Liberal Paradigm», *Texas International Law Journal*, 38: 763-793.
- WOOLMAN, S., et al. (eds.), 2005a: *Constitutional Law of South Africa*, 2.^a ed., Cape Town, Juta and Co.
- 2005b: «Dignity», en S. WOOLMAN et al. (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2.^a ed., Cape Town, Juta and Co.

Nota

- SALJ *South African Law Journal.*
 SAJHR *South African Journal of Human Rights.*

TABLA DE CASOS

- 40 BoverfGE 121 (133).
August vs. Electoral Commission 1999 (3) SA 1 (CC).
Bernstein vs. Bester 1996 (2) SA 751 (CC).
Christian Education South Africa vs. Minister of Education 2000 SA 757 (CC).
City of Cape Town vs. Rudolph 2004 (5) SA 39 (C).
City of Cape Town vs. Rudolph (decisión no publicada de la Corte Superior del Cabo, 5 de diciembre de 2005).
City of Johannesburg vs. Rand Properties Caso 04/10330, Corte Superior de Sudáfrica.
Dandridge vs. Williams 397 US 471 (1970).
Dawood vs. Minister of Home Affairs 2000(8) BCLR 837 (CC).
De lange vs. Smuts 1998 (3) SA 785 (CC).
Fraser vs. Children's Court, Pretoria North 1997 (2) SA 261 (CC).
Goldberg vs. Kelly 397 US 254 (1970).
Government of the Republic of South Africa vs. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC).
Harksen vs. Lane 1998 (1) SA 300 (CC).
In Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 (4) SA 744 (CC).
Investigating Directorate: Serious Economic Offences vs. Hyundai Motor Corporation 2001 (1) SA 545 (CC).
Jaftha vs. Schoeman 2005 (2) SA 140 (CC).
Jayiya vs. MEC FOR Welfare, eastern Cape 2004 (2) SA 611 (SCA).
Khosa vs. The Minister of Social Development 2004 (6) SA 505 (CC).
King vs. Smith 392 US 309 (1968).
Kutumela vs. Member of the Executive Committee for Social Services, Culture, Arts and Sport in the North West Province Caso 671/2003 (23 de octubre de 2003).
Laskey, Jaggard and Brown vs. The United Kingdom (1997) 24 EHRR 39.
Minister of Health vs. Treatment Action Campaign 2002 (4) BCLR 356 (T).
Minister of Health vs. Treatment Action Campaign 2002 (5) SA 721 (CC).
Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association 2001 (3) SA 1151 (CC).
Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation AIR 1986 SC 180.
Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and another In Re: Ex Parte Application of the President of Republic of South Africa 2000 (2) SA 674 (CC).
Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers 2005(1) SA 217 (CC).
President of the Republic of South Africa vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd 2005 (5) SA 3 (CC).
Prince vs. President of the Law Society of the Cape of Good Hope Case CCT 36/00 hallado en <http://www.constitutionalcourt.org.za>.
PUCL vs. Union of India recurso escrito núm. 196 del 2001.

R vs. Generaux (1992) 88 DLR (4th) 110.

R vs. Valente (1985) 24 DLR (4th) 161.

R(Q) vs. Secretary of State for Home Department [2003] EWHC 195 (Admin).

R(Q) vs. Secretary of State for Home Department [2004] QB 36.

Roe vs. Wade 410 US 113 (1973).

S vs. Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC).

S vs. Zuma 1995 (2) SA 642 (CC).

Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame AIR 1990 SC 630.

Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC).

South African Association of Personal Injury Lawyers vs. Heath 2001 (1) SA 883 (CC).

Van Biljon vs. Minister of Correctional Services 1997(4) SA 441 (C).

Pobreza y derechos fundamentales

La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos

¿Cómo justificar la vinculatoriedad de los derechos sociales y de qué manera factibilizar su exigibilidad? Con este libro Bilchitz no solo se propone dotar de una fundamentación metaética a los derechos sociales o socioeconómicos, sino también plantear una vía concreta para su efectivización: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). La argumentación de Bilchitz se orienta a justificar el postulado consistente en que los derechos socioeconómicos deben ostentar una prioridad normativa equivalente a la de los derechos civiles y políticos. Dicha equiparación se basa en el argumento consistente en que las sociedades están en la obligación de tratar a todos los individuos con una importancia igual o equitativa. El reconocimiento de dicha importancia presupone para Bilchitz no solamente reconocer a los individuos su libre ejercicio de libertad, sino que además implica el garantizarles el acceso a recursos suficientes para permitirles alcanzar una amplia variedad de metas. En ello radica, según Bilchitz, el aseguramiento de que todas las personas vivan una vida valiosa.

David Bilchitz

David Bilchitz es Profesor de Derechos Fundamentales y Derecho Constitucional en la Universidad de Johannesburgo y Director del South African Institute for Advanced Constitutional, Public, Human Rights and International Law (SAIFAC). Actualmente es Secretario General de la International Association of Constitutional Law. Tiene la consideración de investigador internacional aclamado por la National Research Foundation of South Africa y fue elegido miembro de la Academia Juvenil de las Ciencias en Sudáfrica en el año 2015. En el año 2000 ejerció de secretario del juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica Pius Langa. Ha publicado extensamente en el campo de los derechos fundamentales y forma parte del consejo editorial de prestigiosas revistas especializadas.