

I. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES: LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ERA NEOLIBERAL

El neoliberalismo es la forma que adopta el capitalismo actual, un capitalismo que se ha liberado de las restricciones impuestas por la democracia después de la Segunda Guerra Mundial. El neoliberalismo no sólo se refiere a una forma de organizar la producción y la distribución, sino que también es una racionalidad. Como una racionalidad que ha logrado la hegemonía, reinterpreta la mayoría de los conceptos políticos. Así, reinterpretados, los derechos sociales son mínimos, es decir, beneficios que constituyen una red de seguridad para los pobres y desafortunados, para aquellos que no son capaces de obtener en el mercado lo que necesitan. Así como sería contraproducente que una red de seguridad interfiriera con las acrobacias de los trapecistas, esos beneficios deberían operar a través del mercado o de maneras compatibles con él. Los derechos sociales, por lo tanto, no desafían sino que legitiman los mercados, en la medida en que evitan las consecuencias más brutales de las operaciones de mercado.

Este capítulo defiende una comprensión alternativa (aunque no novedosa) de los derechos sociales, en la que los derechos sociales pretenden emanciparnos del neoliberalismo.

II. LO QUE PODEMOS APRENDER DE LA CRÍTICA IZQUIERDISTA DE LOS DERECHOS

La crítica de los derechos

El valor emancipador de los derechos constitucionales y humanos no es incontrovertible. Aquí revisaremos tres importantes críticas de los derechos. Sólo considerándolos y tomándolos en serio podremos considerar los derechos sociales de una manera que permita el despliegue de su potencial emancipador.

La primera es la crítica de Karl Marx. En *-On the Jewish Question* Marx se opone a la opinión de Bruno Bauer sobre lo que los judíos deben hacer para lograr la emancipación política. Según Bauer, los judíos sólo pueden emanciparse políticamente si abandonan el judaísmo y, en general, para lograr la emancipación, la humanidad debe renunciar a la religión. Pero la respuesta de Bauer, afirmó Marx, no entendió lo que significa la emancipación política, y no notó la diferencia entre la emancipación política y la emancipación humana. La emancipación política deja a la religión en existencia porque la emancipación política es la libertad de religión, no la libertad de religión.

La emancipación política, a través de los derechos civiles y políticos, elimina el carácter político de la sociedad civil. Sin embargo, la eliminación de las restricciones políticas significó, al mismo tiempo, desatar los lazos que restringían el espíritu egoísta de la sociedad civil.

Así, por un lado, el logro de la emancipación política significa la eliminación de los requisitos de propiedad para el derecho a elegir o ser elegido y la abolición de las distinciones de nacimiento, rango social, educación y ocupación. Pero por otro lado, tal abolición permite que la propiedad privada, la educación, la ocupación, actúen a su manera, es decir, como propiedad privada, como educación, como ocupación, y que ejerzan la influencia de su naturaleza especial. Por lo tanto, la desigualdad, la falta de libertad y la opresión persisten en el estado civil, a través de la violencia material en lugar de diferencias de estatus legal. Aunque

la sociedad civil logra emanciparse de sus limitaciones políticas, lo hace dentro de la particularidad de su existencia material.

El problema de los derechos, -derechos de ma, como dice Marx, no es sólo que son los derechos de un hombre egoísta, es decir, los derechos de un individuo en particular que queda libre pero solo en la búsqueda de sus objetivos, sino que empoderan a cada individuo de manera diferente, dependiendo de las circunstancias materiales. Los derechos consideran a los individuos como iguales, desdibujando las diferencias que existen en la sociedad civil, las diferencias que son producidas por un poder social desigual. Las desigualdades materiales son irrelevantes ante la ley, pero al mismo tiempo, son irrelevantes para la ley. Los derechos, por lo tanto, no son instrumentos que puedan emancipar a los oprimidos. Por el contrario, afianzan esa opresión al reafirmar y naturalizar los poderes sociales de la sociedad civil.

Siguiendo algunos de los puntos de vista de Marx y las ideas de Foucault sobre el poder, Wendy Brown desarrolla una crítica penetrante de los derechos. Brown intenta responder a una pregunta crucial: ¿cuál es el poder emancipador de las reivindicaciones de derechos (o discurso de derechos) para los oprimidos? Nótese que la cuestión no es si los derechos como tales son emancipatorios, sino si algunas de sus articulaciones lo son o no.

El relato de Brown se deriva de su comprensión foucaultiana del poder. El poder no existe en oposición a la libertad y los derechos, como es la visión estándar. Por el contrario, el poder es omnipresente: está en todas partes y en todo momento. El poder produce sujetos y los disciplina a través de diferentes mecanismos, incluyendo los derechos. Los derechos, entonces, pueden convertirse en instrumentos de regulación y dominación incluso cuando confieren. Dado este marco, es necesario evaluar histórica y contextualmente el potencial emancipador de las reclamaciones de derechos. Es analizando los derechos contextualmente que Brown afirma, siguiendo a Marx, que los derechos surgieron en la modernidad tanto como un vehículo de emancipación de la privación del derecho al voto o de la servidumbre institucionalizada como un medio de privilegiar a una clase burguesa emergente dentro de un discurso de igualitarismo formal y ciudadanía universal.

