

SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

SEPARATA

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

**VOLUMEN MONOGRÁFICO
EXTRAORDINARIO**

**PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES**

**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(CHILE)**



AUTONOMÍA Y DERECHOS SOCIALES. UNA REVISIÓN DEL ORDEN DE LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE CARLOS NINO

MARTÍN BÖHMER *

Resumen

En el presente trabajo se defiende una justificación de los derechos sociales a partir del principio de autonomía, conforme una versión de la teoría moral que defendiera Carlos Nino. Esta propuesta permite dar sentido a algunas de las discusiones clásicas que versan sobre el tópico de los derechos sociales (positivos o negativos, justiciables o no, baratos o caros, mayoritarios o contra mayoritarios, etc.), así como a algunas metáforas que se utilizan para clasificar los derechos (como las que apelan a las diversas generaciones, o la división en siglos).

Palabras clave

Derechos sociales, autonomía, daño, dignidad, Carlos Nino.

Abstract

This paper defends a justification of social rights based on the principle of autonomy and in a certain reading of Carlos Nino's moral theory. I believe it makes sense of some of the canonical discussions on social rights (positive

* Doctor en Derecho Yale University. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Dirección electrónica: martin.bohmer@gmail.com

vs. negative, judicially enforceable or not, cheap vs. expensive, majoritarian vs. counter majoritarian, etc.) as well as of the metaphors in use to classify rights in general such as first, second or third generations or the division in centuries).

Keywords

Social rights, autonomy, harm, dignity, Carlos Nino.

Introducción

Los derechos sociales siguen llamando la atención, lo que no deja de ser llamativo y atendible. En efecto, algo debe haber en ellos que nos reclama ser clasificado, definido, inscripto en cierto ciclo temporal, situado en un siglo determinado, alineado con ciertas reformas jurídicas. Así, los derechos sociales han puesto en cuestión la distinción entre acción y omisión, la relación entre derechos y deberes, la posibilidad de ser judicialmente exigibles y aun la de hacerse cumplir, la titularidad de ese deber en los jueces o en los legisladores, en las autoridades nacionales o en las internacionales y el costo presupuestario de esas exigencias, entre otros importantes desvelos jurídico filosóficos.

Sin embargo, en este trabajo me gustaría llamar la atención a una forma particular de acercarse a los derechos sociales, la cuestión de su justificación moral. En efecto, la idea que me propongo exponer consiste en lo siguiente: si los derechos sociales en un orden constitucional determinado constituyen razones para actuar, ellos deben hacer ese trabajo fundados en algún principio moral que los justifique. Sé que esta breve propuesta no puede sostenerse así como así, por lo que espero algo de paciencia en quien lea estas páginas.

Voy a justificar la existencia de derechos sociales desde una peculiar teoría moral, o más precisamente desde una peculiar forma de leer una peculiar teoría moral: mi lectura de la teoría de Carlos Nino. Voy a mostrar el lugar que en ella ocupan los derechos sociales, en qué medida esa ubicación ilumina clasificaciones aparentemente banales de los derechos (en particular esa que los clasifica en generaciones) y cómo, teniendo una teoría valorativa, algunas de las cuestiones que

tradicionalmente nos desvelan de los derechos sociales se aclaran para beneficio de la práctica jurídica democrática.

Metaética

A nivel metaético Nino no era, obviamente, un escéptico ni un relativista, pero tampoco era un objetivista moral. Nino era un *relativista conceptual*, es decir creía en la “posición... por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas de la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral”¹. Estas reglas están dirigidas a mantener una práctica que tiene como objetivo disminuir los conflictos y aumentar la coordinación entre las personas, dado el predicamento en que se encuentra el ser humano en un mundo de escasez de recursos y multiplicación de intereses y deseos incompatibles². Las reglas para lograr esa meta son, por lo tanto, contingentes, dependen de las particulares necesidades de un tiempo determinado.

Es en este sentido que la metaética nineana asume una posición pragmática respecto a la verdad. En este nivel, el discurso moral verdadero es aquel que funciona, es decir, el que es capaz de reducir los conflictos y aumentar la coordinación en forma más efectiva que el discurso moral previo. Ahora, la instancia discursiva que nos interesa es aquella en la cual nos hallamos sumergidos hace unos pocos siglos: la práctica del discurso moral de la modernidad. En efecto, dado que este particular discurso es eminentemente deliberativo y tiene como meta la disminución del conflicto y la coordinación de acciones, se encuentra regulado por ciertos rasgos que lo distinguen. La premodernidad se destacaba por una regla simple: el principio de autoridad. Las disputas terminaban cuando alguien, con autoridad final, decidía.

1. NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 161.

2. Nino cita a Warnock, *The Object of Morality* cuando se refiere a estas circunstancias como “...‘la dificultad básica de la vida humana’ (*the human predicament*)...” Nino, Carlos: Cit, Capítulo III, 2.

A partir de los siglos XV y XVI esa regla comienza a no funcionar, las sociedades occidentales se complejizan y los conflictos se multiplican.

Pasaron muchas décadas hasta que la modernidad creó un ideal moral alternativo consistente en que la mejor decisión es la que toman todos los afectados por ella, con toda la información relevante, en condiciones de igualdad y en forma unánime.

Sin embargo, resulta claro que este discurso no rige en todo el planeta y dado que esta práctica no es universal, su encuentro con otras en las cuales la gente no comparte nuestras presuposiciones morales básicas puede resultar conflictivo. Para que quede claro la posición de Nino sobre el tema basta citarlo: “Por lo común, esto da lugar a la pregunta: ‘¿Qué podemos hacer para convencer a esa gente?’. Mi respuesta (...) es ‘nada’”³. He allí su relativismo conceptual.

Sobre la base de esta ontología moral (hay prácticas sociales que están constituidas por reglas en las que de hecho participamos cuando discutimos algún problema moral) Nino asume un *constructivismo ético* en virtud del cual las reglas subyacentes a las prácticas sociales permiten identificar las propiedades de los principios que esas prácticas hacen válidos y por los cuales se zanján los conflictos morales a través de entender a los principios como razones para actuar.

Así, la estructura del discurso de la modernidad genera filtros para sostener la idea de imparcialidad. En efecto, para persuadir a otros iguales a mí debo generar argumentos que los convenzan, y las meras expresiones de mis deseos, intereses preferencias o necesidades no pueden convencer a nadie. Los filtros, entonces, buscan impedir que ingresen a la conversación moral expresiones que no constituyen argumentos válidos. Algunos de ellos son: la *autonomía* de la moral, es decir la libre aceptación de normas para relacionarse con otros y por lo tanto la necesidad de *persuadir* para lograr acuerdos, la *publicidad* de los principios (y la exclusión de expresiones basadas en supuestos principios ocultos u ocultos al interlocutor), su *generalidad* (y la exclusión de la mera afirmación de mis deseos o intereses como una razón atendible, el “porque me conviene”), la *verificabilidad* de las proposiciones de hecho en las que se basan (es decir una epistemología

3. NINO, Carlos: Cit., pág. 162.

y formas de prueba compartidas), el requisito de que quien lo defienda debe estar dispuesto a que el principio sea *universalizable* (aplicable incluso a sí mismo) y la característica de que son *finales* en el sentido que ningún otro tipo de razón es más básico.

El discurso moral de la modernidad no identifica buenos argumentos a priori. Los mejores argumentos son los que sobreviven el escrutinio de la deliberación y de los filtros recién reseñados, los que quedan en pie por ahora, es decir hasta que la cultura de la comunidad en cuestión genere un mejor argumento (uno más persuasivo). El silencio, la falta de réplica, muestra que el último es el argumento ganador, como digo, por ahora.

Ética normativa

El método que propone el constructivismo para derivar principios morales de la estructura del discurso consiste en la postulación de la idea de *inconsistencia pragmática*, la regla según la cual no se puede hacer una cosa y decir otra. El hecho de ser parte de la práctica de la modernidad y a la vez negar los principios que estructuran esa práctica equivale a contradecirse. En este nivel, entonces, Nino apela a una teoría coherentista de la verdad, los principios morales verdaderos son los que surgen válidamente de los rasgos que constituyen el discurso en cuestión.

Este es el test del que surgen los tres principios morales postulados por Nino: el de *autonomía* (es bueno que cada uno elija libremente el plan de vida que desea) surge del hecho de que si uno delibera con alguien no puede imponerle lo que uno piensa, si no, ¿para qué discute? El perfeccionismo, la imposición de planes de vida o de virtudes personales que uno considera buenas sobre otros, es contradictorio con la práctica de la deliberación moral. Si discuto, con el fin de reducir conflictos y coordinar acciones, no impongo.

