

## LOS DERECHOS SOCIALES COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Juan Antonio CRUZ PARCERO\*

SUMARIO: I. *El problema de la definición de los derechos sociales.* II. *¿Son verdaderos derechos los “derechos sociales”?* III. *Los derechos sociales son normas.* IV. *La estructura de los derechos sociales fundamentales.* V. *La pertinencia de los derechos sociales en tiempos de crisis.* VI. *La justificación de los derechos sociales.* VII. *Los argumentos en contra de los derechos sociales.* VIII. *A modo de conclusión.*

Sería ingenuo e incluso torpe pensar que el problema de los derechos sociales es un problema jurídico exclusivamente; cuando hablamos de derechos sociales, hacemos referencia a ciertos bienes o valores (justicia, igualdad, salud, educación, etcétera), y más específicamente, a una serie de pretensiones o demandas para obtener o garantizar dichos bienes o valores que consideramos un medio para obtener aquello que llamamos “justicia social”. Jurídicamente hablando, quizá la cuestión más importante y problemática respecto a este tipo de derechos sea la de protegerlos de modo efectivo, de garantizarlos; pero ello supone, desde luego, haber acordado previamente el grado de protección que se les desea dar. Aunque es aquí donde se observan las mayores dificultades teóricas para conseguir después una protección efectiva. El hecho de que la tradición jurídica en nuestro país haya soslayado o, incluso, ocultado y evitado estas discusiones ha contribuido en gran medida a hacer obsoletos muchos de

\* Agradezco a CONACyT la financiación del proyecto I29910H, del cual este trabajo es uno de sus productos.

los preceptos constitucionales que consagran derechos sociales, por lo que un cambio de perspectiva desde el derecho contribuiría a implementar mejores y más efectivas políticas de justicia social.

Al contrario de lo que suele pensarse, la suerte de los derechos sociales en México ha sido muy desafortunada, tal y como lo muestra nuestra historia constitucional. Como bien ha puesto de relieve José Ramón Cossío en un estudio reciente, la doctrina sostuvo una concepción de la Constitución ligada a los postulados de la Revolución y las conquistas de ésta; señaló las normas de contenido social como manifestaciones de tales presupuestos para, finalmente, considerarlas un mero programa que debía realizar el Estado, llegando incluso a sostener que tales normas no eran estrictamente jurídicas, sino tan sólo “fruto de la Revolución”.<sup>1</sup> En la Constitución de 1917, la gran mayoría de las “conquistas sociales” que se introdujeron en el texto no consistieron en la imposición de deberes a los órganos del Estado (salvo la prestación de la educación gratuita del artículo 3o.), sino fundamentalmente en la imposición de limitaciones a las conductas de los particulares, tanto en materia agraria como laboral. El modelo de Estado social no imponía la obligación de conferir prestaciones materiales de carácter directo en favor de quienes menos tenían, sino que establecía limitaciones a una serie de sujetos (Iglesia, latifundistas, patrones), con el fin de lograr que éstos respetaran algunas condiciones mínimas de otros sujetos más débiles (niños, jornaleros, trabajadores). Así pues, Cossío llega a la conclusión de que por derechos sociales se entendieron aquellas normas constitucionales que fueron resultado de los postulados de la Revolución; que le confirieron atribuciones a los órganos del Estado para imponer obligaciones a cierto tipo de particulares, y que no impusieron obligaciones directas de carácter patrimonial al Estado.<sup>2</sup>

Esta caracterización de los derechos sociales fue apuntalada por los dogmáticos del derecho constitucional,<sup>3</sup> quienes, además, mantuvieron

1 Cfr. Cossío, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, UNAM-Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 295-328 (p. 296).

2 *Ibidem*, p. 309.

3 Como, por ejemplo, Campillo, José, *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, México, Jus, 1952; Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1981; Ramírez Fonseca, Francisco, *Manual de derecho constitucional*, México, Porrúa, 1967, y Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971.

que la función del Estado se limitaba al establecimiento de normas jurídicas y de órganos mediante los cuales se protegiera a los más débiles de los más fuertes, y que tales derechos no podían ser defendidos en los tribunales mediante el juicio de amparo. De este modo, la representación que se hicieron de los derechos sociales fue meramente ideológica, carente de cualquier intento de elaboración normativa, como si bastara con sostener el carácter revolucionario de estos derechos para resolver los problemas.

A partir de 1970, comenzaron a realizarse numerosas reformas en estas materias: el artículo 4o. constitucionalizó los derechos a la protección de la familia y de los menores; el derecho a la salud; el derecho a una vivienda digna, y, posteriormente, los derechos de los indígenas. El artículo 6o. consagró el derecho a la información; el artículo 27 estableció la obligación del Estado de promover el desarrollo rural integral; el artículo 28 consagró la protección del consumidor; el artículo 123 introdujo el derecho de los trabajadores a recibir vivienda, capacitación y adiestramiento (a cargo de los patrones). A partir de aquí, el papel del Estado incluyó el otorgamiento de prestaciones a la población, tales como salud, vivienda, etcétera. Aparecía el Estado de bienestar en México, el *Ogro filantrópico* al que Octavio Paz se refirió en 1979.

Las reformas constitucionales y las políticas públicas implementadas, sin embargo, no sirvieron para paliar los problemas del país, tal y como muestran los indicadores del bienestar social (en salud, educación, vivienda, empleo, salario, etcétera); el nivel de vida de los mexicanos ha venido descendiendo paulatinamente, lo mismo que han disminuido en términos porcentuales las partidas presupuestales asignadas en tales rubros.<sup>4</sup> Pero no voy a detenerme a analizar las complejas circunstancias de este fracaso.

Lo que sí haré es poner énfasis en el fracaso de nuestra tradición jurídica respecto a los derechos sociales, e insistir en que la efectividad de los mismos, su éxito, si bien no depende exclusivamente de un buen tratamiento jurídico, sí depende de que los juristas se *tomen en serio* los

4 México se ha jactado de ser un país donde el gobierno distribuye la riqueza a través del gasto social; sin embargo, incluso en el periodo de Luis Echeverría, cuando porcentualmente más recursos del presupuesto se destinaron para el gasto social, sólo se destinó un 29%, dato que contrasta con el porcentaje asignado en otros países en esa época: Gran Bretaña 40%, Suecia 47%, Francia, Italia y Australia más del 60%. Vid. Howbsbawn, Eric, "La edad de oro", en VV.AA., *Problemas de la realidad mexicana contemporánea*, México, ITAM, 1996, vol. I.

derechos sociales. En el primer apartado, me ocuparé brevemente del problema de la definición de los derechos sociales y propondré para efectos de este trabajo tomarlos como *derechos prestacionales*. En el segundo apartado, también de modo muy breve, aclararé que, cuando nos referimos a “derechos” sociales, lo hacemos en términos muy vagos y que técnicamente muy pocos lo son, aunque bien podemos mantener el uso del término en otros sentidos. En el tercer apartado sostendré, en contra de la tradición jurídica nacional, que los derechos sociales son y deben ser tomados como verdaderas normas jurídicas y como tales pueden configurarse como reglas y como principios. El cuarto apartado presenta una clasificación estructural de los derechos prestacionales a partir del enfoque de Robert Alexy, desde la cual se analizan algunos de los problemas estructurales de los derechos sociales y se critica el modo en que los derechos sociales en México han sido estructurados jurídicamente. En el quinto apartado se intenta responder al argumento en contra de los derechos sociales, que sostiene que, en tiempos de crisis, es imposible protegerlos y sostendremos que, además de pertinente, es necesario avanzar en la protección de alguna clase de *minimos* de bienestar, recursos, etcétera. En el sexto apartado se hará referencia a los argumentos que intentan justificar los derechos sociales y, finalmente, en el séptimo apartado se verán aquellos argumentos en contra de tales derechos.

