

Morales, Leticia
Derechos sociales constitucionales y democracia
Marcial Pons, Madrid, 2015

Los derechos tienen una estructura conceptual clara y cumplen funciones específicas en el ordenamiento social. Debido al tipo de protección que suponen, se ha intentado, desde muchos frentes, extender esta tutela a objetos que no pertenecen a esta categoría. Quiero decir, se pretende dilatar ese amparo específico, reforzado y que implica la limitación de la libertad de otros a supuestos que, por su misma naturaleza, están excluidos. En ese subconjunto de situaciones que pretenden adecuarse de manera ilegítima al discurso de los derechos están los denominados "derechos sociales". En la medida en que estos últimos implican pretensiones distributivas de bienes y recursos, limitan lo que los individuos autónomos pueden hacer para procurárselos e imponen deberes de prestación que mutilan la libertad de disposición de ciudadanos libres e iguales. En todo caso, si de políticas de redistribución y bienestar se trata, los mecanismos para su concreción y desarrollo son las estrategias públicas legislativas y gubernamentales, no el espacio contencioso de protección coactiva judicial propio de los derechos auténticos.

Estos son, en términos muy generales, algunos de los reproches que se han dirigido contra la noción de derechos sociales y su implementación fáctica. El libro de Leticia Morales *Derechos sociales constitucionales y democracia* es, entre otras cosas, una exposición minuciosa de las razones diversas de por qué estas críticas están equivocadas y, a la vez, una defensa de su propia posición sobre el tema. La tesis que sostiene la autora es que los derechos sociales, al menos los más fundamentales, integran el conjunto de las precondiciones materiales que son necesarias para la participación política en un proceso democrático legítimo. Insiste en que muchos de los estudios dedicados a este tema, sobre todo por parte de los defensores de su estatus de derechos, optan por postular teorías de la justicia sustantivas y polémicas y restar importancia al procedimiento democrático.

Este tipo de fundamentación sustantiva pretende dar respuestas y cerrar polémicas abiertas en sociedades plurales, así como desconocer la importancia de los desacuerdos en torno a cuestiones de justicia social. La única manera razonable de reconocer el conflicto propio de las sociedades contemporáneas, respetar el estatus de agentes morales de los individuos y dar el peso específico que merece el procedimiento que permite la participación política (es decir, peso de importancia intrínseca) es defender una propuesta procedimental de la democracia. Entre las condiciones de posibilidad de este mecanismo de elección están algunos derechos sociales a que se garanticen condiciones materiales que, a su vez, permitan la participación adecuada de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

Morales defiende su tesis en varias etapas y en cada una de ellas discute con los autores que plantean posiciones contrarias a la suya y también con los que coincide parcialmente. El estilo dialéctico de la autora permite identificar las virtudes y las debilidades de los enfoques, entender cuál es el punto de la polémica y cuál su posición al respecto. El texto no se limita a hacer una reconstrucción

del debate sino que, además, dialoga con la bibliografía relevante sobre el tema y la cuestiona punto por punto.

El libro está dividido en tres partes: (i) el concepto de derechos sociales; (ii) su institucionalización; y (iii) su dimensión normativa. La primera parte explora qué son los derechos sociales y cuál es su estatus conceptual en relación con los derechos civiles y políticos, señalados por muchos como "derechos genuinos". Según la autora, los derechos sociales, al igual que los civiles y políticos, son subjetivos, fundamentales y tienen la misma estructura conceptual. La justificación más adecuada para estos es postulada por las tesis del interés o del beneficio, en tanto explican más adecuadamente el vínculo entre titulares y obligados. La segunda sección estudia las formas de institucionalización de los derechos sociales y la manera en la que distintos países adoptan modelos de tutela constitucional o a través de legislación secundaria. Morales enfatiza que, en diversos ordenamientos jurídicos, el reconocimiento de exigencias sociales es hecho a través de mecanismos como los derechos subjetivos, las directrices y las meras gracias (actuaciones voluntarias del Estado que no generan para éste obligaciones prestacionales). Del mismo modo, el control judicial del amparo efectivo de esas provisiones normativas puede ser robusto o débil, evidenciando así la extensión y variedad que pueden adoptar los mecanismos de defensa de las asistencias sociales. Finalmente, en la tercera parte rastrea diferentes opciones de fundamentación de los derechos sociales y, a partir de eso, concluye que la más adecuada para esos efectos es la defendida por la teoría procedimental de la democracia. Entiende a los derechos sociales, entonces, como precondiciones de la participación política y expone cuáles y hasta dónde pueden ser tutelados legítimamente en tanto condiciones necesarias de participación en el proceso democrático.

Esta manera de presentar los derechos sociales es generosa en la exposición de muchas de sus complejidades teóricas y prácticas. La obra de Morales, por su orden expositivo, profundidad y rigor en los planteamientos invita a un diálogo

que no termina con la finalización de la lectura. Precisamente, a algunas de estas complejidades y temas derivados del texto quisiera referirme ahora. Considero que son puntos en los cuales la discusión no está cerrada y que, por eso mismo, pueden ser un campo prolífico para la deliberación. Mis observaciones son, por un lado, de tipo interpretativo, (por lo que tal vez un conocimiento más sistemático y completo de la teoría procedimental de la democracia podría corregir mi lectura) y, por otro lado, de tipo crítico de la propuesta específica acerca de los derechos sociales fundamentales.