El segundo, el principio de *inviolabilidad* (o el principio milliano del daño, que afirma que no se puede aumentar la autonomía propia disminuyendo la de otros) se opone a la posición holista por la cual el individuo debe sacrificarse en aras de objetivos sociales y obliga a la no explotación. En efecto, no discuto con objetos, con meros medios para mis propios fines, al deliberar trato a mi interlocutora como fin en sí misma. Si delibero, no utilizo.

Y finalmente, el principio de *dignidad* (que me permite reducir mi autonomía a través de mi consentimiento) niega el determinismo normativo que descarta el consentimiento como forma de distribuir bienes y males sociales confundiendo el hecho de la determinación causal con la forma en la que concebimos el mundo de lo normativo dando relevancia a la voluntad como la manera que tenemos de modificar la clasificación deóntica de nuestras propias conductas. La dignidad consiste en este caso en reconocer en el interlocutor la autoría de sus decisiones, en reconocerlo como persona capaz (como la llama el derecho civil) de autorestringirse. Si no tuviéramos este principio, esta excepción a la utilización de otros para el beneficio de algunos, no tendríamos, por ejemplo, contratos. En efecto, los contratos son la instrumentación jurídica del intercambio de autonomía entre personas. Cuando ingreso a un contrato y entrego mi autonomía el principio de dignidad lo permite justamente porque se me trata dignamente como persona cuando puedo limitarme, cuando se toma mi consentimiento como relevante. Soy digno cuando me limito, cuando puedo limitar mis capacidades; y soy responsable cuando entro en el contrato y acepto cumplir lo que digo que voy a cumplir. Si discuto con alguien, no puedo desconocerlo.

Esta tríada de principios que Nino muestra como subyacentes en la estructura del discurso moral de la modernidad no puede resultar sorpresiva para nadie, es la misma tríada que encabezara las revoluciones que dieron forma política al discurso: libertad (la autonomía para decidir mi plan de vida), igualdad (la prohibición kantiana de usar a otros como medios para mis propios fines) y fraternidad (el reconocimiento de la dignidad que nos permite intercambiar autonomía y de esa forma asistir a otros en la persecución de sus planes de vida así como podemos solicitar a los otros asistencia en la búsqueda del propio).

Política

Así, el discurso moral de la modernidad dio frutos políticos revolucionarios. Esta forma de entender la moral justifica una forma política particular de procesamiento de las divergencias sociales: la *democracia constitucional*. En efecto, como vimos, el discurso moral de

la modernidad en primer lugar prefiere la deliberación imparcial entre iguales como la mejor manera de resolver conflictos, y en segundo lugar, reclama que en esa deliberación ciertos rasgos que la constituyen sean siempre respetados. El procedimiento democrático (la decisión por discusión pública y regla de la mayoría) es la traducción política del primer requisito y la creación de los derechos (y alguna forma política para su defensa como por ejemplo el control judicial de constitucionalidad) la del segundo. Así, lo que Nino llama *constitución ideal* es aquella que tiende a mantener el procedimiento democrático real lo más cerca posible de su ideal deliberativo y a honrar los principios del discurso moral de la modernidad a través del respeto por los derechos.

Ahora bien, las prácticas políticas reales se alejan de ese ideal. En particular lo que Nino llama la *constitución histórica*, es decir una práctica social determinada que se realiza en un territorio determinado y que tiene una historia y aspiraciones colectivas también determinadas, no coincide con la constitución ideal. Sin embargo está llamada a servir como correa de transmisión entre el ideal y las decisiones prácticas, como por ejemplo aquellas que deben tomar los operadores del derecho. Nino puede afirmar en ese sentido que “la constitución histórica, que es relevante para el razonamiento práctico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislaturas, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto. Así, la tarea de transformar el texto en proposiciones justificatorias es asistida por las opciones tomadas por este trabajo colectivo, y las indeterminaciones son mucho más restringidas que si cada uno de nosotros tuviera que confrontar aisladamente el texto desnudo”⁴.

Es decir que la Constitución no es un “mero texto” leído por seres noumenales fuera de todo contexto (como si tal cosa fuera posible), sino una práctica social compleja que se despliega en el tiempo y que dependiendo de la conflictividad social va disminuyendo o aumentando su indeterminación. La disminuye en la medida en que los consensos

4. NINO, Carlos: *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 55.

sociales se incrementan (a través de la práctica política, de los procedimientos judiciales, o de las diversas formas de la deliberación social que van acordando interpretaciones de la constitución ideal y transformándolas en prácticas encarnadas) y aumenta la indeterminación cuando los consensos decrecen, cuando las voces del disenso (que producen nuevos argumentos) logran ser escuchadas y así dan lugar al regreso de la fuerza relegitimante de los principios que se encuentran en la constitución ideal para mejorar la constitución histórica (cuando tienen éxito). Es en este sentido que Nino afirma el valor epistémico de la práctica de la democracia constitucional. Ella nos brinda razones para pensar que hay razones para actuar. Todo a lo que podemos aspirar es a la mejora de los procedimientos democráticos como garantías nunca finales de que estamos más cerca de decidir correctamente. De allí que el derecho que surge de estos procedimientos se torna relevante en el razonamiento práctico.

