

Tomando en serio los derechos de bienestar

Txetxu Ausín

Instituto de Filosofía

Centro de Ciencias Humanas y Sociales (CSIC). Madrid

ausin@ifs.csic.es

Resumen

Parafraseando el afamado libro de Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, me propongo, en este trabajo, defender el carácter pleno, fundamental y universal de los derechos de bienestar, muchas veces relegados a un papel secundario en el análisis de los derechos humanos y observados con sospecha y recelo, sobre todo cuando colisionan con los derechos civiles y políticos. Para ello rechazaré la dicotomía radical que suele establecerse entre uno y otro tipo de derechos, atendiendo a cuatro argumentos: el costo de los derechos, su universalidad, su relatividad y su justiciabilidad. Abundamos así en la doctrina de las Naciones Unidas sobre la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, libertades, derechos de bienestar, coste, universalidad, relatividad, justiciabilidad.

Abstract. *Taking welfare rights seriously*

Remembering famous Ronald Dworkin's book, *Taking rights seriously*, I'll defend the full, fundamental, and universal role of welfare rights, often look upon suspicion and misgiving specially on account of their colliding with civil and political rights. However, the clear-cut dichotomy established between civil and political rights, on the one hand, and welfare rights, on the other, is wrong since the difference is, at most, of degree. To cope with this, I'll allege four arguments: the cost of rights, their universality, their relativity, and their enforceability. I'll support in that way the official doctrine of the United Nations about the indivisibility and interdependence of all human rights.

Key words: human rights, freedoms, welfare rights, cost, universality, relativity, enforceability.

1. Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «Una fundamentación de los derechos humanos en la lógica del razonamiento jurídico» (HUM2006-03669, Programa Nacional de Humanidades, MEC, 2006-2009), a cargo del Grupo de Estudios Lógico-Jurídicos del CSIC (JuriLog): <<http://jurid.net/jurilog>>.

Sumario

- | | |
|---------------------------------------|--|
| 1. Los derechos negativos y positivos | 3. Todos los derechos humanos, derechos «de primera» |
| 2. Minimizando la dicotomía | 4. Referencias bibliográficas |

[...] true individual freedom cannot exist without economic security and independence. «Necessitous men are not free men.»

People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made.

(F. D. Roosevelt, 1944)

1. Los derechos negativos y positivos

Si bien caben muchas y variadas definiciones sobre qué es un «derecho subjetivo», podemos convenir en que alguien tiene derecho a algo si le está permitido o le es lícito tener o hacer ese algo. Es decir, la posibilidad o la capacidad de hacer o exigir alguna cosa por considerarse legítima o estar así establecido. Se trata, por tanto, en términos deónticos, de un permiso facultativo, de modo que al titular de un derecho no se le puede obligar a dejar de ejercitarlo. Los derechos implican la obligación sobrevenida de respetar esos derechos y, como resultado, el deber de no infringir el ejercicio de ese derecho por parte de sus titulares. Éste es un principio elemental de la lógica del razonamiento normativo: lo que impide por fuerza el ejercicio de un derecho, está prohibido. Este nexo entre derechos y deberes —el principio de no-vulneración de la lógica deóntica— expresa que, en la medida en que algo es lícito o un derecho, entonces es ilícito impedirlo (o estorbarlo u obstaculizarlo). O sea: si una acción A se interpone, contra la voluntad del agente de la acción B, en el camino de ésta, impidiéndola u obstaculizándola, entonces, en la medida en que B es lícito, A es ilícito. En definitiva, hay un nexo entre derechos y deberes, ya que el derecho de alguien a algo acarrea un deber de los demás a ciertas abstenciones (abstenerse de estorbar, impedir u obstaculizar), de ahí que también sea posible denominarlo «principio de obligaciones sobrevenidas por derechos».

The meaning of this «ought» includes the idea of necessary restrictions on the interference of other persons with his having freedom and well-being. (Gewirth, 1982, p. 200)

Sin embargo, tradicionalmente se han distinguido dos tipos principales de derechos subjetivos, los negativos y los positivos, las libertades y los derechos de bienestar, los civiles y políticos y los prestacionales.

Por un lado, los derechos negativos prescriben la ausencia de trabas o imposiciones para realizar una acción («libertades de»): el derecho a manifestar las opiniones (libertad de expresión), a asociarse con otros (libertad de asociación),

a no pensar de un modo determinado (libertad de conciencia), etc. Normalmente, son descritos como derechos «civiles y políticos» o derechos de libertad, y son los propios de las primeras declaraciones de derechos humanos de inspiración liberal. Esto es, los derechos negativos sólo conllevan, a primera vista, la obligación hacia los demás de no impedir, obstaculizar o estorbar el ejercicio de tal derecho; es decir, una «obligación de omisión», un deber de abstenerse de hacer algo. Un prototipo de esta clase de derechos es el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH), que afirma: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». También el artículo 12: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Este tipo de derechos son los que se reconocen en la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) y que se incorporaron a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2001².