Los derechos, entonces, pueden emanciparse y dominar. La cuestión es cuándo y si los derechos -están formulados de tal manera que permitan la fuga de los subordinados del lugar de la violación, y cuándo y si construyen una valla a nuestro alrededor en ese lugar, regulando en lugar de desafiando las condiciones dentro de un mismo lugar. Una de las formas en que los derechos dominan o regulan es despolitizando las condiciones que los generan. Nótese aquí que la afirmación de que los derechos pueden producir despolitización no significa que los derechos eliminen temas particulares del debate público porque son instrumentos, como en el punto de vista liberal estándar. Esto sería despolitización en un sentido estricto. Considere el caso del aborto. Según Brown, el hecho de que el acceso al aborto haya sido discutido y formulado en los Estados Unidos como una cuestión del derecho a la privacidad no ha resultado en una mayor visibilidad de la subordinación de las mujeres. Por el contrario, la privacidad tiende a ocultar la subordinación doméstica y el abuso de las mujeres. Dada la privatización histórica de la mujer y la reproducción, ¿cómo ha contribuido la formulación de la cuestión del aborto en términos de derechos de privacidad a la invisibilidad de la subordinación económica y social de la mujer a través de la maternidad en un orden sexual y reproductivo desigual? Esta es la pregunta adecuada, dice Brown, si queremos evaluar si las reivindicaciones de derechos abren caminos de emancipación o, por el contrario, los cierran. ¿Por qué no enmarcar el derecho de las mujeres al aborto como una cuestión de libertad o

igualdad? El valor del lenguaje de los derechos, por lo tanto, no es unívoco. Puede ser políticamente emancipatorio o regresivo.

La opinión de Brown sobre los derechos humanos es aún más escéptica.

Los derechos humanos son, en efecto, una defensa contra la capacidad del poder político para infligir dolor, indignidad, crueldad y muerte. Sin embargo, según Brown -no hay tal cosa como la mera reducción del sufrimiento o la protección contra el abuso- la naturaleza de la reducción o protección es en sí misma productiva de los sujetos políticos y las posibilidades políticas. Los derechos humanos, como proyecto de protección contra el dolor infligido por el Estado, tienen una imagen particular de justicia y, por lo tanto, compiten y desplazan a otros proyectos políticos que también apuntan a la justicia. ¿El proyecto internacional de justicia se articula a través de la noción de derechos humanos -lo máximo que podemos esperar? Esta es la pregunta que Brown plantea en última instancia.

Menos crítico que Brown, pero igualmente convincente, es el relato de Samuel Moyn sobre los derechos humanos. Según Moyn, existe una clara diferencia entre los primeros derechos y los derechos humanos. Los primeros derechos, como los declarados en los Estados Unidos en 1776 y en Francia en 1789, eran derechos que pertenecían a una comunidad política, mientras que los derechos humanos promovían una política contra el sufrimiento humano. Lo crucial es que los derechos constitucionales surgieron a través de la construcción de espacios de ciudadanía, y -estos espacios no sólo proporcionaron formas de impugnar la negación de derechos ya establecidos; de igual manera, fueron también zonas de lucha sobre el significado de esa ciudadanía, y el lugar donde se lucharon las defensas de derechos antiguos, como las campañas por otros nuevos. Los derechos humanos, por el contrario, recaen en la humanidad, y no en un espacio de ciudadanía.

Aunque los derechos humanos aparecieron en escena en la década de 1940, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Moyn muestra que eran marginales en ese momento. No se consideraban el anuncio de una nueva era. En ese momento el discurso de los derechos humanos no era el discurso hegemónico en el que se convertiría a finales de la década de 1970. Es en la década de 1970 cuando los derechos humanos ganaron prominencia en la esfera global. Los derechos humanos se hacen prominentes a medida que las utopías maximalistas declinan, emergiendo -como la última utopía- una que se vuelve poderosa y prominente porque otras visiones implosionan. Sin embargo, para Moyn, los derechos humanos ganaron y todavía tienen precedencia debido a su minimalismo.

Ofrecen, de hecho, una utopía global pero minimalista. A diferencia de los derechos sociales de los Estados de Bienestar, los derechos humanos no tienen por objeto producir igualdad distributiva. De hecho, los derechos humanos, incluso perfectamente realizados, son compatibles con la desigualdad radical. Según Moyn, -precisamente porque la revolución de los derechos humanos se ha centrado tan intensamente en los abusos del Estado y se ha dedicado, en su forma más ambiciosa, a establecer una garantía de provisión suficiente-, no ha respondido a -o ni siquiera ha reconocido en gran medida- que el neoliberalismo ha eliminado cualquier restricción a la desigualdad. Moyn, sin embargo, se opone a las críticas más radicales de los derechos humanos, que afirman que los derechos humanos son un fenómeno neoliberal, que existe una interdependencia causal entre ellos. Según Moyn, en

cambio, una mejor manera de enmarcar la relación entre el neoliberalismo y los derechos humanos, -es en términos de trayectorias paralelas, con la trágica consecuencia de que (como algunos de los brillantes trabajos de Marx lo implican) la comprensión estructural de las causas profundas del sufrimiento social desapareció en el momento en que era tan necesario" (más sobre esto más adelante).

¿Pueden ser emancipadores los derechos sociales?

¿Debemos abandonar el lenguaje de los derechos? ¿Estamos cometiendo un error al articular nuestras reivindicaciones de justicia en el lenguaje de los derechos sociales, utilizando un lenguaje que socava las mismas reivindicaciones que estamos haciendo?

Una respuesta negativa a estas preguntas no puede ignorar las críticas que hemos visto. No podemos simplemente ignorar que los derechos civiles empoderan, a través de los derechos de propiedad, a aquellos que ya son poderosos, naturalizando su poder y sus efectos. Por eso, para que sean emancipatorios, los derechos tienen que proporcionar una base para impugnar ese poder y su funcionamiento. Tienen que desafiar, en otras palabras, el poder opresor del capitalismo neoliberal.