El hecho de que esta práctica social sea además normativa permite también calibrar su importancia como acuerdo fundacional de la sociedad que la conforma (¿se puede seguir mejorando la práctica o es tiempo de revolución?), como objeto de legitimación de la constitución ideal (¿cuáles son las alternativas de actuación dentro de la práctica capaces de mejorarla?) y como parte necesaria de todo razonamiento práctico que tienda a justificar una decisión jurídica (¿cuáles son las alternativas de interpretación disponibles para mejorar la práctica?).

Permítame ahora, quien me lea, un breve desvío. Como dije, la teoría de Nino es pragmática a nivel metaético, nivel en el que manda la idea de discurso moral situado, es coherentista a nivel de la ética normativa, nivel en el que manda la noción de inconsistencia pragmática, y es epistemológicamente constructivista al nivel del valor que debe otorgársele al resultado de la deliberación moral. La propuesta es, en otros términos, la siguiente: nos encontramos situados en el discurso moral de la modernidad, su forma de entender en qué consiste la deliberación que practicamos a diario nos provee de un ideal al que aspiramos. Y utilizamos este discurso para argumentar contrafácticamente: “debes hacer aquello que manda la última razón que habría quedado en pie si hubiera tenido lugar una deliberación en la que todos los interesados hubieran estado presentes y en la cual hubieran decidido

por unanimidad en condiciones de racionalidad, conocimiento e imparcialidad”.

Eso no quiere decir que Nino no reconociera defectos de la deliberación real. Así, subrayando la fuerza de la práctica deliberativa para coordinarnos, aclara:

“Pero es obvio que en muchos casos el discurso moral no es operativo. Hay, por supuesto, gente que se niega siquiera a participar de ese discurso y prefiere recurrir a otros métodos para obtener resultados equivalentes, como el recurso a la fuerza. Hay también gente que sólo simula participar del discurso moral y recurre solapadamente a técnicas de persuasión excluidas de éste como el engaño o la confusión deliberada. Hay muchos que no cumplen con el compromiso implícito asumido cuando se participa en ese discurso, que es actuar y juzgar de acuerdo con los principios que resultan consensualmente aceptados”⁵.

La fuerza, el engaño y el argumento falaz son también parte de la práctica real de la discusión. La teoría de Nino no sólo contribuye a identificarlos como problemas para la democracia sino también, en la medida que nos aclara nuestra concepción del ser moderno, a combatirlas.

En otro lugar⁶ me ocupé de subrayar el hecho de que en la deliberación ideal todos los participantes gozan de igual capacidad retórica pero, dado que en la deliberación real se dan los problemas que Nino identifica y que acabo de mencionar, en ciertos ámbitos nos ocupamos de crear sucedáneos del discurso moral que tratan de paliar esas desviaciones. Entonces, así como recurrimos a la ingeniería institucional para acercar los procedimientos mayoritarios y representativos al ideal deliberativo (regulación de los procesos

5. NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*. Cit. Pág. 391.

6. BÖHMER, Martín: “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”. En: Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos. (coords.): *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley, Facultad de Derecho U.B.A., 2008. También publicado en: Villarreal, Marta y Courtis, Christian (coord.): *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F. 2007.

legislativos, de los partidos políticos, sistemas electorales, etc.), en otros (mi ejemplo eran los procedimientos judiciales y en particular el rol asignado a los abogados como igualadores retóricos) intentamos reducir todo lo posible la influencia deletérea de la fuerza, el engaño y las falacias.