Por otro lado, los derechos positivos no son derechos a que no haya algo que impida realizar una acción, sino que son precisamente derechos a que haya *un algo* con ciertos rasgos (vivienda, atención sanitaria, educación, etc.). Por tanto, los derechos positivos conllevan deberes no puramente negativos de los demás, sino deberes positivos; es decir, requieren en principio acciones, y no meramente omisiones. Los derechos positivos exigen determinadas prestaciones, ya sea del resto de los individuos, del estado o de la comunidad internacional. Desde esta perspectiva, no hacer nada puede impedir a otro que consiga bienes a los que tiene derecho³; por ejemplo, si existe carencia de viviendas y no se articula una política fiscal y urbanística para la habilitación de viviendas. La omisión de ayuda, en un contexto de posibilidad de ello, puede impedir la realización de derechos de bienestar fundamentales; no hay que olvidar que las omisiones pueden ser conductas voluntarias e intencionadas que causan un evento y, a *fortiori*, un evento dañino, tanto como una acción positiva⁴. No obstante, parece difícil desde un punto de vista jurídico castigar la ausencia de acciones para satisfacer un derecho positivo (al modo de la denegación de socorro), ya que el principio de legalidad nos dice que una conducta no es

2. Para un análisis de la cuestión de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, véase AUSÍN (2006).
3. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a recibir socorro y en la consiguiente obligación de ofrecerlo, así como en la penalización de dicha omisión, tal y como se recoge en los artículos 195, 196, 450, 618 y 619 del Código Penal español de 1995.
4. La cuestión de las acciones y las omisiones tiene una importante tradición en las reflexiones bioéticas, especialmente en lo que concierne al debate sobre la eutanasia y la distinción entre matar y dejar morir (Kushe, 1996). Sea como fuere, las modernas teorías de la acción han definido «acción» como aquello que causa o produce un cambio en el mundo, una transformación en el estado actual de cosas (Hilpinen, 1983, p. 89). Desde este punto de vista, no cabe duda de que las omisiones también son, en cierto sentido, acciones —llamadas «acciones negativas» (Meyer, 1988, p. 113-114)—, en la medida en que producen una variación del statu quo. Por tanto, las omisiones también tienen consecuencias que deben ser evaluadas.

delito, a menos que previamente haya sido así considerada por la ley (*nullum crime nulla poena sine lege*).

Ateniéndonos a esta caracterización de los derechos positivos, la mayoría de los «derechos económicos, sociales y culturales» lo son: derecho a la educación; derecho a un nivel de vida suficiente para el bienestar (vestido, alimentación, alojamiento); derecho a la seguridad social; etc. —artículos 23, 25, 26, 28 de la DUDH. Por ejemplo, el artículo 25.1 dice: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad». Igualmente, y de manera explícita, encontramos formulaciones de los derechos de bienestar en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC) —artículos 7, 9, 10, 11, 12. Así, el artículo 9 establece: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

Si bien el reconocimiento de los derechos de bienestar es más bien reciente, es posible encontrar algunos pronunciamientos similares en el pensamiento filosófico cristiano de la edad media y del renacimiento —desde Tomás de Aquino hasta Campanella. No obstante, entre que tales tomas de posición quedaban anegadas en un mar de salvedades, que sus autores no dedicaban en general esfuerzos denodados a predicar su aplicación, y que, en cualquier caso, las doctrinas liberales de la época barroca vinieron a desacreditar la vieja idea del bien común, el hecho es que poco se aplicó de todo eso. Pero incluso dentro del apogeo del liberalismo filosófico y político brotará una tendencia de reconocimiento de los derechos positivos: la Constitución de la República francesa de 1793 estipula que la sociedad tiene el deber de socorrer a los ciudadanos en desgracia, sea dándoles trabajo, sea asegurándoles medios de vida cuando no puedan trabajar. Éste es el remoto origen de la renta básica (*basic income*) que en la actualidad se ha empezado a establecer en algunos países desarrollados, aunque todavía de un modo muy limitado y exiguo.

Igualmente, podemos encontrar derechos positivos en otros ámbitos distintos al de los derechos fundamentales que aquí nos ocupa; por ejemplo, en el derecho civil, una serie de actos particulares crean derechos positivos en otros particulares: donaciones, herencias, legados, contratos.

En resumen, los derechos positivos son derechos «a algo», a que exista una determinada prestación, servicio o bien que se proporciona al sujeto de tal derecho. Desde un punto de vista lógico-sintáctico, los derechos positivos vienen formulados mediante expresiones (enunciados) cuyo *dictum*, es decir, aquello expresado después de la calificación normativa de derecho o lícito, viene encabezado por un cuantificador existencial: el derecho o permiso a que haya *algo*, como el derecho a que haya una vivienda a la cual tenga uno acceso; o el derecho a recibir la alimentación necesaria para un correcto desarrollo; o el derecho a acceder a los instrumentos necesarios para la educación; etc.

