

SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES*

José Ramón Cossío D.



José Ramón Cossío asigna a una teoría constitucional mexicana reformulada, que dé cuenta del arreglo institucional expresado en el texto de la Constitución, y no a narrativas constitucionalistas tradicionales, ya sea de corte normativista o extrajurídico, la función de fundamentar la verdadera eficacia de los derechos sociales y la legitimidad del poder público.

Visto con atención, aquello que solemos llamar el constitucionalismo no viene a ser sino un conjunto variado de relatos acerca de la forma de relacionar diversas concepciones de la política y del derecho. De un modo general, del poder, del Estado, de las relaciones de dominación; de un modo más específico, de la democracia, la posición de los individuos frente al Estado, la división de poderes o el valor de la norma jurídica. Existiendo ciertos elementos constantes, cada versión del constitucionalismo viene a ser una propuesta de comprensión integral de diversas partes a efecto de componer un todo.

*Texto originalmente publicado en *Este país. Tendencias y opiniones*, Número 137, agosto 2002, y reproducido aquí con el consentimiento del autor.

Así, en algunas versiones, el tema del liberalismo destaca sobre los restantes, al punto que sobre los derechos de libertad, por ejemplo, se articula todo el discurso constitucional; en otros casos, sin embargo, son los temas de la democracia los que imperan, de forma tal que se da una reducción de las propias cuestiones liberales o sociales. Al no existir un punto de vista único o un parámetro frente al cual contrastar la validez última de las diversas propuestas, lo que al final de cuentas tenemos es la competencia entre las distintas propuestas a efecto de hacer aparecer sus consideraciones como válidas o racionales y, lo que aquí es más importante, como legítimo en el ejercicio político que a partir de ellas se realiza o debiera realizarse. Esta competencia se lleva a cabo, primeramente, a partir de diversas propuestas académicas; posteriormente, a partir de su realización positiva mediante los actos concretos de los titulares de diversos órganos del Estado. Lo que empieza siendo una concepción teórica planteada desde la filosofía política, la teoría o el derecho constitucionales tiene, desde su origen, la intención de ser el criterio de decisión de una multiplicidad de asuntos estatales. Sin embargo, y como salvo en los regímenes caracterizados por el autoritarismo no resulta posible llevar a cabo la imposición de una sola comprensión del derecho (mucho menos hablar de constitucionalismo), se presenta una importante competencia entre visiones o concepciones, lo cual implica y permite, justamente, la disputa entre diversos discursos.

Uno de los temas más complejos dentro de las discusiones del constitucionalismo tiene que ver con el entendimiento e inserción de los derechos sociales, también llamados económicos, sociales y culturales. Sobre este tema existe una variedad muy grande de problemas que van desde la consideración de su génesis, su fundamento, la manera de relacionarse con diversas filosofías políticas, su contenido y sus posibilidades de ejercicio, entre otros. Casi cualquiera de estos aspectos, o de muchos otros que podríamos mencionar aquí, plantean una diversidad de cuestiones que llevarían a elegir distintas formas de solución. De este modo, si se ve el total de posibilidades de elección en su conjunto, y se admite también que el resultado final dependerá de las combinaciones que se hagan, estamos en posibilidad de entender lo complejo de la materia con la cual nos enfrentamos. Por ejemplo, es muy distinto entender que los derechos sociales son constitutivos de la condición humana, y ésta debe determinar las condiciones del derecho, que suponer como sólo una modalidad complementaria del bienestar de la persona y, por lo mismo, un elemento más o menos accidental en los órdenes jurídicos. Si se partiera del

primer supuesto, o se aceptara con todos sus alcances una teoría de las necesidades, es evidente que no habría grandes dificultades para asumir que los derechos sociales debieran tener un cumplimiento cabal como el que, por ejemplo, se da con los derechos de libertad; por el contrario, si tales derechos se estiman como accidentales o, bajo cualquier criterio “menores”, es evidente que habría buenos argumentos para sostener su falta de eficacia directa en los tribunales.