Estas razones explican la centralidad de la educación en general para la democracia moderna (la idea de “educar al soberano”) y en particular explican el esfuerzo por determinar el piso mínimo de conocimientos que los ciudadanos deben poseer para ser tales. Lo que muchas veces no se explicita suficientemente es la relevancia no sólo de los conocimientos sino de las destrezas que requiere una práctica relativamente exigente como la práctica deliberativa de la modernidad. Estas destrezas, que no son ni pueden ser explicitadas completamente en manuales escolares, se encuentran incrustadas en los modos de actuar de las diversas comunidades, son los estilos en los que se manifiestan las prácticas compartidas y aprendidas por imitación y largos procesos de ensayo y error, recompensas y sanciones sociales, muchas veces silenciosas y otras muchas vociferantes y conflictivas.

La lucha por los derechos

Así, la práctica deliberativa de la modernidad asume muy variadas formas. Entre ellas, una particularmente relevante para este trabajo, la lucha por los derechos. La dinámica de esa lucha en el contexto de la democracia deliberativa funciona de la siguiente manera: las instituciones políticas que se rigen por la regla de la mayoría, producen normas que reclaman autoridad basadas en que ellas intentan honrar el ideal deliberativo, en que han hecho todo lo posible para acercarse a él incluyendo la mayor cantidad de voces, la mejor información disponible y excluyendo las afirmaciones falaces, que violan los filtros de la deliberación. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la legislación es fuente de derecho.

Sin embargo, sabemos que esos procedimientos pueden fallar y es por eso que defendemos los principios subyacentes a la deliberación (autonomía, inviolabilidad y dignidad) con ciertos artefactos de nuestra creación: los derechos. Ellos funcionan como límites a las decisiones

mayoritarias y en general existen instituciones (como por ejemplo los jueces) que se ocupan de defenderlos y que para hacerlo se las aparta del control mayoritario directo (brindándoles por ejemplo estabilidad vitalicia o muy extendida en el tiempo y muchas veces también salarial, entre otras). La defensa de los derechos requiere participación de los afectados y mecanismos institucionales efectivos para una deliberación seria (por ejemplo proveyendo abogados como una forma de mejorar la argumentación de sus conciudadanos) ya que esta lucha pone en cuestión los acuerdos mayoritarios decididos democráticamente. Pero el reclamo de autoridad de los derechos no puede ser menospreciado: surge de la estructura misma de la deliberación y se justifican porque tienden a restaurar los principios de las reglas del juego deliberativo que alguna falla de la democracia puso en cuestión. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la Constitución es fuente de derecho.

Por último, las decisiones a las que la comunidad llegue a través del juego de las fuerzas de la deliberación mayoritaria y de los derechos no pueden ser modificadas en forma permanente si el derecho pretende coordinar acciones y reducir conflictos. Nadie puede adecuar su conducta a normas si ellas no permanecen más o menos inalteradas por un tiempo prudencial. La idea del derecho como práctica social apunta a ese problema y explica que los precedentes judiciales, o las costumbres sociales o a veces las lecciones de los juristas puedan reclamar autoridad en la medida en que funcionen como un ancla de tradición que haga inteligible las acciones colectivas y más predecible el futuro. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la jurisprudencia, la costumbre o cierta función de la doctrina son fuente de derecho.

Estos tres reclamos de autoridad compiten por su preeminencia a la manera de los dioses antiguos, y su disputa es interminable. Del choque de estos reclamos surge la vitalidad de la democracia. No hay última palabra, los conflictos no acaban, se administran aceptando, o incluso dándole la bienvenida al surgimiento del disenso en el entendimiento que quizás esta vez alguno entre nosotros encontró un argumento que permitirá mejorar nuestra convivencia.

Desde hace unas pocas décadas los derechos sociales han adquirido esa virtualidad. Ellos han producido reinterpretaciones

fundamentales de los contenidos del derecho, de los procedimientos jurídicos y políticos y de los roles institucionales de actores fundamentales de la democracia. La discusión sobre su naturaleza se entiende en ese contexto. En efecto, el retorno de la discusión sobre obligaciones correlativas de hacer o la idea de los derechos sociales como derechos positivos, quebró algunas concepciones previas que entendían a los derechos como meros límites negativos a la acción de las autoridades, como reflejando la aspiración de “ser dejado solo”. Los procesos y los roles de los actores se alineaban a ese entendimiento. Así, las sentencias tendían a mandar obligaciones de no hacer o a lo sumo de dar (en este caso en general de dar sumas de dinero) y el Poder Judicial concebía su lugar como remedial y excepcional y se entendía que no tenía nada que hacer respecto del status quo ante, la situación previa al daño.