Todo esto se expresa en el lenguaje natural como «el derecho a tener o recibir o adquirir un X». Por tanto, la representación lógico-formal de este tipo de derechos se obtiene de una manera directa y simple mediante el uso del cuantificador existencial referido a un determinado predicado o propiedad (acceder a una vivienda, recibir asistencia sanitaria, obtener alimentos, etc.)⁵. Además, el cuantificador existencial da cuenta del alcance o compromiso que comporta el reconocimiento de derechos de bienestar, pues éstos se refieren a bienes o prestaciones que realmente pueden ser alcanzados o satisfechos (alimento, vivienda, cuidado médico) y no a quimeras o ficciones: no hay derechos positivos a un centauro o a la cuadratura del círculo.

2. Minimizando la dicotomía

La doctrina oficial de las Naciones Unidas se ha manifestado de forma clara y concluyente en el sentido de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, los negativos y los positivos:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social. (Proclamación de Teherán. Naciones Unidas, 1968)

Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. (Naciones Unidas, resolución 32/130, 1977)

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (Naciones Unidas, Declaración de Viena, 1993)

Sin embargo, los derechos de bienestar se siguen observando bajo sospecha y con recelo, especialmente cuando colisionan con derechos civiles y políticos. Esto es muy evidente en la tradición política anglosajona⁶, donde se pos-

5. Sobre la relevancia de la cuantificación existencial para el análisis de los derechos de bienestar, véase Ausín (2007).

6. Para V. van Dyke, la máxima «Thou shall not kill, but needst not strive officiously to keep alive» expresa la concepción de los derechos dominante en la tradición anglo-americana. De acuerdo con ella, el derecho a la vida es el derecho a la protección de un policía, pero no a los servicios de un médico. Si los gobiernos aseguran servicios como los sanitarios, es una cuestión de benignidad política, pero no el reconocimiento de una demanda de derecho (Van Dyke, 1970, p. 52).

tula la inhibición del estado en el ámbito social, donde la «paz social» viene definida por el disfrute de los derechos de libertad en condiciones de seguridad, y donde no existe el concepto de «estado social» —a diferencia de la tradición constitucional del «estado social» en buena parte de la Europa continental⁷. En cualquier caso, una salida habitual del análisis de los derechos de bienestar consiste en «degradarlos», relegarlos a un segundo plano, definirlos en términos de objetivos deseables⁸, pero no considerarlos realmente como derechos plenos. Tal es, en cierto modo, el caso de España, donde, a pesar de la definición constitucional del estado como un «Estado social y democrático de derecho», el artículo 53 de la Constitución devalúa los derechos de bienestar incluidos en el capítulo tercero del título primero («De los principios rectores de la política social y económica»), cuando afirma que estos principios «informará(n) la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». La consecuencia es que no cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en estos casos: artículo 39: protección social, económica y jurídica de la familia; artículo 40: progreso social y económico y distribución de la renta regional y personal más equitativa; artículo 41: seguridad social (asistencia y prestaciones); artículo 43: salud; artículo 44: cultura; artículo 45: medio ambiente; artículo 47: vivienda digna y adecuada, impidiendo la especulación; artículo 50: pensiones. Estos «derechos» sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Así, aunque superficialmente, estos preceptos están encuadrados dentro del título I de la Constitución española («De los derechos y deberes fundamentales»), sin embargo, son catalogados como «no derechos funda-

7. Alemania (1949): art. 20.1, «Estado federal democrático y social»; art. 28.1, «Estado de Derecho social y democrático»; Portugal (1976): art. 3, habla de democracia económica, social y cultural que implica la responsabilidad pública de promocionar el desarrollo económico, social y cultural, en la satisfacción de niveles básicos de prestaciones sociales para todos y en la corrección de las desigualdades sociales; Italia (1947): art. 3.2, relacionado con el progreso y la igualdad efectiva de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; Francia (1958): se define como una república indivisible, laica, democrática y social; y el preámbulo de la Constitución de la Cuarta República francesa (1946), incorporado a la Constitución de la Quinta República francesa (1958), afirma que la nación «garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres y a los trabajadores mayores, la salvaguarda de su salud, su seguridad material, el descanso y el disfrute [...]»; España (1978): art. 1.1, «España se constituye en un estado social y democrático de Derecho»; Tribunal Constitucional español:

- La irreversibilidad de las conquistas sociales conseguidas, de modo que los avances experimentados en determinadas categorías sociales no pueden sufrir retroceso sin causa justificada (STC 81/1982).
- Los poderes públicos han de adoptar medidas positivas para corregir desequilibrios y disfuncionalidades que perjudiquen a los más desfavorecidos (STC 128/1987).