## I. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los criterios que suelen utilizarse para definir los derechos sociales son tan variados como heterogéneos: dependiendo del criterio que se utilice o el elemento que quiera resaltarse obtendremos diversos listados de estos derechos. Para algunos autores, los derechos sociales son los derechos de los trabajadores o de la clase obrera; para otros son los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Algunos derechos considerados sociales, como el de huelga o la libertad sindical, presentan una configuración semejante a los derechos de libertad en el sentido en que su satisfacción se obtiene por una abstención más que por una intervención del Estado. Sin embargo, sumándonos a las opiniones de algunos juristas que se han dedicado al tema, es preferible identificar los derechos sociales con los *derechos prestacionales*, esto es, con aquellos derechos que, en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado (el

Estado principalmente), requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio;<sup>5</sup> es decir, que, cuando hablamos de ellos, hacemos referencia a bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios por desempleo, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera.<sup>6</sup> Para ser más exactos, derechos del individuo (o de grupos) *frente al Estado* a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares.<sup>7</sup> Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres, lo que genera fuertes reticencias de aquéllos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente.<sup>8</sup> Se trata pues, como hemos dicho, de un problema de redistribución.

En la historia de los derechos humanos se ha dado lo que Bobbio ha llamado proceso de *especificación*, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos ... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status* sociales”.<sup>9</sup> En este proceso, los derechos

5 Aquí se toma como criterio para definir el carácter de la obligación su carácter positivo, que consiste en un *hacer* o en un *dar* por parte del Estado. Los derechos “liberales” se contraponen a esta concepción y se dice que consisten en abstenciones u omisiones del Estado frente a los ciudadanos. *Vid.* Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pp. 9-57 (pp. 13-21); Cossío, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 174 y ss.; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Para Alexy, todo derecho a un acto positivo del Estado es un derecho prestacional, contrapartida del derecho de defensa (a acciones negativas); es decir, a omisiones por parte del Estado. Sin embargo, la escala de acciones positivas del Estado es muy amplia: desde la protección del ciudadano a través de normas del derecho penal, pasando por la creación de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero, bienes o servicios. A estos últimos Alexy los llama *derechos a prestaciones en sentido estricto*. *Cfr. ibidem*, pp. 427-431.

6 Algunos derechos considerados sociales se apartan de este esquema, ya que carecen de contenido prestacional, por ejemplo, el derecho de huelga o la libertad sindical. Así también, algunos derechos que implican prestaciones por parte del Estado no suelen calificarse como sociales, tal es el caso del derecho a la tutela judicial. Alexy habla de “derechos a protección” frente al Estado para que éste proteja al individuo frente a intervenciones de terceros. Incluso los derechos fundamentales (individuales) para ser garantizados necesitan una organización y un procedimiento, es decir, acciones positivas del Estado. *Vid.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 435 y ss.

7 *Vid. ibidem*, p. 482.

8 *Vid.* Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 92, 1998, pp. 439-456 (p. 442).

9 Bobbio, Norberto, “El tiempo de los derechos”, *Sistema*, Madrid, 1991, p. 109.

se formulan para atender carencias y requerimientos en la esfera desigual de las relaciones humanas. Prieto Sanchís ha insistido en que estos derechos se configuran como derechos de igualdad en el sentido de igualdad material o sustancial, derechos a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho, que trata de ser limitada o superada.<sup>10</sup>

## II. ¿SON VERDADEROS DERECHOS LOS “DERECHOS SOCIALES”?

Antes de continuar nuestro análisis y reflexiones sobre los llamados derechos sociales, conviene responder a la pregunta de si son verdaderos derechos subjetivos. Esta pregunta deberíamos reformularla en el sentido en que se la hace Agustín Squella:

¿Son estos derechos económicos y sociales auténticos derechos, en el sentido de contar con una tutela jurisdiccional efectiva, o se trata de simples declaraciones programáticas, no inmediatamente justiciables, esto es, de orientaciones dadas meramente para guiar el contenido de la legislación que votan los parlamentos y el sentido o dirección que deben tener las políticas públicas impulsadas por los gobiernos?<sup>11</sup>

La respuesta a esta pregunta será que muy pocos de los llamados derecho sociales son derechos en este sentido y que la mayoría caería en lo que suelen denominarse normas programáticas. El concepto de derecho subjetivo es sumamente controvertido; la perspectiva desde la que Squella formula su pregunta es semejante a la de Kelsen, quien identificó el derecho subjetivo en “sentido técnico” con la acción o facultad del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa. Sin embargo, tal y como lo mostró Hohfeld, el término “derecho” suele emplearse en otro tipo de situaciones jurídicas y, más aún, en todo tipo de discursos normativos como la moral.

Sin abundar en este problema, por lo que a este trabajo se refiere, utilizaré la expresión “derechos sociales”, a sabiendas de que en muchos casos no son técnicamente derechos subjetivos jurídicos, sino que podrían

10 Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, p. 17.

11 Squella, Agustín, “Democracia y derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, vol. 11, p. 518.

## LOS DERECHOS SOCIALES COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN 93

ser algún tipo de los que Hohfeld caracterizó como pretensiones (*claim*), privilegios, competencias o inmunidades e, incluso, ser derechos morales;<sup>12</sup> es decir, justificaciones éticas de algunas exigencias que los individuos o los grupos podrían tener frente a otros individuos o el gobierno, con independencia de que estén garantizadas legalmente.<sup>13</sup> Los autores que hemos visto antes prefieren hablar de “derechos prestacionales”, con lo cual estoy de acuerdo, pero aquí el término “derecho” se usa también de modo impreciso en la mayoría de los casos; por ejemplo, cuando hablamos del “derecho” al trabajo. Con el afán de ser más precisos, podríamos rechazar que en México se dijera que los desempleados tienen tal derecho, si “derecho” lo entendemos en el sentido técnico en que lo utiliza Kelsen, ya que implicaría que, para usar correctamente el término, los desempleados tuvieran a la mano una acción procesal para exigir que el gobierno o un particular les diese un empleo. Por mi parte, no soy partidario de rechazar el uso común de un término y me parece innecesario hacerlo cuando somos conscientes de cómo y cuándo usamos los términos. Además, el lenguaje de los derechos ha incorporado una serie de matices y funciones político-simbólicas que juegan un papel importante en el lenguaje jurídico, político y moral. Por ello, más que rechazar el uso de ciertas expresiones, conviene advertir y entender cómo son utilizadas en contextos distintos.