Acaso también como una forma de reducir la alarma que producen los derechos sociales se los periodiza, llamándolos derechos de segunda, o de tercera generación dado que supuestamente llegaron luego de los derechos civiles y políticos. Se les otorga incluso a cada uno un siglo (el XVIII para los civiles, el XIX para los políticos y el XX para los sociales) como si el hecho de llamarlos así, “derechos de x generación” tuviera alguna virtualidad explicativa. Esta explicación cronológica, que intenta ser genealógica y en última instancia trata de justificar en la gradualidad los reclamos de los derechos sociales que aparecen como excesivos en comparación con los otros dos tipos de derechos, resulta a todas luces inadecuada para fundar tal reclamo de autoridad. Si los derechos sociales deben ser respetados aun cuando ello signifique producir intervenciones disruptivas en la democracia constitucional debe ser porque ellos son formas institucionales de la defensa de algún principio sustantivo de la práctica moral en la que estamos aún inmersos.

Sin embargo, hay algo importante en esta cadencia que produce la tipología de los derechos. Los derechos políticos (el derecho al voto, a elegir y ser elegido, a asociarse en partidos políticos), los derechos civiles (a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, de conciencia, de culto, de movimiento, de trabajo) y los derechos sociales (los derechos de propiedad, alimentación, salud, vivienda, educación, trabajo,

seguridad social) parecen apuntar a cuestiones fundamentales en la vida de todo ser humano. El desafío radica en cómo se justifica tal importancia como para permitir que asuman el papel de derechos en tanto límites a la libre deliberación mayoritaria de los representantes democráticos. En particular los derechos sociales siempre parecieron problemáticos en la medida en que sus reclamos deberían producir una restructuración de acuerdos sociales muy extendidos tal que se debe esperar una multiplicación de la conflictividad que sólo una fuerte justificación moral y política puede obligarnos a asumir.

En lo que sigue voy a argumentar que la justificación de los derechos en la forma que propone Nino, y que yo creo que refleja adecuadamente la tradición moderna de la democracia liberal, nos permite ver con facilidad la naturalidad con la que los derechos sociales encajan en nuestra tradición y advertir que ellos no son cuerpos recientes, extraños, perturbadores, sino la extensión natural de nuestros compromisos morales y políticos. La manera de hacerlo que propondré, será modificar el orden de los principios para insistir en la deliberación como la piedra de toque del edificio del discurso moral moderno. Veamos.

Como lo expuse más arriba el relato canónico de los tres principios del liberalismo igualitario según Nino asume una forma clásica en la cual el principio de autonomía es la regla general, el de inviolabilidad su única excepción y el de dignidad la excepción a la excepción (para decirlo más claro: puedo decidir libremente mi plan de vida, salvo que para llevarlo adelante dañe a un tercero, salvo que el tercero consienta ser dañado).

En esta forma del relato la autonomía carga con el mayor peso. En ella parecen residir todas las libertades, las que defienden los derechos políticos, los sociales y algunos de los civiles, en la medida en que para poder decidir libremente y llevar adelante con éxito un plan de vida se requieren muchos de los bienes cubiertos por ellas. A la inviolabilidad le queda el derecho a la igualdad y a la no explotación y a la dignidad el trato no discriminatorio. Este orden de los principios se da muy bien con la tríada propiedad (lo que tengo para hacer lo que quiero), daños (la forma en que me indemnizan cuando me instrumentalizan) y contratos (el intercambio consentido de autonomía) que vertebra el

cuerpo del derecho moderno. Vista de esta forma la clasificación, si bien es clara es su orden deductivo, confunde a la hora de explicar la justificación de los distintos tipos de derechos en la forma en que nos hemos acostumbrado a nombrarlos.

Sin embargo hay otra forma que permaneciendo fiel a los principios de la deliberación de la modernidad, puede arrojar otro tipo de luz sobre la cuestión de los derechos sociales y ordenar con mayor claridad las clasificaciones tradicionales. La propuesta consiste en lo siguiente: si estamos comprometidos a que la deliberación cumple un rol central en la teoría, la fenomenología de la deliberación nos insta a descartar el orden silogístico de la presentación tradicional de los principios y proponer uno nuevo, inverso.

En efecto, pensemos en la adquisición de derechos a medida que vamos creciendo en ciudadanía moral. Así, el primer paso para comenzar a deliberar con otros consiste en que ellos reconozcan mi capacidad para que mi consentimiento me obligue, que reconozcan que yo puedo acordar con ellos, eventualmente, la posibilidad de reducir mi autonomía. Tráteme dignamente en este sentido consiste en permitirme entrar en la deliberación, en no tratarme como a un niño o a un loco. El principio de dignidad es de esta forma primero, es el que abre la puerta a la sociedad, y si bien se va dando gradualmente (los niños van adquiriendo capacidad a medida que crecen) una vez adquirido es el que explica la ciudadanía moral. Sólo los seres capaces de ser dignos (capaces de responsabilizarse frente a otros) son ciudadanos morales.