8. Así se han formulado también los llamados «objetivos del milenio», que no hacen sino remitir a derechos humanos básicos como la atención sanitaria, la igualdad de género, el desarrollo o la educación, entre otros. Habrá que ver si esta estrategia y esta retórica resultan más efectivas que la demanda simple y llana de satisfacción de los derechos humanos. Sobre estos dos enfoques en el caso de la atención sanitaria primaria, véase Kekki (2003).

mentales», igualmente denominados como «derechos de configuración legal pero no constitucional» (Pérez Royo, 1994, p. 242).

No obstante, existen argumentos fundados para minimizar esa pretendida estricta dicotomía entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los económicos, sociales y culturales, por otra.

2.1. Acciones y omisiones: el coste de los derechos

Por un lado, los derechos liberales de corte clásico, como el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a un juicio justo⁹, las libertades de expresión y asociación, el sufragio, precisan, para su realización y satisfacción, no sólo de omisiones, sino también de acciones. Para ejercer estas libertades, se precisa una administración de justicia, parlamentos, policía, juzgados, un sistema penitenciario, etc. etc. (Holmes y Sunstein, 1999). En consecuencia, no se puede alegar en contra de la consideración plena como derechos de los denominados «prestacionales» o de bienestar su alto coste, sobre los gobiernos y los impuestos, manteniendo a la vez que las libertades, en cambio, no padecen esta rémora. En ambos casos, se deben proveer recursos sociales y económicos para hacer efectivos los derechos.

Por otro lado, hay derechos socioeconómicos, como el derecho de huelga (artículo 8 PIDESC) o el derecho de sindicación, que conllevan la omisión de interferencias sobre tales actividades; esto es, prescriben la ausencia de impedimento sobre dichas acciones. En palabras de Luigi Ferrajoli:

Ciertamente, aun los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación impone al estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles y políticos —desde la libertad de expresión del pensamiento hasta el derecho al voto— requieren, por parte de la esfera pública, no sólo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y su tutela. (Ferrajoli, 2002, p. 10; en Abramovich y Courtis, 2002)

2.2. Universalidad

A menudo se aduce que los derechos negativos son más universales y están más estrechamente unidos a los intereses básicos y fundamentales del ser humano¹⁰,

9. Hay derechos procesales que son implícitamente derechos positivos, como el derecho de los acusados de un delito a un proceso sin excesivas dilaciones y con garantías. Sólo pueden respetarse tales derechos procesales si el estado dota suficientemente a la administración de justicia de los medios indispensables para esos cometidos. Incluso el derecho a ser juzgado por un jurado es un derecho positivo, cuyo respeto también acarrea acciones (y no meramente omisiones) por parte de los poderes públicos.
10. Tomo como criterio que un derecho se considera «fundamental» en la medida de su universalidad, para todo el mundo, en todo lugar; esto es, desde un punto de vista lógico, un derecho fundamental está cuantificado universalmente (Peces-Barba y otros, 1995).

mientras que los derechos de bienestar serían más controvertidos. No hay duda de que la protección contra la tortura y los malos tratos es definitoria de las salvaguardas más necesarias, pero no parece que sea el caso ni tenga la misma fuerza un derecho de bienestar como el reconocido en el artículo 24 de la DUDH: «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». En casos como éste, se alega que los derechos de bienestar responden a intereses superficiales.

Sin embargo, esto no sucede con otros derechos de bienestar que son cruciales para la misma existencia humana, como el derecho al alimento, al vestido, al cuidado médico o a la vivienda. En estos casos, se trata de bienes que son esenciales para la propia capacidad de vivir. Como señala Orend (2002, p. 115), la conexión entre disponer de los bienes que garantizan el derecho a un estándar de vida adecuado (artículo 25 de la DUDH) y disfrutar de una mínima buena vida es directa y obvia, algo que no está tan claro con otros derechos humanos. Otra cuestión es la de los recursos limitados y finitos, que hace que haya que seleccionar, en función del contexto, un conjunto mínimo de necesidades básicas y perentorias que han de ser satisfechas. Ciertamente, esta dependencia del contexto en lo que se refiere a la satisfacción de los derechos de bienestar no se daría con los derechos negativos y en ello estribaría, como recoge Pablo de Lora, una de las diferencias entre derechos negativos y derechos positivos:

Quando los recursos son limitados y las demandas infinitas, necesariamente hemos de elegir *cuánto de algo* debe haber dentro de lo que la escasez nos permite producir [...]. No ocurre lo mismo, sin embargo, si consideramos un derecho de libertad, como por ejemplo la libertad de expresión. Es cierto que para garantizar su efectiva protección un estado debe disponer de un aparato judicial «costoso», esto es, debe emplear recursos. Pero no diríamos como punto de partida —como sí afirmamos en el ámbito de la educación, la sanidad, la vivienda o las pensiones— que todo lo que podemos lograr es la garantía de «un mínimo de expresión». (De Lora, 2006, p. 163-164)¹¹