Los derechos sociales constitucionales pueden fundamentar este desafío, al igual que los derechos humanos. Esto se debe a que, mientras que los segundos se basan en una política de sufrimiento que no ofrece ninguna base para desafiar al neoliberalismo, los primeros se basan en la ciudadanía. Esto implica un proyecto más ambicioso, como veremos en las siguientes secciones: la ciudadanía contiene un principio igualitario y proporciona un espacio para luchar por su realización. Los derechos sociales, por lo tanto, tienen el potencial emancipador que falta en la idea de los derechos humanos.

Sin embargo, ese potencial ha sido neutralizado por los mismos poderes que pretenden desafiar. Esto se debe a que la racionalidad hegemónica del neoliberalismo los entiende como derechos a provisiones mínimas que, en lugar de desafiar al neoliberalismo, proporcionan su discurso de legitimación. A diferencia de Moyn, que ve la relación entre los derechos humanos y el neoliberalismo como paralela trayectoria^{ll}, podemos decir que los derechos humanos son la utopía del neoliberalismo. Los derechos humanos no sólo desplazan a otras utopías. El punto es más radical que eso: el discurso de los derechos humanos es el discurso de legitimación del neoliberalismo, porque proporciona un discurso que legitima la justicia mínima que el neoliberalismo puede ofrecer. Este discurso acomoda la justicia social que el neoliberalismo puede entregar, porque su espacio natural no es el político, sino los tribunales de justicia.

Contrariamente a lo que sucede con los derechos humanos, el lugar de los derechos sociales es la ciudadanía y, por lo tanto, la política. Por lo tanto, pueden utilizar el poder político para desafiar el poder social.

III. DOS INTERPRETACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales como desafíos

El potencial emancipador de los derechos sociales se despliega cuando los derechos sociales son entendidos como desafíos dirigidos a transformar las fuerzas opresoras del sistema existente, hoy, las fuerzas opresoras del neoliberalismo.

En este entendimiento, existe una continuidad progresiva entre los derechos civiles, políticos y sociales. Aquí, los derechos sociales no son menos importantes que los derechos civiles y políticos, ya que la visión hegemónica de los derechos sociales establece, pero su realización. Son -más importantl porque implican un principio de justicia más desarrollado, un principio que ya está contenido en los derechos civiles pero que aún no se ha desarrollado completamente.

La idea de que hay una continuidad, en la que cada categoría de derechos muestra una noción más desarrollada de libertad, se explica mejor mirando a la seminal Ciudadanía y Clase Social de T. H. Marshall. Como es bien sabido, Marshall argumenta que el surgimiento de los derechos civiles, políticos y sociales debe entenderse como olas sucesivas que amplían el alcance de la ciudadanía, tratando así de superar las injusticias de la clase social. En su opinión, este progreso lento pero persistente acabaría por eliminar las diferencias más importantes de clase social y, por lo tanto, la fuente más importante de conflicto social.

Este movimiento fue posible porque los derechos estaban vinculados a la ciudadanía. En opinión de Marshall, cada tipo de derechos, es decir, los derechos civiles, políticos y sociales, corresponden a un tipo diferente de ciudadanía -civil, política y social. Como señaló Marshall, la ciudadanía no es sólo una propiedad distintiva de los sistemas modernos de estatus cuya característica más importante es el principio igualitario que contiene, sino también una estructura y una ideología que proporcionan la fuente principal de cualquier solidaridad que las sociedades modernas posean.

Aunque la ciudadanía civil contiene un principio de igualdad, es una igualdad formal y, por lo tanto, es compatible con el capitalismo, es decir, no es un sistema de igualdad, sino de desigualdad. Los derechos civiles entienden la ciudadanía como un estado formal y la libertad como igual libertad ante la ley. Por ello, eran indispensables para el capitalismo, una condición crucial para el desarrollo de los mercados.

Aquí es importante ver la transición entre las sociedades feudales y modernas tal como se articula a través de la noción de derechos civiles. En el feudalismo, la situación legal de los individuos dependía de su estatus social en un sistema jerárquico. Las relaciones sociales y legales de los individuos, y por lo tanto, sus derechos y obligaciones, se derivan del estatus que cada uno tiene en esta jerarquía. Los derechos civiles implican la abolición de un orden feudal en el que la propiedad determina las obligaciones sociales y que existen relaciones extracontractuales que implican obligaciones mutuas. En este sentido, el surgimiento de los derechos civiles fue, de hecho, un movimiento: del estatus al contrato. Debido a que el feudalismo era el hostis, y la burguesía el agente del cambio, los derechos civiles significaban principalmente la libertad de contrato y los derechos de propiedad absolutos. Aunque los individuos son ahora iguales ante la ley, su desigual poder económico y social determinará sus relaciones sociales.

Según Marshall, desde finales del siglo XIX se aplicó un principio más sustantivo de igualdad. Así, aunque la ciudadanía "ha hecho poco para reducir la desigualdad social, ha ayudado a orientar el progreso hacia el camino que condujo directamente a las políticas igualitarias del siglo XX". El siglo XX fue el momento de la ciudadanía social. Antes, lo que hoy llamaríamos -las disposiciones sociales no eran más que- alivio a los pobres, y su objetivo, como afirma Marshall, "era reducir las molestias de la pobreza sin perturbar el patrón de desigualdad de la que la pobreza era la consecuencia más obviamente desagradable". El alivio deficiente, por su propia naturaleza, no es para los ciudadanos y no tiene por objeto desafiar a la clase social.

Fue durante el siglo XX cuando se hizo realidad la idea de los derechos sociales. Ahora son derechos y no sólo -sociales provisionsl porque se incorporan como parte del estatus de ciudadanía.