En el segundo paso, una vez que me encuentro adentro de la deliberación, voy escuchando las propuestas de intercambio de autonomía que me hacen los demás para ayudarlos a llevar adelante sus planes de vida. El principio de inviolabilidad me cubre, me blindo en la medida en que gracias a él puedo decirles a otros que no. No pueden usarme sin mi consentimiento (ahora específico a una propuesta concreta, no el consentimiento general de entrar a la deliberación) para sus propios planes de vida.

En el tercer paso, cuando he escuchado diferentes propuestas, puedo comenzar a formar las mías de a poco y en la deliberación con otros, con la libertad que me brinda el principio de autonomía que

rechaza justamente la posibilidad de que alguien pueda imponerme la suya⁷.

Espero que resulte ahora clara la propuesta. Cada uno de estos pasos justifica derechos. En esta presentación del orden de principios el de dignidad justifica la idea de los derechos políticos. Es que este principio define la ciudadanía e impide a que se le niegue el ingreso a la comunidad política a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, a todo ser capaz de diseñar un plan de vida y guiarse por normas. Esta forma de concebir los derechos políticos como defendiendo el concepto de ciudadanía (moral, política, o entendida como capacidad civil o imputabilidad penal) pone la carga de la prueba en aquellos que intentan restringirla por cuestiones de edad, de capacidades psicológicas, de idoneidad, de habilidades físicas o del lugar de nacimiento. La dignidad de ser responsable se traduce entonces en derechos que tradicionalmente llamamos políticos, que se relacionan con la capacidad para ser parte de la comunidad deliberativa, que reclaman reconocimiento de la persona como tal y que se vinculan con el valor de la fraternidad.

El principio de inviolabilidad, por su lado, justifica los derechos que llamamos civiles, los derechos a la no interferencia de otros en la formulación y en el ejercicio del propio plan de vida, a no ser utilizado por otros para sus propios fines, los derechos a no ser explotado como mero medio. Resulta interesante notar en este sentido que los derechos

7. La posible primacía del principio de dignidad fue sugerida por Nino en estos párrafos:

“Pero por otro lado, pareciera que el principio de autonomía presupusiera el de dignidad de la persona, ya que el valor de la elección de planes de vida por parte de individuos implica que hay, por lo menos, un tipo de decisiones que pueden y deben ser atribuidas a esos individuos y que deben ser tomadas seriamente en cuenta cuando se actúa respecto a ellos”. NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*. Cit. Pág. 291.

Y también, cuando Nino hace la prueba de la inconsistencia pragmática en quien desconociera el principio de dignidad en la práctica del discurso moral moderno: “Este argumento es análogo al que se propuso respecto de la autonomía de la persona, pero en este caso el argumento *presupone menos cosas* —el que el discurso moral está dirigido a que se elija algo, sin importar aquí que ese algo sea un principio mora— y es, por lo tanto, *más sencillo*”. NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*. Cit. Pág. 300 (el subrayado es mío).

civiles a los cuales se los relaciona tradicionalmente con la igualdad están en esta justificación relacionados con la tradición liberal clásica, incluso libertaria, la tradición del derecho a “ser dejado solo”. Sin embargo, dada la narrativa que estoy exponiendo aquí, la capacidad para “decir que no” está vinculada con la práctica deliberativa en un doble sentido. Por un lado permite efectivamente evitar ser utilizado en planes ajenos de los que no deseamos ser parte, pero por otro también permite la búsqueda de planes que nos seduzcan como para asumirlos como propios o como para ofrecer nuestra ayuda en su consecución. Esta segunda posibilidad es la que manda que la sociedad presente diversos planes de vida (lo que el liberalismo llama el “menú” de alternativas) para ser evaluados por las personas. Si bien tradicionalmente es la educación liberal la que carga con este mandato no necesariamente debe ser la única. La cultura, los medios de comunicación, la sociedad civil también deben ser parte de ese esfuerzo por cultivar y mostrar la diversidad cultural y el Estado puede, en la medida en que esto no suceda, intervenir para promocionarla.