### III. LOS DERECHOS SOCIALES SON NORMAS

Contrariamente a lo que pensaban nuestros constitucionalistas, juristas de otros países insisten en que los derechos sociales son normas jurídicas que vinculan —deben vincular— a todos los poderes públicos, por lo que

12 Sobre el concepto de derecho subjetivo y sobre la distinción con los derechos morales, *vid.* Páramo, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, cit., pp. 367-394, y Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989; en especial, el capítulo primero. Para más detalles, *vid.* mi libro *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

13 Ernesto Garzón Valdés ha insistido en que ciertos deberes positivos generales están justificados por las mismas razones que los deberes negativos generales, esto es, por la protección de ciertos bienes que se consideran valiosos: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 339-360. Trasladando sus argumentos a un lenguaje de derechos, diríamos que, así como decimos que tenemos un derecho moral a no ser matados, lesionados y, en general, a no ser dañados, podríamos afirmar que tenemos un derecho moral a ser auxiliados en caso de necesitarlo; en ambos casos, las razones que justifican moralmente ambos derechos serían semejantes: asegurar la libertad, la autonomía, la dignidad, etcétera.

en principio nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional. Sin embargo, nuestro sistema jurídico, en éste y muchos otros sentidos, adolece de instituciones capaces de tomarse en serio la división de poderes y el control constitucional de los actos del Ejecutivo y, más aún, del Legislativo. Mucho se ha escrito sobre la necesidad de reformar el juicio de amparo y de crear un Tribunal Constitucional; no obstante, las reticencias siguen siendo enormes al respecto. Estos déficits en nuestro ordenamiento jurídico han contribuido, junto con nuestra doctrina tradicional, a no tomarse los derechos sociales como verdaderas normas.

¿Pero qué significado tiene insistir en que tomemos los derechos sociales como normas jurídicas? Para responder a este interrogante, haremos un breve repaso a la teoría del derecho para entender qué puede significar tal afirmación. Comencemos por distinguir dos tipos de enunciados normativos: los *deónticos* y los *no deónticos* (constitutivos).<sup>14</sup> Los enunciados deónticos, esto es, aquéllos que *prohíben*, *permiten* u *obligan* a algo suelen dividirse en *principios* o *reglas*.<sup>15</sup> Las reglas podemos dividir las en *reglas de acción* y *reglas de fin*. Ambos tipos de reglas se caracterizan por tener una estructura condicional que relaciona un caso con una solución; las reglas de acción califican normativamente una conducta (como prohibida, obligatoria, permitida), como la regla que prohíbe matar a otra persona sin una causa justificada. Las reglas de fin califican deónticamente la obtención de un cierto estado de cosas. Por ejemplo, una norma que obligue a los patrones a mantener las condiciones de higiene y seguridad en el centro de trabajo. La distinción es relevante cuando en una regla de fin se deja a su destinatario la selección de los medios

14 Dentro de las normas *no deónticas* se encuentran, por una parte, las reglas que confieren poderes, aquéllas que indican cómo proceder para producir cambios normativos y que suelen ser comparadas con las "instrucciones" acerca de cómo lograr ciertos resultados. Por ejemplo, la norma que dice cómo contraer matrimonio válidamente, que más que imponer obligaciones, prohibiciones o dar un permiso, consiste en decir que, si se realizan una serie de actos (llenar formularios, manifestar ante un juez su voluntad, etcétera), entonces se produce un resultado institucional que modifica el estatuto jurídico de los contrayentes. Por otra parte, están las reglas puramente constitutivas que son aquéllas que producen un cambio normativo sin necesidad de que se realice ninguna acción. Por ejemplo, la norma que dice que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años. *Vid.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

15 La distinción se encuentra en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, España, Planeta-De Agostini, 1993, pp. 72 y ss. En adelante, sigo a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del derecho*, pp. 7 y ss.

*causalmente idóneos* para producirlo; en este sentido, dejan un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción.<sup>16</sup>

Por su parte, los principios suelen dividirse en *principios en sentido estricto* y *directrices*. En cierto sentido, los principios también correlacionan un caso con una solución; la diferencia importante con las reglas estriba en que los principios en sentido estricto configuran de modo abierto las condiciones de aplicación, pero no la conducta calificada deónticamente. En cambio, las directrices configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito, en este sentido, se dice que son mandatos de optimización.<sup>17</sup>

Volviendo a los derechos sociales, podemos decir que tales derechos pueden configurarse como reglas (de acción o de fin), principios en sentido estricto o directrices. Veamos algunos ejemplos que nos brinda el artículo 3o. constitucional:

A. Cuando la norma prescribe que el Estado está obligado a dar educación básica gratuita a todos los mexicanos, estructuralmente este derecho se configura como una regla.

B. Todas las características o criterios que se mencionan de la educación que imparta el Estado, su carácter laico, científico, democrático, nacional, etcétera, se configuran como principios en sentido estricto.

C. Cuando se dice que “el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos ... necesarios para el desarrollo de la Nación ...”, está enunciándose una norma con una estructura de directriz que deja abiertas tanto las condiciones de aplicación como la conducta.

Teniendo en cuenta estas distinciones, podemos responder a la pregunta que nos hicimos antes, y afirmar que decir que los derechos sociales son normas significa que son reglas, principios o directrices que contemplan una acción positiva (un prestación de bienes o servicios) por parte del Estado. Tales normas pueden jugar un papel relevante en un sistema jurídico cuando la prestación que imponen al Estado es considerada fundamental y, en esa medida, formar parte de la Constitución. El que los derechos sociales sean considerados normas jurídicas fundamentales sig-

16 Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, p. 8.

17 *Ibidem*, pp. 9-10. El modo en que Atienza y Ruiz Manero caracterizan los principios en sentido estricto y las directrices difiere del modo en que lo hace R. Alexy, para quien tanto los principios como las directrices son mandatos de optimización (*vid. Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86). Sobre los detalles de esta diferencia y sobre la polémica que ha suscitado véase el libro de los dos profesores españoles: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, pp. 26-44.

nifica, como afirma Prieto Sanchís, que encarnan normas objetivas de eficiencia directa e inmediata en dos aspectos: a) como cobertura de una acción estatal que de otro modo resultaría lesiva de ciertos derechos y libertades individuales, y b) como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, que permite soluciones más acordes con el modelo de Estado social.