Esto cambió su objetivo: no sólo apuntaban a eliminar la pobreza, sino también a modificar todo el patrón de desigualdad social. Los derechos sociales pueden alcanzar ese objetivo "mediante un divorcio progresivo entre los ingresos reales y los ingresos monetarios", como se observa en los principales servicios sociales, como la salud y la educación. Lo que Marshall quiso decir con esta distinción es que la desigualdad de los ingresos monetarios no debería tener ningún efecto en las esferas esenciales del bienestar humano. La capacidad diferencial de pago (la desigualdad de los ingresos monetarios) no tendría consecuencias distributivas porque la esfera de los derechos sociales no se organizaría según el principio del mercado. En estos ámbitos sería como si todos tuvieran la misma renta (renta real), ya que la capacidad para la remuneración dejaría de ser un criterio de distribución de las prestaciones sociales. Para Marshall, la universalidad de las disposiciones sociales era la forma en que la desigualdad (de los ingresos monetarios) podía ser abolida en algunas esferas específicas.

En este sentido, los derechos sociales desmodifican (algunas) necesidades humanas, lo que ocurre cuando su satisfacción no depende del principio del mercado y, por lo tanto, del poder económico desigual de los individuos.

Los derechos sociales como mínimos

Hoy, en cambio, la visión hegemónica entiende que los derechos sociales no son más que una red de seguridad, es decir, una red que tiene por objeto proteger a las personas de la pobreza. Los derechos sociales se entienden como derechos que proporcionan un mínimo de protección social. En esta concepción, los derechos sociales están guiados por las fuerzas del mercado.

Como vimos, los derechos sociales implican la desmodificación porque sustituyen al dinero y, por lo tanto, rompen la desigualdad de ingresos característica de las sociedades neoliberales. Derechos - no dinero - es lo que todo el mundo tiene en estas esferas. Sin embargo, si las disposiciones sociales adoptan la forma de prestaciones supeditadas a la comprobación de los recursos, que sólo tienen por objeto prevenir la pobreza, no sustituyen al dinero, sino que actúan como un equivalente funcional del mismo y, por lo tanto, perpetúan las consecuencias de su distribución desigual. Aquí los derechos sociales se unen a los derechos civiles como (parte de) la arquitectura legal de la desigualdad.

Es importante señalar cómo esta comprensión de los derechos sociales se basa en una inversión. Desde una concepción que desafía el neoliberalismo y el principio de mercado, al

enfaticar la naturaleza política de ciertas esferas, en las que el ingreso monetario es diferente al ingreso real, se transforman en una noción que ratifica la mercantilización, al proporcionar los medios para ello a quienes no tienen acceso al mercado. Los derechos, entonces, se convierten en beneficios, y los beneficios no hacen que los mercados sean irrelevantes. Si los servicios sociales están destinados a proporcionar las prestaciones sujetas a condiciones de recursos, deben ser compatibles con el principio de mercado para las personas que no tienen derecho a ellas. Esto implica que debe haber una diferencia notable entre los beneficios que se proporcionan -de forma gratuita- y los productos básicos que compran en el mercado quienes pueden permitírselos. Esto completa la inversión radical: en el neoliberalismo, los que reciben beneficios son

privilegiados, en el sentido de que reciben gratuitamente lo que otros deben pagar. El privilegio de aquellos que pueden utilizar sus ingresos monetarios para acceder a una mejor atención sanitaria, educación y planes de pensiones se convierte en una carga para ellos. Así, la pretensión de introducir o mantener disposiciones universales se denomina una reforma regresiva, un caso de hacer (a través de impuestos) que los pobres paguen por los servicios a los ricos.

En este sentido, los derechos sociales se reinterpretan para promover el neoliberalismo en lugar de desafiarlo.

IV. NEUTRALIZACIÓN Y PROGRESISMO DE LOS DERECHOS SOCIALES

La ironía es que esta reinterpretación de los derechos sociales no ha sido obra del Instituto Cato y de otros pensadores o instituciones neoliberales, sino de abogados y juristas de una autocomprensión progresiva. Esto no es anómalo; de hecho se trata de hegemonía: en la medida en que una racionalidad neoliberal es hegemónica, la neutralización viene no sólo de la derecha, sino también de las visiones progresistas.

Estos abogados y juristas progresistas comienzan denunciando una importante asimetría entre los derechos civiles y los derechos constitucionales sociales: mientras que a los primeros se les reconocen todas las consecuencias que el pensamiento jurídico asigna a los derechos (en particular la exigibilidad judicial), los derechos sociales son tratados como promesas no vinculantes. Esta denuncia contiene un programa: el de mostrar que no hay nada en el concepto de derechos sociales que justifique este trato diferencial, que debe ser reconocido, por tanto, como puramente ideológico. Un verdadero compromiso con los derechos sociales implicaría la abolición de este trato diferencial; su medida de éxito es entonces la exigibilidad (judicial) de los derechos sociales.

Se trata de un programa de tres pasos. El primer paso es demostrar que los derechos civiles y políticos tienen (solían tener) un estatus legal significativamente diferente con respecto a los derechos sociales: sólo los primeros podían entablar acciones legales contra el gobierno en un tribunal de justicia. El segundo paso intenta mostrar que este trato diferencial no está justificado por ninguna diferencia estructural entre derechos. La conclusión, entonces, es que la falta de exigibilidad judicial es la consecuencia de una devaluación (ideológicamente motivada) de los derechos sociales, que debe ser rectificadas mediante el reconocimiento de recursos judiciales contra las violaciones de los derechos sociales. El pensamiento jurídico

progresista, por lo tanto, entiende que la causa de los derechos sociales puede promoverse insistiendo en la tesis de la no diferencia. Y en este sentido, ha tenido un éxito notable.