El problema con los derechos sociales es que, comúnmente, se insertan en la discusión sin considerar muchos de los problemas que acabamos de mencionar. Así, y desde posiciones bastante ideologizadas, comienzan a discutirse las razones por las cuales los derechos sociales debieran o no cumplir con ciertas funciones en los órdenes jurídicos y, de ese modo, dejan de apreciarse las razones dadas por los contrincentes para sostener la posición contraria. Igualmente, al discutirse este tipo de derechos, se pierde de vista lo sostenido sobre las diversas posibilidades de construir la narrativa constitucionalista, de modo que existe también el gran problema de no entender que no resultará posible explicar o actualizar a los derechos sociales a partir de la discusión que se haga de sí mismos. Desde su propia interioridad no es posible entender a este tipo de derechos sino que, ante todo, será necesario trascenderlos a fin de explicitar sus condiciones de aparición, las razones de su posicionamiento frente a otros derechos, los motivos de su frecuente disminución conceptual y normativa, etc. En otras palabras, se hace preciso desarrollar la forma de inserción de los derechos sociales en diversas narrativas constitucionalistas, a efecto de llegar a su cabal entendimiento. Mientras quienes apuestan por el desenvolvimiento de los derechos sociales no sean capaces de desarrollar el discurso del que se les ha rodeado, no será posible cumplir los fines que se buscan desde ciertas posiciones.

La primera gran narración de los derechos sociales es aquella que los entiende como la adición forzosa a los derechos civiles y políticos, bien sea por una transacción con las fuerzas de la izquierda, o bien, como un aspecto complementario de la dignidad humana. Esta gran visión, todavía dominante, entiende que en los orígenes del Estado moderno, tanto desde el punto de vista del contractualismo como desde la lógica de los derechos innatos, lo verdaderamente propio de los seres humanos son sus derechos de libertad, esto es, su capacidad de actuar y decidir con independencia de lo determinado por el Estado. En este sentido, todo hombre tendría, por el sólo hecho de serlo, la capacidad de disfrutar de esos derechos, para lo cual debiera existir la correlativa limitación de las atribuciones estatales y, lo que es

más importante, la posibilidad de que el individuo afectado contara con los medios de defensa adecuados para repeler cualquier "intromisión" en esos derechos. En esta forma de presentación de los derechos individuales, la posición estatal se presenta como una mera restricción u omisión y, por ello, es posible entender que el particular tiene la posibilidad de ejercer una acción a efecto de que el correspondiente órgano del Estado se retire del espacio indebidamente ocupado o interferido. La relación entre la existencia del derecho, la intromisión y la capacidad de acción es total, al extremo de que la última se entiende como la extensión natural de la primera. Es decir, en este caso no habría la menor posibilidad de negarle al sujeto la oportunidad de ejercer una acción, sencillamente porque ello significaría, en esa visión de las cosas, que el individuo está logrando que el Estado "vuelva" a su posición debida o, lo que aquí es igual, natural. La importancia de este primer discurso es que, por una parte, toda la estructura se hace aparecer como propia o natural de las relaciones que deben existir entre los individuos y el Estado, y por otra, porque la misma se sustenta en la idea de que el Estado sólo debe abstenerse, es decir, no producir ningún tipo de acción respecto de las acciones de los individuos. La "naturalidad" de la acción estatal está a su vez sustentada en la idea de que la posición social y económica de los sujetos es previa al Estado (es una suerte de reparto natural). De forma tal que la riqueza o pobreza de cada cual es un asunto justamente preestatal. En caso de que hubiera cualquier tipo de posibilidad de nacimiento o la adquisición de la riqueza en las condiciones permitidas por el orden jurídico, se estimaría una indebida forma de intervención, sin fundamento alguno.

Dentro de este primer gran discurso, es evidente que la posición de los derechos sociales no puede ser sino una contradicción inaceptable, o en el mejor de los casos una respuesta intersticial. En el primer caso, una negociación de los supuestos mismos del Estado, en tanto permitiría que a cuento de realizar ciertas formas de igualdad o, si se quiere, paliar grandes desigualdades, tendría que introducirse un correctivo sobre las condiciones preestatales o sobre las formas de acumulación de riqueza tenidas como lícitas en una sociedad. Bajo el primer supuesto, bastante menos generalizado, se sostendría que como la esencia de las personas deriva de sus posibilidades de elección y realización en la libertad, el otorgamiento de ciertos mínimos materiales por la vía de prestaciones estatales debiera reducirse a esos mínimos. Bajo el segundo, lo relevante no sería tanto el otorgamiento de los mínimos, como si éstos lo fueran realmente, a personas con