The universality of a right, so far as concerns the duty it imposes, is not primarily a matter of everyone's actually fulfilling the duty, let alone his doing so at all times. Nor it is even a matter of everyone's always being able to fulfil the duty. It is rather a matter of everyone's always having the duty to act accordingly when the circumstances arise which require such action and when he then has the ability to do so, this ability including consideration of cost to himself. (Gewirth, 1982, p. 209)

11. Sin embargo, como afirma Owen Fiss, quizá sí haya lugar a que el estado busque garantizar, al menos, «un mínimo de expresión», proveyendo de mecanismos a los individuos y a los grupos sociales que tienen dificultades de acceso a los medios y, a la vez, limitando la concentración y los oligopolios informativos:

En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto, y la Primera Enmienda constituye el mecanismo [...] que evita o frena esos abusos del poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. Habrá de asignar recursos públicos —repartir megáfonos— a aquéllos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública. Puede que el Estado tenga incluso que silenciar las voces de algunos para que se oigan las voces de los demás; a veces no hay más remedio. (Fiss, 1999, p. 14)

En definitiva, sin la satisfacción de unos mínimos niveles vitales, derechos civiles como el derecho a la vida y a la seguridad personal, la prohibición de la esclavitud o el derecho a una vida familiar, carecen de sentido, como comentaremos en el apartado 2.4. Así, estos derechos sociales mínimos constituyen la piedra angular de las teorías contemporáneas sobre la justicia global, de modo que una vida desprovista de ellos no sería acorde con la dignidad humana, siendo la pobreza mundial el ejemplo evidente de la desigualdad radical:¹²

We know that one-third of all human deaths are due to poverty-related causes, such as starvation, diarrhea, pneumonia, tuberculosis, malaria, measles, and perinatal conditions; all of which could be prevented or cured cheaply through food, safe drinking water, vaccinations, rehydration packs or medicines. (Pogge, 2002, p. 98)

2.3. *Relatividad*

No voy a extenderme sobre la controvertida cuestión del carácter relativo o absoluto de los derechos humanos; esto es, la de su excepcionalidad, su realidad conflictiva y contradictoria. Simplemente, voy a señalar que los derechos humanos son incondicionales, no dependen o están sometidos a circunstancias o condicionantes, pero, a la vez, no son absolutos y por ello deben ser «ponderados» cuando entran en conflicto, algo relativamente frecuente.

Sobre este tema, suelen plantearse agudos dilemas en torno a la justificación o no de la tortura en determinadas situaciones o la llamada «lotería de la supervivencia» (Harris, 1975). Sin embargo, para el caso que nos ocupa, que es la pretendida distinción radical entre derechos negativos y derechos de bienestar, nos basta señalar que, en ambos casos, se trata de derechos no absolutos.

Por una parte, ya hemos comentado que los derechos de bienestar están limitados por la disponibilidad de más o menos recursos. Asimismo, cabe un abuso del ejercicio de un derecho social, que estribaría en un disfrute del mismo que colisiona con un derecho ajeno, negativo —en particular el de propiedad— y positivo. Igualmente, resulta frecuente el conflicto entre el disfrute de un derecho positivo por alguien y el disfrute de otro derecho positivo de otro (Peña y Ausín, 2007).

Por otra parte, una libertad típica como el derecho a la propiedad privada es todo menos absoluta, en la medida en que está sometida a impuestos, limitada por cuestiones de salud pública y medioambientales, restringida por la disponibilidad forzosa de terreno para usos de interés general, etc. Así, el pri-

12. Algunos epígonos de John Rawls, como Charles Beitz, Brian Barry o Thomas Pogge, abogan por extender el principio rawlsiano de diferencia a nivel global: «se debe procurar el máximo beneficio de los miembros menos favorecidos de una sociedad», más allá de las fronteras del estado nación. Las oportunidades básicas en la vida de una persona no deberían quedar a merced del hecho de haber nacido en un determinado país; un hecho contingente equiparable a la clase, la familia, la riqueza, la raza o el género.

mer protocolo de la CEDH dice, en su artículo 1: «Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Históricamente, ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se recogía la propiedad como un derecho sagrado e inviolable, pero se permitía la expropiación mediante una indemnización justa y previa cuando así lo exigiera la necesidad pública.

Abundando un poco en esta cuestión de las limitaciones de los derechos de propiedad y del carácter conflictivo de *todos* los derechos humanos, cabe señalar la protección del *copyright* en el artículo 15.1c del PIDESC: «Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Como señalaremos a continuación, existen buenas razones para limitar y rechazar la protección legal de la propiedad intelectual en situaciones, por ejemplo, de emergencia de salud pública (recientemente, el caso de Brasil vs. Merck Sharp & Dhome)¹³.

2.4. Interdependencia

Se puede constatar fácilmente que, entre las libertades negativas y los derechos de bienestar, existe una clara interconexión e interdependencia.

2.4.1.