Pero si no hay diferencias entre los derechos civiles y sociales, entonces los derechos sociales carecen de contenido emancipatorio. En este sentido, como programa progresista, su éxito es su fracaso: cuanto más se establece este punto, más se pierde la aptitud de los derechos sociales para desafiar al neoliberalismo.

A continuación examinaremos más detenidamente los dos últimos pasos de este programa.

Todos los derechos tienen un contenido positivo, todos los derechos tienen costes

Las críticas conservadoras de los derechos sociales solían afirmar que los derechos sociales son estructuralmente diferentes de los derechos civiles en el sentido de que los derechos civiles fundamentan deberes negativos o deberes de no interferencia, mientras que los derechos sociales fundamentan deberes positivos, es decir, deberes de actuar. Y

Los derechos positivos están sujetos a un problema que no tienen los derechos defensivos: la escasez". Dado que los derechos sociales se distinguen de los derechos civiles y políticos por ser derechos positivos, su exigibilidad judicial daría a los tribunales la facultad de decidir sobre la mejor manera de utilizar los fondos públicos, es decir, sobre cuestiones de política pública que deberían ser competencia de las autoridades y los procesos legislativos y administrativos. Por otra parte, como se dice que los derechos civiles son negativos, es decir, un conjunto de prohibiciones dirigidas contra la acción del Estado, su exigibilidad judicial no implicaría tal interferencia, sino sólo que las decisiones legislativas y administrativas están limitadas por la ley.

El segundo paso del programa progresivo identificado anteriormente fue negar tales diferencias estructurales. En las últimas décadas, un número creciente de estudiosos progresistas del derecho han argumentado con éxito que los derechos civiles y sociales tienen aspectos tanto negativos como positivos, dado que ambas categorías implican el uso de recursos públicos. Desde este punto de vista, todos los derechos son positivos y todos los derechos tienen costos, como Stephen Holmes y Cass Sunstein han reivindicado. Todos los derechos requieren la acción del Estado para protegerlos. Todos los derechos asumen la existencia de un conjunto de instituciones para su realización. Incluso los derechos de propiedad exigen que los registros de títulos, la policía y las estructuras judiciales sancionen o proporcionen algún remedio cuando se violan. El funcionamiento de estas instituciones depende de la asignación de recursos significativos, normalmente obtenidos a través de los impuestos. Por lo tanto, la escasez es un problema no sólo de los derechos sociales, sino también de los derechos civiles y políticos, porque todos los derechos tienen costos. Aunque existe una diferencia en la cantidad de recursos que demandan los derechos civiles y sociales, ésta sería una diferencia cuantitativa y no cualitativa.

Esta visión progresista, sin embargo, ignora la diferencia política crucial entre los derechos civiles y sociales, una diferencia que cambia el significado de los deberes correlativos que conllevan. Por supuesto, es innegable que los derechos civiles y políticos requieren instituciones con financiación adecuada. Sin embargo, la movilización de los recursos requeridos por la protección de la propiedad y la libertad formal (libertad de contrato) es cualitativamente diferente a la requerida por los derechos sociales. El punto aquí no es que

los derechos civiles y políticos no -tienen costos y no necesitan recursos para su realización, sino que hay una diferencia en los intereses para los que se movilizan estos recursos.

Los derechos civiles y sociales implican dos concepciones diferentes de los impuestos. En el caso de los derechos civiles, los impuestos son equivalentes a los precios y, por lo tanto, no rompen con el principio de mercado. Así pues, los propietarios pueden contribuir a la financiación de un registro de la propiedad mediante el pago de una tasa de inscripción a tal efecto. En este sentido, la carga tributaria se distribuye en proporción a los servicios recibidos por el Estado. Los impuestos, entonces, son el pago que cada individuo hace por los diferentes beneficios proporcionados por el Estado. Esta es una visión de los impuestos según el principio del mercado, porque mantiene al menos la idea de una equivalencia entre beneficio y pago. La razón por la que la fiscalidad y no el mercado es el instrumento para financiar estos beneficios es simple: los mercados no son capaces de proporcionar beneficios como consecuencia de las deficiencias del mercado. Tales fallas, a su vez, deben explicarse porque instituciones como la policía, los tribunales, la defensa externa y otras similares son -públicas-, es decir, bienes que el mercado no puede proporcionar porque no son rivales ni excluyentes (o, de hecho, ambos). Por lo tanto, su financiación a través de impuestos es la única manera de asegurar su provisión. Pero, si el mercado fuera capaz de proporcionarlos, no se necesitarían impuestos.

Los derechos sociales, en cambio, requieren no sólo recursos más abundantes, sino también recursos cuya justificación es diferente. Con los derechos sociales los impuestos no son precios porque rompen el vínculo entre lo que cada uno aporta y lo que cada uno recibe del Estado. Cuando se trata de derechos sociales universales, cada uno contribuye según sus capacidades y recibe según sus necesidades. Los impuestos ya no se justifican por el interés individual de la persona que los paga, porque niegan, incluso en principio, la equivalencia entre la prestación y el pago. Los impuestos se justifican ahora porque hacen posibles los derechos sociales.

Aquí podemos ver el argumento de Marshall, según lo apropiado anteriormente, en el trabajo: una vez que los derechos sociales universales son reconocidos, y el espacio público de la ciudadanía, desmercantilizado, se ha expandido más allá del mercado (estatus formal de igualdad ante la ley: los derechos civiles) y el En el proceso político (franquicia universal: derechos políticos), podemos utilizar esta comprensión de la ciudadanía, los derechos sociales y los impuestos de manera retrospectiva para reevaluar la idea de los derechos civiles y políticos.

Pero el movimiento progresista que estamos considerando va en la dirección opuesta: pretende entender los derechos sociales haciéndolos análogos a los derechos civiles y políticos, interpretar el contenido político de los derechos sociales a través de la lente de los derechos civiles y políticos.