ciertas condiciones, y tuvieran una temporalidad limitada a la asimilación de los beneficiarios a condiciones que les permitieran el pleno desarrollo de su libertad. En cualquiera de los dos casos, las posibilidades de eficacia jurídica plena, *i.e.*, la exigibilidad de los derechos sociales, buscaría ser disminuida, pues ello significaría, además de los problemas que pueden inferirse de lo dicho, el que los jueces llevaran a cabo redistribuciones de ingresos entre diversas personas a partir de los recursos fiscales aportados por todos. Esto es, no sólo habría una intervención más allá de lo definido como “natural”, sino que ello sería realizado por quienes no tienen el carácter de representantes sociales o, si quiere verse así, quienes menos cercanos se encuentran de la expresión natural de una sociedad dadas sus condiciones de conformación a partir del contrato originario.

Como es evidente, bajo esta narración del constitucionalismo, el papel de los derechos sociales se reduce enormemente, debido a las escasas funciones que cumplen en el interior de toda su lógica: lo importante para el hombre es contar con la totalidad de los elementos que le permitan su cabal desarrollo, y no suponer que éste habrá de darse mediante intervenciones estatales pues ello, además de ser peligroso en tanto puede derivar en autoritarismo, exige responder a preguntas muy concretas y complejas acerca de las formas de creación de la riqueza a distribuir, los criterios para hacerlo, los límites correspondientes, entre otros temas. Sin embargo, ¿qué pasa cuando la narración constitucional cambia, cuando no se parte de los supuestos de “naturalidad” acabados de exponer? La respuesta es que, sencillamente, se rompe el tipo de discurso constitucionalista que acabamos de exponer: si todo tipo de derechos es histórico, ¿por qué razón sólo unos de ellos deben ser admitidos y otros no? En otros términos, el que un tipo de derechos haya aparecido antes que otro, puede estar en relación con su historicidad, y el que ésta sea el factor determinante, en modo alguno impide la aparición de otros en una dinámica social y estatal. Si la condición de naturalidad cambia, cambiará también el resto de los elementos. Por ejemplo, el Estado podrá ser visto no como un factor de garantía de las condiciones preestatales, sino como un elemento para el desarrollo de diversas posiciones sociales, entre ellas las que permitan una mayor igualdad entre los hombres. El Estado no sólo debe abstenerse de actuar en ciertos ámbitos humanos, sino que, por el contrario, debe actuar de forma decidida en otros a partir del otorgamiento de mínimos materiales, pues sólo así se lograría beneficiar a quienes menos tienen. Igualmente, y debido a que la crítica se formula contra sus presupuestos, podrá ponerse

de manifiesto el engaño consistente en suponer que los derechos de libertad no cuestan por limitarse a “abstenciones” del Estado, mientras que los sociales son altamente costosos por conllevar el otorgamiento de prestaciones.

Si consideramos la situación de las dos narrativas constitucionales, es evidente que predomina la primera de las expuestas. En este sentido, los derechos sociales son sólo un complemento útil y relevante de los derechos liberales o, si se quiere, civiles y políticos. El llamado constitucionalismo social tiene, como ya se dijo, una función intersticial, de modo que sólo habrá de aparecer en los casos más complejos y extremos de pobreza o desigualdad material. Esta situación no impide, sin embargo, la generación de un discurso amplio y complejo sobre su importancia. El discurso es tan importante que termina por hacer relevante lo que no existe, y con ello oculta lo que en realidad es la inexistencia o, en el mejor de los casos, un verdadero minimalismo. La posibilidad de que, por una parte, no existan ni los instrumentos sociales y, por la otra, de que a final de cuentas no se logre la transformación de las realidades sociales, significa en último término que todo está preparado para que se siga manteniendo como exclusivo el discurso naturalista del Estado de derecho. En este sentido, la práctica observable habrá de ser sólo la relativa a lograr la limitación del Estado, pues ello es determinante, se diría, de la separación entre él mismo y la sociedad, así como el sustento último de la libertad preestatal de que todo individuo goza por el sólo hecho de serlo.