En una dirección, la satisfacción de los derechos económicos y sociales constituye una auténtica precondition de los derechos civiles y políticos¹⁴. Esta precon-

13. Brasil decidió romper la patente del Efavirenz, un medicamento para tratar el sida producido por el laboratorio Merck Sharp & Dhome. Para ello, adujo razones de salud pública ante la crisis sanitaria que supone la galopante extensión del sida en Brasil. Y, además, tomó la medida de acuerdo a las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre el comercio mundial en tanto en cuanto el artículo 31 de los Acuerdos de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio permite a un gobierno levantar la protección de una patente, sin el consentimiento del propietario, otorgando licencia para que empresas locales produzcan el medicamento o éste se importe de terceros países en forma de genérico (salvaguarda denominada «licencia obligatoria») y que incluyen la mayoría de los países en sus legislaciones nacionales sobre patentes). En este caso, el conflicto entre el derecho humano a la atención sanitaria y el derecho de propiedad intelectual e industrial se ha resuelto a favor del primero.

14. El preámbulo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos afirma explícitamente que: «[...] es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos».

dición se refiere al promedio de necesidades que una persona necesita tener cubiertas para tener suficiente control sobre sus capacidades y facultades, lo cual posibilita el ejercicio de su autonomía. Alan Gewirth se refería a las necesidades de los agentes para la acción (*agency*), que no serían otras que la libertad y el bienestar (vida, integridad física, equilibrio mental):

[...] every person, qua prospective purposive agent, must accept that all other persons as well as himself have strict rights to freedom and well-being which are the necessary conditions for agency. Since such a claim is logically ineluctable within the context of agency, no actual or prospective agent can deny or reject it except at the price of self-contradiction. The necessary conditions of agency include having sufficient food at least for subsistence. (Gewirth, 1982, p. 208)

Las condiciones materiales del bienestar, como la vivienda, la comida, el cuidado médico, la educación, están presupuestas en la deliberación pública que precisa la participación democrática, y por ello constituyen las precondiciones necesarias para tomar parte en la vida civil. Es una burla proclamar libertades que no se pueden ejercer por la carencia de los medios más esenciales para la misma supervivencia.

Más aún, la demanda del cumplimiento de los derechos de bienestar, al menos de un mínimo vital, constituye una de las herramientas más eficaces para la reforma de los regímenes corruptos, en la medida en que las desigualdades son origen de amplias formas de corrupción que socavan la misma existencia de la democracia (Guariglia, 2003).

En esta línea, el caso del cuidado sanitario es paradigmático. Este derecho está reconocido explícitamente en el artículo 25 de la DUDH y en el 12 del PIDESC: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

Igualmente, entre otras, la Conferencia Internacional de Alma-Ata de 1978 (OMS/UNICEF) reiteró, en su artículo 1, que la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.

Pues bien, en primer lugar, el cuidado sanitario constituye una necesidad básica, fundamental y prioritaria; lo que necesitamos para sobrevivir, para evitar el daño y para funcionar adecuadamente, garantizando una mínima cali-

dad de vida que es necesaria para la autorrealización humana, independientemente de las diferentes concepciones personales de la vida buena. En segundo lugar, la atención sanitaria está vinculada a una serie de «capacidades funcionales», usando la terminología de Martha Nussbaum y Amartya Sen, como la vida, la salud y la integridad corporal, cuya deficiencia supone no sólo deterioro físico, sino también privación de libertad real, capacidad de elegir y disminución de posibilidades. Así, salud y libertad están vinculadas en la medida en que se precisan unas condiciones dignas y suficientes que hagan posible el ejercicio de la libertad y la misma acción humana. Por tanto, puede aducirse que el derecho a la atención sanitaria primaria no es un derecho universal de «segunda generación», sino de primerísima, ya que está indefectiblemente vinculado a los derechos a la vida y a la libertad y del que es titular el individuo. En consecuencia, difícilmente puede considerarse la atención sanitaria como una mera extensión del mercado sometida exclusivamente a intereses comerciales. Menos aún su corolario, los medicamentos esenciales, que son la base para cualquier programa de salud pública dirigido a reducir la morbilidad y mortalidad en los países en desarrollo, y que constituyen un bien público a nivel mundial. La injusticia que subyace a la enfermedad no deja de ser un asunto político, como lo ha demostrado la decisión de Brasil comentada anteriormente.

2.4.2.

En la otra dirección, Amartya Sen (1999 [2006]) ha señalado que los derechos civiles y políticos (como el voto, el disenso y la libertad de conciencia, el debate público, la libre circulación de información) influyen notablemente en el desarrollo económico que propicia la realización de los derechos de bienestar —frente a la llamada «hipótesis de Lee» (Lee Kwan Yew), que afirma que los sistemas no democráticos son más convenientes para generar desarrollo económico. En concreto, es conocida su tesis de que las hambrunas nunca tienen lugar en aquellos países donde se disfruta de una relativa libertad de prensa (Drèze & Sen, 1989).

No existe excepción a esta regla, ni importa hacia donde miremos: las recientes hambrunas en Etiopía, Somalia o cualquier otro régimen dictatorial; la hambruna de la Unión Soviética durante la década de los treinta; la hambruna en China de 1958-1961 con el fracaso del «Gran Salto Adelante»; o aún antes las hambrunas en Irlanda o la India bajo el dominio extranjero. (Sen, 1999 [2006], p. 67)

El maestro Kapuscinski también lo ha atestiguado en sus crónicas sobre África: no son las sequías periódicas las que producen malas cosechas y hambre. Ésta es una falsa idea difundida por las elites de los países hambrientos. La causa más frecuente del hambre es la distribución injusta o errónea de los fondos y los bienes nacionales. El periodista Robert D. Kaplan ilustró, en sus crónicas sobre Etiopía, Sudán, Somalia y Eritrea, la manipulación política de las hambrunas que asolaron esa región de África en la década de los ochenta (Kaplan, 1988 [2005]).

2.5. *Justiciabilidad*

Una de las características de los derechos de bienestar que les diferenciaría de las libertades negativas es su problemática justiciabilidad (demandabilidad). Ya hemos señalado cómo en el caso español, por ejemplo, los derechos económicos y sociales recogidos en la Constitución de 1978 orientarán las políticas gubernamentales y sólo podrán ser alegados en la Jurisdicción ordinaria, sin amparo ante el Tribunal Constitucional. Su justiciabilidad parece muy problemática, si bien España, como otros muchos países, incorpora en su legislación nacional los tratados internacionales que ha suscrito, como el PIDESC¹⁵.

En primer lugar, se aduce el carácter indeterminado y ambiguo del contenido de los derechos de bienestar. Sin embargo, esta cuestión no es privativa de los derechos económicos y sociales; las normas constitucionales, los tratados sobre derechos humanos, las mismas leyes en muchos casos poseen un grado alto de generalización para atender a la flexibilidad y adaptabilidad de los instrumentos legales concretos. Más aún, muchas veces se adopta la técnica legislativa de describir el objetivo perseguido en vez del derecho o principio en cuestión (por ejemplo, el artículo 12 del PIDESC dice: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. [...] [Para ello se promoverá] La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños. [...] La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas».

En segundo lugar, se insiste en que las políticas de bienestar son responsabilidad únicamente de los gobiernos y de las instituciones políticas. No obstante, la línea de demarcación entre las cuestiones políticas y las legales es difusa y cambiante.

En tercer y último lugar, se alega la ausencia de mecanismos procesales específicos para proteger los derechos de bienestar y la escasa tradición jurídica sobre esta cuestión, a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos. Empero hay mecanismos directos de demanda, dirigidos al Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecido desde 1985 por las Naciones Unidas, que emite informes, análisis interpretativos y resoluciones —de carácter prescriptivo hacia los estados firmantes del PIDESC—, lo cual constituye una suerte de jurisprudencia sobre los contenidos del Pacto, que se complementa con orientaciones (*soft law*) adoptadas por las Naciones Unidas, como los llamados «Principios de Limburg» de 1986 (Abramovich y Courtis, 2002, p. 138 s.).

Y también se está produciendo una reclamación indirecta de los derechos de bienestar a través de los mecanismos habilitados para la justiciabilidad de las libertades negativas. De este modo, se han obtenido prestaciones y recursos

15. El artículo 96.1 de la Constitución española de 1978 dice: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». En una línea contraria, los tratados internacionales no tienen fuerza interna en el Reino Unido y, por tanto, no pueden ser alegados en los tribunales.

alegando violación de los principios de igualdad y no-discriminación o la noción de «debido proceso» o la consideración del contexto económico en el ejercicio de los derechos civiles y políticos o la restricción ya mencionada de las libertades negativas —como el derecho de propiedad— en función del interés público. Así lo atestiguan algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶ y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas analizadas de modo detallado por Abramovich y Curtis (2002). De hecho, este comité ha interpretado el derecho a la vida reconocido en el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 en un sentido amplio:

Por otra parte, el Comité ha observado que el derecho a la vida se ha interpretado demasiado a menudo de modo restringido. La expresión «derecho inherente a la vida» no se puede entender correctamente de una manera restrictiva, y la protección de este derecho requiere que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería deseable que los Estados Partes tomen todas las medidas posibles para reducir mortalidad infantil y para aumentar la esperanza de vida, especialmente adoptando medidas para eliminar la desnutrición y las epidemias. (Comentario General número 6 (30/04/1982): «El derecho a la vida», art. 6)

3. Todos los derechos humanos, derechos «de primera»

Después de lo expuesto aquí, sólo nos cabe afirmar que no hay diferencias esenciales y radicales entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos y sociales, por el otro. Más bien lo que nos encontramos es una continuidad estructural entre ambos tipos de derechos humanos con diferencias, en todo caso, de grado. Sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos, pero, en definitiva, no existen obligaciones «negativas» puras —o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas (Contreras Peláez, 1994, p. 21).

Igualmente, hemos señalado el coste que todos los derechos, negativos y positivos, comportan, su carácter conflictivo, su interdependencia mutua y sus conexiones relativas a la justiciabilidad.

16. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho en algunos casos una aplicación extensiva del CEDH, en la medida en que la ausencia de derechos sociales efectivos aboca a situaciones de renuncia o abandono de las libertades políticas:

- *Salesi vs. Italy* y *Schuler-Zgraggen vs. Switzerland*: violación de derechos de bienestar por fallo de los procedimientos legales y administrativos para su protección («debido proceso»).
- *Airey vs. Ireland*: no cabe hablar de compartimentos estancos entre los derechos cívico-políticos y los socio-económicos, pudiendo los derechos convencionales poseer «prolongaciones sociales».
- *Mellacher and others vs. Austria* y *Spadea and Scalabrino vs. Italy*: limitaciones al derecho de propiedad en el conflicto con el derecho a la vivienda.

En consecuencia, ambos tipos de derechos humanos son, en el mismo sentido, básicos, fundamentales y universales y, por tanto, ambos deben ser promovidos, protegidos y satisfechos, sin relegar los derechos de bienestar a una «segunda división» o categoría inferior.

[...] the same considerations that establish that security rights are basic for everyone also support the conclusion that subsistence rights are basic for everyone. It is not being claimed or assumed that security and subsistence are parallel in all [...] respects. The only parallel being relied upon in that guarantees of security and guarantees of subsistence are equally essential to providing for the actual exercise of any other rights. (Shue, 1996, p. 25-26)

4. Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, Ch. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- AUSÍN, T. (2006). «El bien, el mal y la constitución europea. El caso de los derechos fundamentales». En: ARAMAYO, R. R.; AUSÍN, T. (eds.). *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*. Madrid/México: Plaza y Valdés, p. 417-430.
- (2007). «La cuantificación en la enunciación de los derechos positivos». En: PEÑA, L.; AUSÍN, T. (eds.). *Los derechos positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones*. Madrid/México: CSIC/Plaza y Valdés, p. 39-58.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos.
- DRÈZE, J.; SEN, A. (1989). *Hunger and public action*. Oxford: Clarendon Press.
- FISS, O. M. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- GEWIRTH, A. (1982). *Human rights*. Chicago: University of Chicago Press.
- GUARIGLIA, O. (2003). «Social and economic human rights as a way to impede corruption». Presentación en congreso.
- HARRIS, J. (1975). «The survival lottery». *Philosophy*, 50: 81-87.
- HILPINEN, R. (1993). «Actions in Deontic Logic». En: MEYER, J. J. CH.; WIERINGA, R. (eds.). *Deontic logic in computer science*. Chichester: John Wiley & Sons, p. 85-100.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. Nueva York/Londres: Norton & Company.
- KAPLAN, R. D. (1988 [2005]). *Rendición o hambre*. Barcelona: Ediciones B.
- KEKKI, P. (2003). *Primary health care and the Millenium Development Goals: Issues for discussion*, <http://www.worldfamilyorganization.org/Summit/WFS2006/BackgroundPapers/PHC_and_MDGs.pdf> [Consultado el 4 de agosto de 2007].
- KUSHE, H. (1996). «Euthanasia», en SINGER, P. (ed.). *A companion to ethics*. Oxford: Blackwell, p. 294-302.
- LORA, P. de (2006). *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*. Madrid: Alianza.
- MEYER, J. J. Ch. (1988). «A different approach to deontic logic: Deontic logic viewed as a variant of dynamic logic». *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 29 (1): 109-136.
- OREND, B. (2002). *Human rights: Concept and context*. Peterborough, Ontario: Broadview Press.
- PECES-BARBA, G. y otros (1987). *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate.

- PEÑA, L.; AUSÍN, T. (2007). «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?». En: PEÑA, L.; AUSÍN, T. (eds.). *Los derechos positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones*. Madrid/México: CSIC/Plaza y Valdés, p. 389-403.
- PÉREZ ROYO, J. (1994). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- POGGE, T. (2002). *World poverty and human rights: Cosmopolitan responsibilities and reforms*. Cambridge: Polity Press.
- ROOSEVELT, F. D. (1950). *The public papers & addresses of Franklin D. Roosevelt*. Edición de ROSENMAN, Samuel. Vol. XIII. Nueva York: Harper.
- SEN, A. (1999 [2006]). «Democracy as a universal value». *Journal of Democracy*, 10.3: 3-17. Traducción española de Javier Lomelí Ponce en: SEN, Amartya (2006). *El valor de la democracia*. Barcelona: El Viejo Topo, p. 55-91.
- SHUE, H. (1996). *Basic rights*. Princeton: Princeton University Press.
- VAN DYKE, V. (1970). *Human rights, the United States and the World Community*. New York/Londres/Toronto: Oxford University Press.