En la medida en que los derechos sociales son desafíos para el neoliberalismo, no hay equivalencia entre los recursos que estos derechos demandan y los servicios que financian. Los derechos sociales no son simplemente -más caros. Su pretensión es contrarrestar el poder del dinero que, a través de los mercados, el neoliberalismo se ha extendido a casi todas las esferas de la vida humana.

Judicialización de los derechos sociales

Los derechos sociales son derechos que pueden ser objeto de acciones legales, afirman los juristas progresistas. Especialmente en América Latina, para estos académicos, la aplicación judicial de los derechos sociales es vista como la batalla más importante a librar. Pero esto es un error.

La razón es que la aplicación judicial transforma los derechos sociales, neutralizándolos. Las instituciones judiciales son incapaces de articular el contenido transformador de los derechos sociales. Esto se debe a que son demandas basadas en la justicia distributiva, y por lo tanto, no pueden ser contenidas por la estructura de adjudicación, según lo determinado por la lógica de la justicia correctiva. Dado que el contenido transformador de los derechos sociales no puede articularse a través de la adjudicación, sólo pueden aplicarse si se transforman, privados de su contenido transformador. Por eso, las instituciones más directamente relacionadas con los derechos civiles son los tribunales de justicia. Es un error pensar que los tribunales son instrumentos para proteger lo que se quiere proteger. Ellos sirven para proteger lo que son capaces de proteger. Cuando una demandante reclama su derecho a la asistencia sanitaria, la idea original de que la asistencia sanitaria es una esfera no modificada, situada en el ámbito de la ciudadanía y no en el del mercado, desaparece y debe reformularse para convertirla en una reivindicación que pueda ser comprendida por un tribunal de justicia. Luego se convierte en la reclamación de un demandante particular contra el Estado, buscando un beneficio particular.

Los derechos sociales no llegan a ver su día en la corte; lo que ve su día en la corte es el reclamo de un individuo de que sus intereses sean atendidos, incluso a costa de los intereses de los demás. Los tribunales, por lo tanto, no son el foro más apropiado para tratar asuntos de justicia distributiva.

Además, décadas de litigios han demostrado que la adjudicación de derechos sociales no trae consigo una transformación social profunda.

De hecho, existe una clara desconexión entre lo que se supone que debe lograr la exigibilidad de los derechos sociales y lo que en realidad ha logrado. Se supone que la exigibilidad judicial favorece a los miembros más desfavorecidos de la sociedad. Sin embargo, la realidad empírica muestra que, en última instancia, no favorece a los grupos desfavorecidos, sino a las clases medias y altas.

Quizás por esta razón autores como Tushnet y Sunstein abogan por un papel más débil de los tribunales en materia de derechos sociales. La exigibilidad judicial en este caso es importante no por su potencial para asegurar resultados en un caso particular. Más bien, ayuda a identificar y poner de relieve los problemas y las deficiencias en la forma en que se cumplen los derechos sociales, dejando las decisiones políticas en manos de los órganos políticos y administrativos. Esta "débil forma" de justiciabilidad, una forma "dialógica" como la llaman, sería la mejor manera de equilibrar la aplicación de los derechos sociales con la falta de legitimidad democrática y de capacidad institucional de los tribunales. Entusiasmados por las decisiones del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (especialmente en el caso Sudáfrica contra Grootboom), Tushnet, Sunstein y otros han visto estas sentencias como una forma de aplicación apropiada para los derechos sociales. Sin embargo, como señala Landau, esta débil forma de aplicación judicial no se ha utilizado realmente fuera de Sudáfrica, y ni siquiera ha sido totalmente eficaz. Las esperanzas que tanto Tushnet como

Sunstein tienen para esta forma de justiciabilidad no parecen estar bien fundadas a la luz de sus pequeñas consecuencias transformadoras. Esto se debe a que las formas institucionales no son totalmente flexibles.

En consecuencia, parece difícil escapar del modelo clásico de justiciabilidad, es decir, una disputa entre el demandante y el demandado en cuanto a la legitimidad de la demanda del primero contra el segundo. La razón es que, como vimos, ésta es la forma paradigmática en la que los tribunales cumplen su función y para la cual están institucionalmente mejor preparados.

Pero la judicialización de los derechos sociales juridifica también el lenguaje de los derechos sociales, estrechando su horizonte. Para ver cómo es este el caso, es útil considerar la teoría de los derechos constitucionales de Robert Alexy, posiblemente la teoría más influyente y conocida en América Latina. En la teoría de Alexy, el contenido de los derechos siempre se aborda desde el punto de vista del control judicial. En esta cuenta, los tribunales sólo tienen poder para controlar las políticas de derechos sociales cuando están por debajo del mínimo. Para Alexy este mínimo resulta del balanceo de todos los valores posibles que podrían estar involucrados. Por un lado, el principio de libertad exige tales políticas; por otro, tanto el principio democrático como los principios opuestos (como los derechos de propiedad) deben verse afectados, en una medida relativamente pequeña". Estas condiciones se cumplen, se nos dice, "en el caso de los derechos sociales mínimos, es decir, en el caso de un mínimo vital, una casa sencilla, educación escolar, formación profesional y un nivel mínimo de asistencia médica". Note cómo la forma se convierte en sustancia: el enfoque metodológico que subyace en la teoría de los derechos constitucionales de Alexy determina su comprensión de los derechos sociales. Lo que exigen los derechos sociales es lo que se requiere legalmente; lo que se requiere legalmente tiene que ser exigible judicialmente; lo que es exigible judicialmente es la norma mínima, de lo contrario se violan los principios opuestos. Por lo tanto, lo que exigen los derechos sociales es una disposición mínima. Los derechos sociales se convierten en derechos a disposiciones mínimas no por un argumento sustantivo sobre su verdadero contenido político, sino sólo porque es necesario que sean exigibles judicialmente.