En consecuencia, sirven para justificar leyes ya dictadas (o actos) o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes.<sup>18</sup> Pero las funciones de este tipo de normas no queda ahí, sino que habría que agregar: c) que pueden servir (o deben servir) como medios de control de las políticas públicas y de los actos del legislativo que se separen de los fines establecidos constitucionalmente.

#### IV. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Las normas prestacionales, vistas como una técnica de protección jurídica, no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que, en general, son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Lo más característico de los derechos prestacionales es el tipo de obligación que generan. Mientras que en los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos básicamente de abstención impuestos por reglas primarias o de comportamiento; en cambio, los derechos sociales generan normas secundarias o de organización (obligaciones,<sup>19</sup> facultades o competencias) que median entre los derechos y las obligaciones. Por ejemplo, el artículo 14 constitucional protege la integridad personal y las propiedades y posesiones, e impone una prohibición general de privar de la vida, de la libertad, etcétera (*i. e.* una regla de conducta); mientras que un derecho a la salud como el consagrado en el artículo 4o. requiere un entramado de normas de organización (secundarias), que a su vez generan obligaciones en distintos sujetos (los patrones, el Estado, los trabajadores, etcétera), cuyo cumplimiento es necesario para satisfacer este derecho.

18 *Vid.* Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", p. 42.

19 En este caso, se trataría de obligaciones secundarias. La versión hartiana de la distinción entre reglas primarias y secundarias suele crear muchas confusiones; por ello, sería más conveniente entender esta distinción como entre normas que se refieren a acciones naturales, reglas primarias, y las que se refieren a acciones institucionales, sin importar que contengan también obligaciones que serían reglas de conducta secundarias respecto a las primeras. *Vid.* Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

LOS DERECHOS SOCIALES COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN 97

Robert Alexy, desde un punto de vista estructural, hace una clasificación de las normas de derechos sociales fundamentales basándose en tres criterios:<sup>20</sup>

A. Que puedan conferir derechos subjetivos o ser normas que sólo obliguen al Estado objetivamente a través de la imposición de obligaciones.<sup>21</sup>

B. Que puedan ser normas *vinculantes* (cuando puede hacerse valer ante una autoridad judicial) o *no vinculantes* (en este último sentido, serían enunciados programáticos que no vinculan a las autoridades jurisdiccionales). Vinculación jurídica implica control judicial.

C. Que puedan fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, esto es, que puedan ser reglas o principios (en sentido amplio).<sup>22</sup>

Combinados estos criterios, pueden darse ocho tipos de normas de estructura muy diferente:

1	2	3	4	5	6	7	8
vinculante	vinculante	vinculante	vinculante	no vinculante	no vinculante	no vinculante	no vinculante
derecho	derecho	obligación	obligación	derecho	derecho	obligación	obligación
definitivo	<i>prima facie</i>	definitivo	<i>prima facie</i>	definitivo	<i>prima facie</i>	definitivo	<i>prima facie</i>

La protección más fuerte la garantizan las normas vinculantes que suponen derechos subjetivos definitivos a prestaciones (1); la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un deber objetivo *prima facie* (8).

20 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 484.

21 “[L]os derechos prestacionales o, en general, los derechos sociales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo, o, si se prefiere, que su dimensión de normas que imponen deberes ofrece unos perfiles más acusados y mejor definidos que su dimensión como derechos subjetivos; justamente al contrario de lo que sucede con las libertades y con los derechos civiles”: *cfr.* Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, p. 55. Conviene advertir que en el esquema de Alexy la tutela judicial y la dimensión subjetiva de un derecho son cosas diferentes.

22 “Los deberes *prima facie* del Estado tienen, frente a los deberes definitivos, un contenido claramente excesivo. Esto no significa que no sean vinculantes. Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. Puede reconocerse que existe una diferencia fundamental entre deberes *prima facie* y deberes jurídicamente no vinculantes en el hecho de que los deberes *prima facie* tienen que ser establecidos a través de ponderaciones y, en cambio, esto no sucede en el caso de los deberes no vinculantes. Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tienen que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca”: *cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 500.

Por ejemplo, el artículo 3o. constitucional, que impone el deber del Estado de impartir educación gratuita (preescolar, primaria y secundaria), es una norma del tipo (1), porque su lesión faculta al individuo a interponer recurso de amparo (crea un derecho subjetivo) ante la autoridad judicial (es vinculante) y funciona como una regla (es definitivo). El mismo artículo 3o., fracción V, que consagra el derecho a la educación superior, se ha dicho que es del tipo (6), ya que no es vinculante, concede un derecho subjetivo pero no es definitivo sino *prima facie*, esto es, es una directriz, ya que se deja al Estado que elija los medios idóneos para su cumplimiento, lo cual depende de lo que considere prioritario para el desarrollo de la nación y de los recursos disponibles.<sup>23</sup> El derecho a la vivienda del artículo 4o. sería una norma del tipo (8), porque no es vinculante (es una norma programática) y fundamenta sólo un deber *prima facie*, es decir, está formulado como una directriz, por lo que tal deber no es definitivo.

Prieto Sanchís ha señalado dos problemas o insuficiencias de los derechos sociales: el primero consiste en que, cuando son formulados como directrices, no pueden ser invocados (y no es habitual hacerlo) como parámetro *único* para acordar la inconstitucionalidad de una ley (aunque no resulte jurídicamente imposible); las directrices, según este autor, sirven más para respaldar al legislador que para sancionarlo, ya que estos enun-

23 La interpretación de este derecho a la educación superior ha sido un tema muy controvertido. Buena parte de la doctrina se inclina por considerarlo un derecho del tipo (6), y remarcan su carácter de norma programática que no puede ser exigible judicialmente. Al respecto, *vid.* Madrazo, Jorge y Beller, Walter, "Consideraciones sobre el derecho a la educación y la educación superior en México, desde la perspectiva de los derechos humanos", *Gaceta 61*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, agosto de 1995, pp. 19-31. Estos autores consideran que hay que distinguir el derecho a la educación y el derecho a tener acceso a las instituciones de educación superior; sin embargo, su interpretación de este último como una norma del tipo (6) me parece sesgada, ya que bien podría ser interpretada de modo más fuerte; es decir, como una norma vinculante. En Alemania, el Tribunal Constitucional estableció que todo ciudadano que haya aprobado el bachillerato tenía un derecho subjetivo *prima facie* a acceder a estudios universitarios, derecho que es limitable y como dice Alexy, al comentar la tesis del Tribunal Constitucional, "la 'reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad', no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho ... En los fallos sobre el *numerus clausus*, la ponderación no conduce a un derecho definitivo de cada individuo a ser admitido en el estudio de su elección pero, en todo caso, a un derecho definitivo a un procedimiento de selección que le otorga una oportunidad suficiente ... Pero, para poder medir las regulaciones procedimentales con el derecho fundamental es indispensable partir de un derecho vinculante *prima facie*": *cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 498. Una opinión contraria en algunos aspectos a la de Madrazo y Beller puede verse en Bolaños Guerra, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, Colección Temas de hoy, núm. 16, 1996; en especial, pp. 89-101, donde se plantea un caso interesante de estudiantes rechazados por la UNAM.

ciados constitucionales resultan lo suficientemente amplios como para que casi cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria.<sup>24</sup> La segunda insuficiencia es que, a partir de las directrices, es difícil construir posiciones subjetivas de prestación no sólo como un problema procesal para que los individuos (o grupos) puedan reivindicar su cumplimiento, sino por las siguientes razones:

A. Si bien las normas constitucionales deben ser directamente invocables y aplicables en cualquier controversia jurídica, su configuración como derechos subjetivos que vinculen a la jurisdicción requiere la mediación legislativa,<sup>25</sup> es decir, de leyes reglamentarias para implementarlos. De cualquier modo, en México, pese a la falta de regulación, algunos podrían ser exigibles por vía del recurso de amparo, por estar situados dentro del título I, capítulo de I de la Constitución (De las garantías individuales), pero, por una parte, el problema que se presenta es que los abogados no suelen buscar nuevas interpretaciones, ni esforzarse mucho por presentar buenas argumentaciones y, por la otra, debido a la dependencia que el Poder Judicial ha tenido del Ejecutivo, los jueces suelen ser conservadores y no intentan sentar tesis progresistas que contraven gan los intereses de la administración.

B. El problema consiste en determinar quién debe ser (o es) el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece con perfiles difuminados, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y al Ejecutivo o si también el Poder Judicial debe gozar (o goza) de alguna competencia en esta materia. Aquí es donde aparece la principal dificultad para considerar los derechos prestacionales como auténticos derechos fundamentales susceptibles de tutela judicial.<sup>26</sup>

En resumen, tenemos dos problemas estructurales graves, que suelen configurarse como directrices y no tienen un carácter vinculante. Estas características estructurales se presentan problemáticas para la efectividad de los derechos prestacionales cuando, debido a criterios o intereses políticos, se abusa de este tipo de configuración, que deja al Legislativo y, sobre todo, al Ejecutivo un amplio margen de discrecionalidad. Por ello, habremos de insistir en la necesidad de una protección mayor cuan-

24 Prieto Sanchis, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", p. 43.

25 *Ibidem*, p. 44.

26 *Ibidem*, p. 48.

do esto sea posible. Para Alexy, por ejemplo, una pretensión a una prestación definitiva puede garantizarse definitivamente cuando el valor que está detrás de tal derecho social (la libertad real o efectiva) exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, que los principios o derechos que puedan estar en pugna sólo se vean afectados de modo reducido. Esta condición la cumplen lo que denomina “derechos sociales mínimos”, esto es, un mínimo vital (alimento y vestido), vivienda, salud y educación básicas.<sup>27</sup>

Prieto Sanchís, por su parte (en relación a la competencia del Tribunal Constitucional en España), afirma que bien podrían formularse —no de modo general y abierto, sino matizado— algunos derechos subjetivos en tres supuestos:

Primero, cuando la igualdad material<sup>28</sup> viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible, lo que supone una toma de posición constitucional que elimina toda discusión ulterior; por ejemplo, el derecho a la educación básica gratuita.<sup>29</sup>

Segundo, cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental. Éste sería el caso del derecho a defensa y asistencia de un abogado de oficio.

Tercero, cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada por una exigencia de igualdad formal. Por ejemplo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas o de bajo costo a cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría un criterio irracional, falto de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una prestación de igualdad material, en principio no exigible ante los tribunales, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador *decide* que esa pretensión está justificada, pero

27 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 485. “A estas diferencias estructurales se agregan otras de contenido. Especialmente importante es la que existe entre un contenido *mínimo* y otro *máximo*. Un programa minimalista apunta a asegurarle ‘al individuo el dominio de un espacio vital y un status social mínimos’, es decir, aquello que fue llamado ‘derechos mínimos’ y ‘derechos sociales «pequeños»’. En cambio, estamos frente a un contenido maximalista cuando se habla de una ‘realización plena’ de los derechos fundamentales o cuando el derecho a la educación es caracterizado como ‘derecho a la emancipación cultural-intelectual a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político social’ ”.

28 Hago la distinción entre igualdad formal y material o sustancial. En el primer caso, me refiero a la igualdad ante la ley, al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, posición social, etcétera. Con el segundo, quiero referirme a cierto tipo de igualdad que puede hacer referencia a la autonomía del individuo, a ciertas capacidades, al bienestar, a ciertos recursos u oportunidades.

29 Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, pp. 33-34.

“clasifica” mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho<sup>30</sup> (una sentencia que concede un derecho en este tipo de casos se denomina *sentencia aditiva*).

En México, la mayoría de los derechos prestacionales o derechos sociales están configurados —y así lo interpreta tanto la doctrina como la jurisprudencia— como directrices que persiguen fines y que dejan al Estado la elección de los medios que considere adecuados para su realización. La educación, la sanidad, el trabajo, la vivienda, el desarrollo de condiciones de vida mínima, etcétera, dependen de lo que el legislador y la administración, básicamente esta última, regulen al respecto. Al legislador le compete (artículo 73, fracciones XXIX-D y E constitucionales) expedir leyes sobre el desarrollo económico y social, para la producción de bienes y servicios públicos que requieran las necesidades del país.<sup>31</sup>

Una mirada a estas leyes nos proporciona un visión de lo complejo que es este problema. Sin embargo, una nota constante en todos estos ordenamientos es la falta de claridad en el momento de proteger los “derechos”, ya que normalmente suelen conferir deberes *prima facie* al Estado a través de normas programáticas o directrices, de modo que, por mucho que se reglamente, no encontraremos, en términos generales, una protección efectiva de tales derechos. Asimismo, el lenguaje de los derechos que se utiliza en la Constitución pierde fuerza en estos ordenamientos, en donde la protección se diluye y no se configuran como derechos subjetivos. Si a todo esto sumamos que las normas prestacionales no suelen ser vinculantes, los espacios de discrecionalidad que se le deja a la administración y al Legislativo son espacios propicios para la irracionali-

30 *Ibidem*, p. 35.