Las formas de ocultamiento del Estado social o, lo que es igual, de los derechos sociales, es variada y en algunos casos sutil. Desde el nivel más alto de expresión, ha pasado por la definición del propio Estado como social (o social y democrático de derecho), por la introducción de derechos sociales en la Constitución o la mención de éstos en las leyes. Veamos cada uno de estos elementos.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, se elaboró un discurso mediante el cual se pretendió conjugar tres elementos que a lo largo del siglo y medio anterior habían estado en disputa: el liberalismo, el socialismo y la democracia. La articulación de una nueva denominación estatal significó, es cierto, una inteligente transacción, pero también una fórmula sumamente flexible cuyo contenido, como no podía ser de otra manera, sólo podría darse a partir de los actos de individualización normativos (primordialmente de la Constitución) que le precedieran. Salvo los pocos casos de aplicación directa del enunciado, muchos de los cuales terminan reduciéndose a la aplicación *in extenso* del principio de igualdad, la fórmula ha servido como

caja negra desde la cual se construyen las más variadas soluciones constitucionales, en las cuales, finalmente, terminan teniendo supremacía los elementos liberales y luego los democráticos. Si a este nivel no se logró una actualización completa de los derechos sociales, tampoco ha sido posible en el de los enunciados constitucionales. Aquí la estrategia ha sido diversa. En algunos ordenamientos (el caso mexicano, por ejemplo), los derechos sociales se han reducido a “normas programáticas”, esto es, a ser enunciados que el legislador habrá de ir desarrollando en la medida en que ello sea factible de acuerdo con las asignaciones presupuestales existentes. En otros casos, y sin ser tan burda la construcción como en el argumento anterior, se ha negado la posibilidad de que los derechos sociales se exijan directamente ante los tribunales. Esto significa que, bajo cualquiera de las teorías que tomemos sobre la existencia de un derecho (subjetivo o reflejo), los llamados derechos sociales no son, de ninguna manera, derechos. Cualquiera de las dos modalidades mencionadas significan, a final de cuentas, que el legislador, destinatario directo de la Constitución, está autorizado para considerar o dejar de considerar las disposiciones de esta última en materia de derechos sociales, pues en realidad no existe ningún parámetro objetivo ni objetivable para saber cuándo es que éste incurrió en inobservancia.

En los casos en los que sea por la determinación constitucional o por el mandato del mismo legislador, este último determinó que fuera en la ley donde se diera el desarrollo de los derechos sociales, los problemas deben ser vistos desde una perspectiva distinta. Por una parte, desde el ángulo de que no hay desarrollos completos de esos derechos, en el sentido de que no se entra a la discusión de las condiciones redistributivas que los mismos conllevan. Así, o se lleva a cabo la identificación de un grupo social específico a efecto de asignarle prestaciones concretas, o se actúa bajo el principio de igualdad o de no discriminación, a efecto de encontrar su igualación coyuntural respecto de otros grupos o individuos. Por las condiciones estructurales de nuestro modelo de democracia competitiva, no parece ser factible encontrar el modo en el que los legisladores puedan actuar en contra de quienes no están dispuestos a introducir políticas de redistribución del ingreso a efecto de establecer el financiamiento social de los propios derechos sociales. En los tiempos que corren, ¿qué partido político puede pronunciarse por una amplia política de derechos sociales, obtener el triunfo en las elecciones, realizar sus postulados y mantenerse en el ejercicio del gobierno? Uno de los más grandes efectos de la globalización consiste en el establecimiento de criterios homogé-

neos de gobierno, mismos que determinan los flujos de inversión, las condiciones de inserción en el mercado internacional y, finalmente, las condiciones de legitimación política. Desde esta perspectiva, ¿es creíble suponer que habrá la posibilidad de que por vía legislativa o presupuestal traten de modificarse las condiciones generales de vida más allá de ciertos sectores de la población bien identificados?