¿Utopía de los derechos sociales?

El hecho de que la neutralización de los derechos sociales surja del lado progresista es ilustrativo de nuestra situación política actual. Hoy, en efecto, los derechos sociales como desafíos al neoliberalismo son considerados utópicos. Ciertamente, pueden funcionar como ideales, como armas simbólicas y como dispositivos de movilización, y las teleologías de "historia al otro lado", como la de Marshall, pueden ayudar a formar valores, crear convicciones y crear apoyo público. Pero los derechos sociales como desafíos no serían

...derechos sociales reales. Una vez que reconocemos que el advenimiento del neoliberalismo demostró que la historia no estaba, después de todo, de nuestro lado, así que el argumento es que debemos abandonar cualquier comprensión maximalista de los derechos sociales.

Pero la comprensión de Marshall de los derechos sociales, o al menos nuestra interpretación de los mismos, no implicaba una teleología, y por lo tanto no se demostró que fuera errónea por el hecho de que la crisis del estado de bienestar fuera seguida por el neoliberalismo. Los derechos sociales como desafíos son considerados utópicos porque el neoliberalismo ha

debilitado la política. Con una democracia sin dientes, los derechos sociales como mínimo parecen ser el mejor juego de la ciudad. Su alternativa no parece ser los servicios sociales universales, sino la ausencia total de disposiciones sociales.

V. CIUDADANÍA, DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO

Autocomprensión retrospectiva

El neoliberalismo no ha demostrado que Marshall esté equivocado. O al menos no en nuestra interpretación. No tomamos su idea de oleadas de derechos, o más precisamente, de una cierta continuidad entre los derechos civiles, políticos y sociales como una propuesta de una especie de teleología (una teleología de la historia a nuestro lado).

La importancia de nuestra apropiación del argumento de Marshall se encuentra en la idea de movimiento. Un movimiento en el que no hay ni una dirección predefinida ni un punto final que lo impulse. Y es la idea de la ciudadanía lo que hace posible este movimiento. Proporciona un principio de justicia, el principio de igualdad, y un espacio -el espacio político- para reclamar la realización de dicho principio en diferentes esferas. Marshall muestra lo que es para que se desarrolle un principio de igualdad (o, lo que es lo mismo, de igual libertad), un principio que ya estaba contenido en la idea de los derechos civiles. Por eso, según Marshall, la ciudadanía civil, política y social no contiene tres principios/ideas diferentes e independientes, sino uno que cada vez se realiza más plenamente.

Marshall no articula esta realización teóricamente, sino que su objetivo es mostrar que esta es una mejor manera de entender cómo se desarrolló la ciudadanía, de hecho. El límite de mi ambición ha sido reagrupar hechos familiares en un patrón que puede hacerlos aparecer [...] bajo una nueva luz, dice Marshall al explicar cómo se construyó la ciudadanía política y posteriormente social a partir de los andamios que los derechos anteriores hicieron posibles.

La igualdad, o más precisamente, la igualdad de libertad, es lo que hace posible la ciudadanía civil, política y social. Los derechos civiles contienen una concepción formal e individual de la igualdad de libertad: la libertad significa que los individuos no tienen ninguna obligación entre sí más allá de las obligaciones que asumen mediante contratos. Los mercados modernos son los mercados institucionales marco en el que se desarrolla esta libertad. Pero las obligaciones contractuales no bastan para hacer posible la vida en común; también son necesarios algunos derechos y deberes legales. Sin embargo, ahora que la igualdad de libertad nos protege de las obligaciones impuestas, para que la ley sea legítima, debe contener la voluntad de todos. Los derechos políticos y las instituciones democráticas amplían la libertad al hacer de la libertad política un principio legítimo de derecho y, por lo tanto, un principio legítimo de poder. Pero tanto la libertad de contrato como la libertad de participar en la formación de la voluntad común siguen siendo formales, en la medida en que están garantizadas por normas jurídicas que distribuyen por igual un determinado estatuto. Sin embargo, desde el punto de vista de los derechos políticos, la libertad ya no puede entenderse como individual: el principio democrático implica una comprensión colectiva de la libertad. Los derechos sociales, a su vez, desafían la concepción formal de la libertad, asegurando las condiciones materiales para la autonomía. Si la autonomía (libertad) requiere ciertas condiciones materiales, entonces igual libertad no puede ser entendida como igual libertad formal. Más bien, debe entenderse como la garantía de la igualdad y para todas estas condiciones materiales.

El movimiento que Marshall describió permite la autocomprensión retrospectiva en lugar de un camino fijo predecible. Hoy, cuando es más fácil imaginar el fin del mundo que el fin del capitalismo, como dijo una vez Fredric Jameson, es extremadamente importante pensar en el movimiento de Marshall como un movimiento que es empujado por la resistencia a la mercantilización en lugar de ser sacado de una imagen articulable de un ideal postcapitalista. Ahora que ya no podemos describir tal ideal, lo relevante es la idea que impulsa el movimiento, controlando, hasta cierto punto, su dirección.

La tensión entre la propiedad privada y la ciudadanía

Al examinarlo más de cerca, podemos ver que el movimiento de Marshall hacia los derechos sociales contiene una tensión. Este movimiento, entonces, se describe mejor como un movimiento en constante tensión, que se traduce en una lucha permanente entre capitalismo y ciudadanía. Que Marshall vio esta tensión es evidente en su declaración: en el siglo XX la ciudadanía y el sistema de clases capitalista han estado en guerra.

Aneurin Bevan, el fundador del NHS, explicó esta tensión diciendo que la sociedad se presentaba como un escenario de fuerzas sociales en conflicto y no como un plexo de lucha individual. Estas fuerzas son principalmente tres: la propiedad privada, la pobreza y la democracia. Son fuerzas en el sentido estricto del término, pues son activas y positivas. Entre ellos no hay descanso posible. Por lo tanto, la cuestión en una democracia capitalista se resuelve en esto: o bien la pobreza utilizará la democracia para ganar la lucha contra la propiedad, o bien la propiedad, por temor a la pobreza, destruirá la democracia. La idea de Bevan se expresa mejor usando el término -ciudadanía en lugar de pobreza. Con esto en mente, el pasaje de Bevan nos da una pista si lo entendemos en el sentido de que o bien la ciudadanía usará la democracia para ganar la lucha contra la propiedad, o bien la propiedad, por miedo a la ciudadanía, destruirá la democracia.

Un segmento de la izquierda siempre pensó que "ganar la lucha contra la propiedad" significaba acabar con la propiedad privada, es decir, con la expropiación. Pero había una alternativa: atacar el poder desigual que la propiedad otorga a los propietarios. En este caso, la solución a la tensión entre ciudadanía y propiedad privada no es la expropiación, sino los derechos sociales.

Una de las principales formas en que se despliega el desigual poder derivado de la propiedad privada es en el mercado, porque el mercado es un espacio en el que se espera que cada agente utilice el poder que posea en su propio beneficio. Los derechos sociales como desafío al neoliberalismo ofrecen una solución a la tensión entre la ciudadanía y la propiedad privada mediante la desmodificación de las esferas de la vida, de modo que en estas esferas el poder desigual de la propiedad privada ya no implicará desigualdad. Ya hemos visto que Marshall entendía el objetivo de los derechos sociales como "un divorcio progresivo entre los ingresos reales y los ingresos monetarios". Esto es, por supuesto, explícito en los principales servicios sociales, como la sanidad y la educación, que ofrecen prestaciones en especie sin ningún pago ad hoc (...) Las ventajas que se obtienen al tener una mayor renta monetaria no desaparecen, sino que se limitan a una zona de consumo limitada. En pocas palabras, la oposición entre el principio de igualdad que contiene la ciudadanía y el poder desigual de la propiedad privada (de los "ingresos monetarios") no se enfrenta a través de la abolición de la propiedad privada,

sino a través de formas de desmodificación de algunas esferas de la vida común, de modo que la distribución desigual de la propiedad privada no se manifiesta en estas esferas.

Las desigualdades no desaparecen, sino que se limitan a un área de consumo limitada.

Es importante señalar aquí que la cuestión que nos ocupa no es la igualdad estricta, sino el poder desigual que otorga la propiedad. La expansión de los mercados es una medida de esa desigualdad. Los derechos sociales desafían esa desigualdad al crear esferas desmodificadas. Así, aunque los derechos sociales no abolen los mercados de trabajo asalariados, ya que se expanden y son capaces de contrarrestar, hasta cierto punto, no sólo el neoliberalismo, sino también el capitalismo (véase el debate actual sobre la renta básica universal).

En resumen, los derechos sociales como desafíos apuntan a crear esferas de igualdad a través del ejercicio del poder político contra el poder social de la propiedad privada.

Neoliberalismo contra la democracia: lo que le queda a la izquierda

Vimos que el movimiento hacia los derechos sociales se basa en una tensión, en una lucha entre fuerzas sociales en conflicto. Así, la ciudadanía no es sólo una idea igualitaria, sino también un agente (la ciudadanía) que lucha por la realización de esta idea. Asimismo, la propiedad privada y más específicamente el capital es también un agente que lucha por sus propios intereses.

Bevan dijo que esta tensión se resuelve, en el lado del capital, destruyendo la democracia (la propiedad, por temor a la pobreza, destruirá la democracia). Pero destruir la democracia podría significar destruirla por medio de la violencia (como en Chile en 1973) o debilitarla hasta que se vuelva impotente frente al capital. Hoy en día es difícil negar que esta última posibilidad es la elegida por el capital. Como explica Wolfgang Streeck, a principios de los años setenta, el capital comenzó a intentar liberarse de las "cadenas" impuestas después de la Segunda Guerra Mundial por los ciudadanos a través de la democracia. Lo que llama la atención es que, como señala Streeck, "no fueron las masas las que rechazaron la lealtad al capitalismo de la posguerra y, por lo tanto, le pusieron fin, sino el capital en la forma de su organización, sus organizadores y sus dueños". Sin embargo, ni siquiera los críticos del capitalismo pudieron ver que el capitalismo neoliberal estaba llegando. Según Streeck, los críticos subestimaron al capital como actor político y como poder fáctico capaz de generar estrategias para su liberación. Y también sobrevaloraron la capacidad de la democracia para contrarrestar el poder del capital. Gran parte de ese error yace, para Streeck, al haber entendido el capital como un objeto y no como un agente, como un medio de producción y no como una clase con poder e intereses.

El neoliberalismo es el capital que se impone en la lucha contra la ciudadanía. Esto implica un debilitamiento de la democracia. La progresiva reinterpretación de los derechos sociales que criticamos se explica por el hecho de que la fuerza de la democracia se ha debilitado hasta el punto de no poder prevalecer sobre el capital. Dado que no se puede oponer políticamente al capital, lo que le queda a la izquierda es una acción legal centrada en los tribunales. Pero esto es como ondear una bandera blanca.

La alternativa es idear formas creativas de acción política para promover la causa de los derechos sociales. La ciudadanía social y la democracia tienen trayectorias interconectadas.