31 Entre algunas de las leyes más importantes que pretenden proteger derechos sociales están las siguientes: Ley Federal de Vivienda (1984), reglamentaria del artículo 4o. constitucional; Ley General de Salud (1984), reglamentaria del artículo 4o. constitucional; Ley Federal del Trabajo (1970), reglamentaria del apartado A, del artículo 123 constitucional; Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (1963), reglamentaria del apartado B del artículo 123 de la Constitución; Ley General de Educación (1993), reglamentaria del artículo 3o. constitucional; Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social (1986); Ley de Desarrollo Rural (1988), entre otras. En todas estas leyes se establecen y protegen prestaciones por parte del gobierno y de particulares (patrones). El reparto de los recursos financieros, siempre escasos, que se destinan a cumplir con estos deberes y objetivos del gobierno, forma parte de las facultades tanto del Ejecutivo (que propone y somete a consideración) como del Legislativo (que aprueba en definitiva el presupuesto). Al respecto, son importantes tanto la Ley de Planeación (1983) como la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (1976).

dad, la corrupción y la arbitrariedad. Así, Ferrajoli ha puesto en claro que, si bien gracias al *Welfare State* se han multiplicado las prestaciones sociales; no obstante, este desarrollo se ha producido “a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extralegales, incontroladas y ocultas de poder público y para-público”.<sup>32</sup>

El resultado de un análisis estructural de las normas de derechos sociales es que el tipo de protección que tienen, de acuerdo con la tabla que presentamos anteriormente, es generalmente la más débil (7 y 8 de la tabla de Alexy). Un buen ejemplo de lo dicho puede ser la Ley Federal de Vivienda, donde se reglamenta el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa” que consagra el artículo 4o. constitucional. Sin embargo, en esta ley, en ningún momento vuelve a referirse a este derecho; toda su regulación se hace a través de directrices dirigidas a la administración pública, y crea la mayoría de las veces amplias facultades y sólo en pocos casos algunas obligaciones determinadas.<sup>33</sup> Con este tipo de regulación, la satisfacción del derecho que consagra la Constitución depende tan sólo del arbitrio de la administración, sin ningún medio de control (o acción) por parte de los ciudadanos, ni por parte de la autoridad judicial. Esta falta de control ha ocasionado que las políticas públicas de vivienda sean hasta la fecha tan sólo un medio de cooptación y de manipulación política del partido en el poder, de sindicatos y de algunas organizaciones.

## V. LA PERTINENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS

En tiempos de crisis económica, precisamente cuando puede haber poco que distribuir, el argumento en contra de los derechos sociales pa-

32 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 863.

33 Pero, como advierte Gustavo Zagrebelsky, “no puede pretenderse la justicia y pensar en construir la sobre los derechos, rechazando los deberes. Con los derechos orientados a la justicia se ha intentado una operación de este género, pero se ha visto que se trata de una operación principalmente verbal. Quienes sólo han pensado en la constitución como ordenamiento de la justicia y no como ordenamiento de la libertad, no han invocado una Declaración de derechos, sino una Declaración de deberes constitucionales ... Digamos entonces que la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 95.

recería tener cierta relevancia cuando se dice que se vuelve imposible su cumplimiento o satisfacción. Sin embargo, justamente es en tiempos de crisis cuando parece más indispensable una protección constitucional de los individuos o grupos que tienen una posición más necesitada y vulnerable. En México, la pobreza es quizá el problema más grave hoy día y la historia reciente nos hace ser pesimistas respecto a la responsabilidad del Estado para distribuir la riqueza.<sup>34</sup> Por ello, habría que pugnar por una protección jurídica más fuerte que garantice ciertos derechos *mínimos* —un *mínimo* de bienestar, de educación básica, un *mínimo vital* para la subsistencia (alimento, vestido, vivienda), un mínimo de salud, etcétera— para los grupos más necesitados, que son más de la mitad de la población del país.<sup>35</sup> La discusión sobre las necesidades básicas o el “óptimo crítico” lleva a pensar que la determinación de ese mínimo estará empíricamente ligada al rendimiento real de las naciones y con arreglo a los patrones más recientes logrados por los grupos sociales que gozan de los niveles generales más elevados de satisfacción de necesidades básicas.<sup>36</sup>

Un ejemplo que podemos poner es la propuesta de Rawls, que, para identificar a los más desfavorecidos, recurre a la idea de *bienes primarios*, esto es, las condiciones sociales y los medios que son necesarios para capacitar a los ciudadanos para desarrollar y ejercer plenamente su autonomía y su libertad: no son sólo los bienes que son necesarios para una supervivencia biológica, sino las cosas requeridas por las personas vistas a la luz de una concepción política de las personas, como ciuda-

34 Si nos fijamos en el caso reciente del FOBAPROA, veremos que lo que sí distribuye bien el Estado son las deudas y la pobreza.

35 Los datos de la ENIGH96, según un artículo de Julio Boltvinik (*La Jornada*, 16 de octubre de 1998), son para poner los pelos de punta. Al parecer, según la encuesta mencionada, los datos arrojan que cincuenta millones novecientos mil mexicanos viven por debajo de la línea de pobreza extrema, cifra que representa el 55% de la población total (de noventa y dos millones seiscientos mil). Debajo de la línea de pobres moderados, se encuentran otros veintinueve millones doscientos mil: un 23% de la población. La suma de estas dos categorías nos da un total de setenta y dos millones de mexicanos, cuyo ingreso per cápita es menor que la línea de pobreza. Esto significó un incremento de diez millones seiscientos mil, en relación con 1994.

36 Cfr. Hierro, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM-Fontamara, núm. 9, 1998, pp. 129-171. A raíz de la firma de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (1996), se les reconoce expresamente a los indios en México el derecho a la alimentación. Este derecho no está actualmente constitucionalizado, pero la demanda de los pueblos indígenas ha puesto el tema en la mesa de debate. Obviamente, los pueblos indios exigen con urgencia que se legisle al respecto, pero parece evidente que tal derecho no puede quedar garantizado sólo para los indígenas, sino que habría que constitucionalizarlo para todos los mexicanos y, posteriormente, las leyes federales, estatales y municipales tendrían que encargarse de determinar los casos y los criterios en que el Estado debe otorgar esta prestación.

danos que son miembros plenamente cooperantes de la sociedad.<sup>37</sup> Para Rawls, los bienes primarios incluyen: a) los derechos y libertades básicos; b) la libertad de movimiento y la libre elección de ocupación; c) poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad; d) renta y riqueza, y e) las bases sociales del respeto de sí mismo.<sup>38</sup>

Según observa Liborio Hierro, los bienes primarios, en términos rawlsianos, se corresponden con derechos subjetivos fundamentales: los de los incisos a) y b) son las libertades o inmunidades que constituyen el ámbito de la libertad negativa; los del inciso c) son las libertades y pretensiones de participación política y social, activa y pasiva, que constituyen el ámbito de la libertad positiva; los del inciso d) son las pretensiones a prestaciones que aseguren las capacidades para desenvolverse y constituyen el ámbito de los derechos a la seguridad y los de carácter económico-social, y los del inciso e), al parecer, se refieren a la idea de la igualdad como derecho (en sentido dworkiniano).<sup>39</sup>

Para los “libertaristas” y otros pensadores de derecha, el papel del Estado debe ser mínimo y, si acaso, su intervención, más que redistributiva y prestacional, debe consistir en promover la creación de mercados. Este tipo de posición les lleva, por ejemplo, a sostener que en una Constitución, cuanto menor sea su contenido sustantivo, será mayor su eficiencia; es decir, pretenden dejar tan sólo reglas procedimentales (y derechos individuales) para poder implementar cualquier tipo de política económica sin que ésta pueda ser impugnada por contravenir algún tipo

37 Esta afirmación, sin embargo, no está exenta de problemas, porque la gente tiene diferentes ideas sobre las condiciones que se requieren para ser un “miembro cooperador de la sociedad” y, por tanto, sobre cuál es el mínimo en cuestión. Como apunta Liborio Hierro, “Rawls recurre al ejemplo de la enfermedad; pero si en vez de pensar en la salud/enfermedad pensamos en otras alternativas como educación básica/educación media, nivel de renta, vivienda 25m/250m, etc. necesitamos algún criterio para saber cuándo alguien se encuentra por debajo del mínimo y cuando por encima, ya que en el segundo caso cualquier desigualdad resultante de un esquema de procedimiento justo sería justa, y en el primero, el legislativo tendría que intervenir para restaurar el mínimo ... tanto la gente como el legislativo necesita de una teoría de la justicia precisamente para decidir qué está por debajo y qué está por encima del mínimo, esto es, para decidir dónde está el mínimo”. Cfr. Hierro, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, pp. 153-154. Resulta llamativo que Friedrich Hayek acepte que el Estado tenga que asegurar a sus miembros más desprotegidos un “*minimum income, or a floor below which nobody need to descend. To enter into such an insurance against extreme misfortune may well be in the interest of all; or it may be felt to be a clear moral duty of all to assist, within the organized community, those who cannot help themselves*”: *Law, Legislation and Liberty*, vol. II: *The Mirage of Social Justice*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1976, p. 87.

38 Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 190.

39 *Ibidem*, p. 159.

de contenido sustantivo (básicamente derechos sociales) de una Constitución.<sup>40</sup>

El énfasis puesto en la desregulación y en la importancia de los derechos individuales es el resultado o la respuesta constitucional a los excesos del Estado; pero, como escribe Zagrebelsky, “el énfasis en la justicia lo es al desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los [derechos de los] más fuertes sobre los [derechos de los] más débiles, tal y como afirma la ‘paradoja de la libertad’, es decir, la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión”.<sup>41</sup> Un orden libre para la minoría (en sentido de ausencia de límites a sus derechos y privilegios), pero injusto para la mayoría.<sup>42</sup> El ámbito por excelencia de la intervención estatal, pese a las objeciones minimalistas, sigue siendo el del ejercicio de los derechos económicos y sociales.

Incluso, como ha señalado Luigi Ferrajoli, la función más básica del Estado de garantizar la seguridad en la sociedad, con la que cualquier liberal por más conservador que sea está de acuerdo, sería imposible de cumplir sin la instauración de garantías jurídico-sociales de vida y supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia, lo que Marx llamaba “los focos antisociales donde nacen los crímenes”; sin la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que se nutren las subculturas criminales; sin el desarrollo de la democracia y de la transparencia de los poderes públicos y privados, cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa.<sup>43</sup> En suma, aun para aquellos que creen que el Estado sólo debe tener funciones de “vigilante nocturno”, un Estado no podría asegurar ni siquiera la seguridad de sus ciudadanos en una sociedad ampliamente desigual e injusta. Los derechos sociales son condiciones mismas del ejercicio de los derechos civiles y políticos y, por tanto, garantía de las igualdades conquistadas por el liberalismo y la democracia.

40 *Vid.*, por ejemplo, Urrutia, Juan, “Constitución y ciencia económica. Una nota a favor de la reforma constitucional”, *Claves*, núm. 20, 1992, pp. 21-26.

41 Zagrebelsky, Gustavo *El derecho dúctil*, p. 98.

42 *Ibidem*, p. 99.

43 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 343.

## VI. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los argumentos para justificar los derechos sociales son de dos tipos: los que apelan a la libertad y los que apelan a la igualdad.

Alexy, por ejemplo, sostiene que el principal argumento en favor de los derechos sociales es un argumento de libertad. Este argumento consiste en sostener que la libertad *jurídico-formal* de hacer u omitir algo carecería de todo valor sin la libertad *fáctica*, esto es, sin la posibilidad real de poder elegir lo que está permitido.<sup>44</sup> Este principio está recogido en el artículo 25 constitucional:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que ... *permita el pleno ejercicio de la libertad* y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Cierto es que para el individuo, sobre todo para el individuo más necesitado, algunos derechos fundamentales pueden tener gran valor. Sin embargo, no hay duda de que para este individuo tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídico-formales que no le sirven para nada y que, para él, se convierten en “fórmulas vacías”. Como ha observado Prieto Sanchís, la historia de los derechos humanos —y su justificación filosófica— ha escindido artificialmente el universo humano en dos dimensiones separadas, la jurídico-política y la socio-económica, la del hombre abstracto y la del individuo histórico concreto.<sup>45</sup>

Para este último autor, la justificación de los derechos sociales pasa por una justificación fuerte de la igualdad material, que entronca con los principios de dignidad y de autonomía que constituyen el fundamento de

44 Alexy, a su vez, rechaza otro argumento que aparentemente apela también a la libertad fáctica para justificar los derechos sociales. Esta tesis sostiene que, bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de personas titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales. Pero este argumento, como señala Alexy, presupone lo que debe probar, es decir, para justificar los derechos sociales con ayuda del argumento de la libertad, hay que fundamentar que la libertad asegurada por los derechos fundamentales incluye la libertad fáctica. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 488.

45 Prieto Sanchís, Luis, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, Alicante, vol. I, núms. 15-16, 1994, pp. 367-405 (p. 380).

la igualdad formal y del conjunto de derechos básicos.<sup>46</sup> Será Kant quien nos propondrá un fundamento teórico fuerte para la igualdad material: la independencia, esto es, un cierto nivel de bienestar que permita “no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro”, lo que constituye un requisito indispensable para el ejercicio de los derechos políticos, para el ejercicio de la autonomía en el ámbito colectivo. Como afirma Prieto, Kant no se equivocaba al sostener que no pueden concebirse los derechos fundamentales como efectivamente universales, “in-natos e inalienables”, sin un cierto grado de independencia —de bienestar y autonomía efectiva—.

En una dirección similar apunta Carlos Nino, para quien la autonomía se satisface a través de la provisión de recursos para que los individuos los empleen libremente en la satisfacción de sus preferencias, con lo cual se justifica que el Estado provea positivamente ciertos bienes para compensar ciertas deficiencias (tanto naturales, como de recursos). Además, me parece que Nino observó correctamente que son los mismos principios que justifican los derechos “clásicos” los que sirven de fundamento a los que denominó “nuevos” derechos humanos. “En realidad —escribe Nino—, unos y otros derechos humanos no son sino aspectos de los mismos derechos, que en un caso se satisfacen por acción y en otros por omisión”.<sup>47</sup> Existe cierta paradoja aparente, ya que, en ciertos casos, el ideal del liberalismo se satisface no mediante la expansión de los derechos clásicos, sino a través de una restricción; sin embargo, este tipo de restricciones propias, por ejemplo, de los contratos laborales, es necesaria para impedir que se supedite la autonomía de algunos a la de otros con mayor poder de negociación dadas ciertas circunstancias fácticas.

## VII. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Alexy agrupa los argumentos en contra de los derechos sociales en dos tipos: uno formal y otro material.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 380-381.

<sup>47</sup> Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 349. Nino señala que a algunos de estos derechos “nuevos” conviene verlos, más que como aspectos de los derechos clásicos, como *instrumentos* para la satisfacción de esos derechos, cosa que es totalmente cierto, pero podemos precisar que incluso algunos de esos derechos clásicos tienen también ese aspecto instrumental.

A. Uno de los argumentos formales consiste en la presunción de que los derechos sociales no son vinculantes (no son justiciables) o lo son en una medida muy reducida. Esta tesis puede apoyarse en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos sociales fundamentales es muy impreciso: ¿cuál es, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental al trabajo? Podríamos entonces cuestionarnos la capacidad de un juez para determinar su contenido. Sin embargo, esta tesis no es muy fuerte, ya que las dificultades de determinar el contenido exacto de un derecho, al igual que el problema de la imprecisión de un concepto, no es un problema exclusivo de los derechos sociales y no constituyen una rareza para la jurisprudencia.

Otro argumento formal, más interesante, es el de la competencia. Quienes defienden esta tesis argumentan que, a causa de los considerables costes financieros vinculados con el cumplimiento de los derechos sociales, si éstos fuesen vinculantes y los tribunales pudieran decidir sobre ellos, conduciría a que la política presupuestaria la determinara, en alguna medida, el Poder Judicial, cosa que iría contra lo establecido en la Constitución y con el principio de división de poderes. Por tanto, si quiere mantenerse la existencia de derechos sociales, habrá que concebirlos como normas no vinculantes, es decir, como normas no sometidas al control constitucional (normas del 5 al 8 de la tabla de Alexy).<sup>48</sup> Pero, como bien responde Alexy a esta objeción, este principio de la división de poderes (que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento) no justifica inferir la inexistencia de derechos sociales y su fuerza como principio no es ilimitada, no es un principio absoluto. Los derechos tanto individuales como sociales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En suma, todo derecho fundamental restringe la competencia del legislador, y a menudo afecta su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.<sup>49</sup>

Si consideramos un derecho social como un derecho fundamental (como, por ejemplo, la salud, que se traduce a su vez en el derecho a tener atención médica), es porque lo consideramos un elemento esencial para que el individuo pueda llevar a cabo sus planes de vida y porque, debido a esta importancia, es un bien cuya satisfacción no puede dejarse a la autorregulación del mercado. Si es así, tampoco hay una razón para

48 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 491.

49 *Ibidem*, p. 495.

que sea exclusivamente el Legislativo el único facultado y habrían buenas razones para insistir en que los tribunales deben conocer los casos en que un derecho de esta naturaleza se vea lesionado por una ley.

B. El argumento material en contra de los derechos sociales aduce que este tipo de derechos son irreconciliables o entran en colisión con derechos individuales fundamentales; sobre todo, con el derecho a la libertad. La teoría de los derechos de Nozick, por ejemplo, vería en el cobro de impuestos para redistribuirlos una injerencia injustificada que viola el derecho de las personas a disponer libremente de los bienes que poseen. La concepción de Nozick entiende que el derecho de propiedad es un derecho absoluto, “incuestionable”, que no puede restringirse, salvo en ciertos casos. Esta concepción de los derechos nos lleva a ver el problema de las políticas distributivas de un modo bastante trágico, donde cada vez que éstas interfieren de algún modo con un derecho individual lo consideramos o una violación a los derechos de los individuos o una colisión que *debe* resolverse en favor de estos últimos. Pero esta concepción sobre los derechos es equivocada, si bien una teoría de los derechos efectivamente debe inclinarse por considerar los derechos *triumfos frente al poder político*, como diría Dworkin. Ello no quiere decir que los derechos individuales tengan que verse afectados gravemente por cualquier medida distributiva que adopte el Estado y tampoco que no puedan ser “derrotados” por otras consideraciones que eventualmente tuvieran más peso.<sup>50</sup> El Estado, cuando cobra impuestos para distribuir la riqueza a través de prestaciones a los grupos más desprotegidos, evidentemente toma recursos de muchos particulares pero ello no implica lesionar sus derechos fundamentales, porque no están utilizándose como un instrumento para beneficiar a los otros y no es así porque, como afirma Nino, “yo trato a otro como un mero medio para mis propios fines *sólo* cuando mis actos hacia él implican que yo le reconozco *menos* autonomía de la que reclamo para mí”.<sup>51</sup>

50 No entraré en la discusión sobre el tipo de consideraciones que podrían prevalecer sobre los derechos individuales; sin embargo, coincido con Dworkin en que el argumento utilitarista de que se obtendrá un beneficio importante para la comunidad o para la mayoría no basta para desplazar a un derecho fundamental. Para este autor, hay sólo dos casos claros: la protección de derechos fundamentales de otras personas y algunos casos trágicos donde pretende evitarse una catástrofe. *Vid. Los derechos en serio*, pp. 285-288.

51 Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, p. 345.

### VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tradición constitucional mexicana del siglo XX, si en algún momento pretendió hacer efectivos los derechos sociales, fracasó en su intento. Obviamente, factores de diversa índole, político, económico y social, han contribuido a que los derechos sociales sigan siendo una promesa más sin cumplir. La experiencia muestra, pues, que no bastó que el Estado de bienestar ampliara indiscriminadamente el poder del aparato burocrático para disponer de recursos e implementar políticas redistributivas sin ningún tipo de control. Este tipo de doctrinas jurídicas pudo convivir pacíficamente con —y casi sin cuestionar— la falta de reglas claras, de un sistema autoritario y poco democrático, de respeto por los derechos de los ciudadanos y tantos otros vicios de nuestro sistema, todavía presentes. Desde luego, México no es el único sitio donde sucede esto; en general, los derechos sociales no han tenido demasiado éxito, salvo en muy pocos países. Lo curioso e irónico del caso mexicano es la importancia retórica y simbólica que estos derechos han tenido en el lenguaje político.

Como bien afirma Ferrajoli,

no se ha realizado ni teorizado, en suma, un estado social de derecho, es decir, caracterizado —más que por concesiones— por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de las expectativas.<sup>52</sup>

Éste sería el reto que tiene hoy la cultura jurídica del país respecto a los derechos sociales.

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 863.