Ante estos problemas estructurales, la solución al ejercicio integral de los derechos sociales ha querido verse en los jueces, especialmente en los constitucionales. En principio, la posición jerárquica de estos, el alcance de sus resoluciones y el hecho de que la Constitución (sede de los derechos sociales) es su objeto de trabajo, parece ser totalmente adecuado para su realización. Ante una situación de abierta omisión del legislador o ante el caso de un incumplimiento de lo que el juzgador estime es el contenido del derecho constitucional, parecería totalmente factible que el juez llevara a cabo la interpretación del precepto y, como consecuencia de ello, estableciera la forma de cumplimiento del derecho. Esta paradisíaca situación debe verse, sin embargo, con enorme cautela, y no incurrir en el equívoco de suponer que es tan frecuente como pareciera, o que en el futuro inmediato habrá de darse. En realidad, son pocos los casos en los que se han llegado a darse interpretaciones que, o elaborando el concepto del Estado social o desarrollando alguno de los derechos sociales, se han traducido en el otorgamiento de prestaciones materiales para los particulares. Las realizaciones que en este sentido han llegado a darse, más bien son meras aplicaciones de los principios o derechos de igualdad (a veces formal), sin que ello quiera decir que se haya entrado a discutir los problemas de la redistribución o del mejoramiento integral de las condiciones materiales. En muchos casos, se dice como ejemplo del avance del Estado social, que a ciertos enfermos de sida se les han otorgado prestaciones médicas, cuando en realidad únicamente se está diciendo que tienen derecho a recibirlas debido a que otro tipo de enfermos reciben las que les corresponde con motivo de la enfermedad que padezcan; igualmente, se menciona como ejemplo del avance de los derechos sociales, el que a un viudo se le otorgue la pensión de viudez con motivo de las cotizaciones de su cónyuge a la seguridad social, lo que no tiene más explicación que la situación de desigualdad que haya llegado a presentarse.

El engaño que se provoca en estos casos es total, y a lo único a lo que se contribuye es a mantener la idea de que van lográndose ciertos avances cuando, en realidad, seguimos estando en la situación de siempre. Es cierto que los jueces parecen ser la solución, pero siem-

pre que estos entiendan que deben discutir a partir de cierta lógica constitucional nueva, y no dejarse engañar por las posiciones de la igualdad. Desde nuestro punto de vista, esta lógica pasa por la reformulación del discurso constitucional de fondo, es decir, el de las concepciones de los elementos básicos en los que descansa la Constitución, el Estado, la sociedad y el individuo. Si el tema sigue reduciéndose a la forma en que los derechos sociales van a seguir acompañando a los políticos y sociales, es poco lo que habrá de lograrse; si el tema se entiende como la formulación abstracta de las relaciones entre tres diversos momentos estatales, a efecto de que siempre termine predominando uno de ellos, no se habrá logrado nada. Tampoco se logrará ningún efecto, si la crítica a la forma de comprensión y a la aplicación de los derechos sociales se realiza sólo desde posiciones extrajurídicas, como las que podrían provenir de ciertas corrientes políticas. La única forma de entender en plenitud los derechos sociales es partiendo de la reformulación de lo que desde hace mucho tiempo y en diversos trabajos, hemos dado en llamar nuestra teoría constitucional, reformulación que, por lo demás, exige la incorporación de una serie de "saberes", entre ellos los de la filosofía política, la teoría del derecho, o la economía. Cuando seamos capaces de explicitar los elementos constitutivos de nuestra Constitución o, lo que es igual, del arreglo político, social y jurídico presente en ella, comprenderemos que la legitimación del poder público pasa por la aceptación de los derechos sociales, y su plena realización a través de las diversas modalidades que presenta nuestra dinámica jurídica. Es decir, cuando hayamos reformulado la narrativa o el discurso constitucional del país a partir de lo dispuesto por la Constitución que nos rige, nos veremos en el dilema de aplicarla, y con ello lograr la legitimidad del poder actuante, o de desconocerla y lograr con ello la suspicacia acerca de las formas de ejercicio de ese mismo poder. En otros términos, la eficacia de los derechos sociales pasa por la interiorización del discurso, lo que previamente exige exteriorizarla a efecto de mostrar las contradicciones del discurso que trata de asignarles una posición de mero acompañamiento a los derechos civiles, o que se contenta con suponer que ciertos desarrollos del derecho de igualdad anuncian su eminente llegada.