Finalmente el principio de autonomía justifica los derechos sociales. En efecto ellos permiten la decisión libre y el ejercicio del plan de vida de cada uno de nosotros. Son los derechos que nos brindan los recursos intelectuales (educación), materiales (vivienda, salud) e incluso espirituales (como la tranquilidad de ánimo que trae el hecho de que las necesidades básicas estén satisfechas) que nos permiten llevar una vida autónoma. Es la etapa en el proceso de deliberación pública en el que asumimos el propio plan de vida y es allí cuando comenzamos a “decir que sí” (a nuestra propia decisión y a las ofertas de colaboración de otros).

El hecho que los derechos sociales se fundamenten en la autonomía personal tiene importantes consecuencias. En la lectura tradicional nineana significa que esas decisiones no pueden estar limitadas por posturas perfeccionistas. Nadie mejor que yo para conocer y decidir sobre mí mismo. Sin embargo, quiero subrayar que en la forma de presentación que acabo de ensayar la autonomía no es sólo una posición antiperfeccionista, sino que también demanda el esfuerzo positivo de la comunidad para garantizar la satisfacción de las necesidades que hacen posible una elección sustantiva, no meramente

formal, de los planes de vida. Es por ello que muchas de las discusiones sobre derechos sociales giran en torno a su exigibilidad, a la necesidad de acciones positivas de terceros y al costo de estos derechos. No puede ser de otra manera, como ahora resulta evidente. El piso de necesidades que requiere una ciudadana de la modernidad para ejercer su autonomía, si bien está vinculada con las posibilidades de su entorno no puede perforar un mínimo debajo del cual ya no existe autonomía sino que lo que hay es imposición de formas de vida no decididas por ella, una forma particularmente perversa de perfeccionismo. Como por supuesto el trato igual no está sólo reservado a la no discriminación en el reconocimiento de la dignidad aquí obliga también a proveer pisos mínimos sustantivos iguales para todos.

Habiendo llegado a los derechos sociales como garantizadores de autonomía podemos ahora volver a recorrer los tres principios a la manera nineana para advertir un par de cosas. La primera es la preocupación tradicional sobre los planes de vida caros. En efecto, quien decide libremente un plan de vida para el cual precisa extraer recursos en mayor cantidad que otros corre el riesgo de dañar el principio de inviolabilidad y utilizar a otros para sus propios fines. Así, los derechos sociales deben compatibilizarse con los derechos civiles para evitar la explotación de unos a otros. Pero también en estas desavenencias se vuelven a encontrar oportunidades para la fraternidad en la medida en que en estas discusiones entre personas que aspiran a utilizarse mutuamente se recurra a la dignidad, es decir al consentimiento para permitir ese uso mutuo, ese intercambio de autonomía que permite desarrollar planes de vida múltiples y cada vez más ricos.

Así, volvemos al comienzo. Dado que el peligro del conflicto acecha en cada uno de los difíciles movimientos sociales que van de la asunción de la ciudadanía al rechazo de la explotación y de éste a la asunción de una forma de vida, de ella al cuidado por los recursos ajenos o comunes, y de éste a la propuesta fraterna de intercambio de autonomía, es que todo el sistema se basa en la deliberación. La apuesta a que ella disminuya los conflictos y aumente la coordinación está en la base misma de todo el sistema, estructura los principios, arma su traducción política en democracia constitucional, distribuye roles institucionales y asigna derechos y deberes.

En esa dinámica democrática los derechos sociales cumplen un rol fundamental: defienden la capacidad de decidir y de llevar adelante con otros, en un contexto particular de una sociedad particular, un particular plan de vida. La novedad de los derechos sociales no consiste en las demandas aparentemente excesivas que reclaman, la novedad consiste, en cambio, en que finalmente la modernidad está decidida a honrar uno de sus principios fundantes y a no hacerse la distraída limitando su promesa a la mera no interferencia. La finalidad de la disminución de los conflictos no consiste en evitar la sociabilidad o en edificar palacios para reyes solitarios, sino que tiene como meta la aspiración a vivir una vida digna con otros también dignos, en la felicidad de haber elegido el propio destino con la ayuda de otros y de haber ayudado a otros a lograrlo. Los derechos sociales son la base material de esa aspiración.

BIBLIOGRAFÍA

- BÖHMER, Martin: “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”. En: Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos: *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La ley, Facultad de Derecho U.B.A, 2008. También publicado en: Villarreal, Marta y Courts, Cristian: *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. Sans Serif Editores, México D.F., 2007.
- NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos: *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa.