

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

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
3.3.1. 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 *Sobramoney 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 a 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 las 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 propondrá 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 derechos ¹⁷.

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

1. INTRODUCCIÓN

Durante el transcurso de nuestras vidas aprendemos a diferenciar el valor 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 ropa de abrigo es considerado generalmente como más importante que poseer un objeto ornamental¹. Estos ejemplos resaltan dos características 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 intentar entender el basamento que subyace a estos dos tipos de juicio.

Dicho basamento tiene una gran importancia para la elaboración de una teoría de los derechos fundamentales. Para explicar por qué los 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 diversos individuos, esta pregunta requiere a su vez contar con un entendimiento claro de las razones valorativas comunes que subyacen a tales 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 sociedad los individuos se diferencian entre sí en innumerables formas. La teoría debe pretender ser correcta y proveer una explicación clara de qué cosa representan en realidad las razones valorativas co-

¹ Buscamos deliberadamente hacer obvia esta diferencia apelando a las necesidades y a 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 funciones: ayudan a la comunicación, a adquirir información, escribir documentos, investigar y mucho más. No parecen ser esenciales para vivir; sin embargo, tienen la capacidad de afectar nuestras vidas significativamente.

munes en la vida de un gran número de individuos. No se debe pretender imponer puntos en común donde no existen. Es probable que el área en que se superponen los bienes para diferentes individuos requiera que la teoría sea bastante general y limitada. Segundo, una teoría de los derechos como la que se desarrollará en el presente libro está dirigida a influenciar en la forma en la que los derechos son usados e interpretados en distintas sociedades políticas y, como tal, debe ser entendida como el mandato de alcanzar tantos acuerdos como sea posible entre el mayor número de individuos. Un acuerdo no necesariamente es una indicación de verdad, pero se hace necesario si los miembros de una sociedad deben considerarse como obligados por el esquema de derechos que gobierna tal sociedad. A su vez, tal acuerdo permite alcanzar un alto grado de estabilidad y cohesión social. Por estas razones este capítulo buscará arribar a una teoría «débil» de «lo bueno»². Dicha teoría no es exhaustiva, en tanto que especifica las fuentes de valor comunes en la vida de los individuos, a pesar de las diferencias que puedan existir entre ellos. Además, una teoría como esta busca evitar, en la mayor medida posible, incorporar asunciones que no puedan ser justificadas desde la perspectiva de cada uno de los distintos individuos.

Procederé entonces a analizar qué es lo que implica que algo tenga valor para un «ser» en general³. Ofreceré un argumento para reconocer que la noción primaria de valor se refiere a aquello que es importante para los seres capaces de tener experiencias subjetivas de manera consciente en el mundo. Este argumento limita la gama de criaturas a las cuales pueden ser aplicados dichos juicios. Esto también ofrece razones para pensar que la cualidad de las experiencias subjetivas que los seres en general tienen, será importante si proporcionan una explicación de la idea de valor.

Luego me referiré a los postulados sobre el valor aportados por Nussbaum y Rawls que también buscan proveer una verdadera explicación de las fuentes comunes de valor compartidas por diversos seres que tienen la capacidad de prestar su total asentimiento. Se afirmará que ninguno de estos postulados, por sí solos, puede explicar de manera satisfactoria el valor dentro de la vida de los seres en general. Para desarrollar una explicación más adecuada afirmaré que es importante tener en cuenta las características empíricas de los seres que poseen una dimensión evaluativa. Me enfocaré en dos de tales características —la capacidad de tener experiencias y la de tener propósitos— e intentaré demostrar cómo una explicación de valor puede basarse en ciertas características naturales de tipo general en los seres.

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

³ En el transcurso de esta discusión intentaré entender a las fuentes primarias de juicios de valor en el mundo. Es un error confinarse desde el inicio únicamente al caso de los seres humanos sin aportar una justificación para ello.