1. El estatus conceptual y normativo de los derechos sociales

Uno de los errores más frecuentes de los críticos de los derechos sociales, nos recuerda la autora, es invalidar su estatus de derechos (problema conceptual) con base en argumentos morales e ideológicos (problema normativo) (pág. 36). El orden adecuado de una indagación en esta materia debe ir de la precisión conceptual sobre vínculo obligacional, sujetos, objetos y relaciones normativas a los planteamientos sobre su fundamentación. En ese orden procede Morales: empieza por presentar la idea de derechos como posiciones jurídicas, para luego exponer cuáles son las condiciones que deben cumplir éstas para ser clasificadas como derechos subjetivos.

Las razones para sostener que algo es un derecho, o debería serlo, no se limitan al ámbito de la actividad estatal. También son invocadas cuando se discute sobre las exigencias que plantea la moralidad respecto de las relaciones entre sujetos y cuyo sustento es, precisamente, no una legislación concreta sino una concepción determinada de la acción correcta (págs. 56-58). En relación con las razones que permiten atribuir derechos subjetivos, moral o jurídicamente hablando, indica que de las dos teorías dominantes, la de la elección y la del interés, solo la última es adecuada para esos fines (págs. 53-56). Quisiera exponer brevemente en qué consisten estas ofertas de fundamentación de derechos, para después

señalar por qué considero que tanto la tesis de Morales sobre los desacuerdos, como la noción derivada de precondiciones materiales de la democracia, son inconsistentes con su exposición sobre qué es un derecho y cuál es su función.

Las teorías de la elección sostienen, a grandes rasgos, que el único objeto de tutela admisible por parte de los derechos es la libertad individual. En la medida en que la imposición de deberes relativos a los derechos limita esa libertad, debe reservarse para situaciones muy acotadas y respecto del interés normativamente más importante: la libertad entendida como agencia moral. La soberanía de los individuos implica un poder que los habilita para elegir libremente sobre el espacio protegido por los derechos. Este espacio debe ser respetado escrupulosamente por las otras personas pero, sobre todo, por el Estado. Hay una alta posibilidad de que una institución tan poderosa como ésta quiera ejercer poder y control absoluto sobre las personas, imponerles coactivamente ideas de lo bueno e ideales de perfección, así como derogar fáctica y normativamente el valor más importante de todos, la libertad individual. Por eso, los únicos derechos moralmente admisibles y jurídicamente legítimos son aquellos que acotan las pretensiones de dominación del Estado y de los particulares, protegen los derechos y la agencia moral de los individuos mediante derechos y solamente imponen deberes de abstención.

Las teorías del interés, por su parte, sostienen que los derechos están vinculados con algún beneficio tan importante para el titular, que hay razones suficientes para imponer a otra persona esa prestación como un deber. Ese interés a tutelar es tan significativo para quien tiene el derecho que, aunque no lo reconozca así, su vulneración le ocasionaría un daño importante. Estas teorías amplían, entonces, el espectro de los sujetos que pueden ser titulares de derechos, los que pueden serlo de deberes, los objetos de prestación, las conductas que pueden ser exigidas y los intereses que pueden dar lugar a esas relaciones normativas. La libertad como valor y como bien a proteger no ocupa el lugar dominante que

tiene en las teorías de la elección. Muchos otros bienes y valores integran el universo de lo que puede y debe ser amparado y promovido y, en ese sentido, la idea de agencia moral también está integrada por consideraciones diversas.

Ahora bien, dado el carácter normativo del discurso de los derechos me surgen varias dudas en relación con el tipo de discusión que puede darse respecto de estos y la pulcritud analítica representada, según Morales, en la distinción clara entre cuestiones conceptuales y normativas. Quiero decir, aunque pueden señalarse las características definitorias del concepto de "derecho subjetivo", de "derecho subjetivo fundamental", de "derecho subjetivo fundamental social", por poner solo algunos ejemplos, creo que el resultado de esa factorización dependerá de la teoría de fundamentación de la que se parta. Esto es, el rastreo definitorio, desde algunas teorías de la elección, del término "derecho subjetivo social fundamental", arrojará que éste es un sinsentido categorial. La conclusión se sigue de lo que esas tesis definen como derechos, qué hacen y por qué es bueno que lo hagan. De ese modo, la idea misma de desacuerdo social sobre valores, respeto de los agentes morales, derechos y conflictos entre derechos tendrán unidades de análisis muy diferentes según los presupuestos teóricos de inicio. Enfatizo esto no porque crea que la distinción entre preguntas analíticas y morales no pueda y deba hacerse, sino porque la idea de desacuerdo en las circunstancias de la política defendida por Morales, y lo que eso implica en relación con las discusiones normativas y de justicia sobre los derechos sociales como intereses tutelados, parecen inconsistentes. Me referiré a esta posible inconsistencia en el siguiente apartado de la reseña.

La autora considera que los derechos sociales son, estructuralmente, iguales a los civiles y políticos y que la mejor estrategia de fundamentación es la ofrecida por las teorías del interés. También sostiene que hay un ámbito legítimo de uso del concepto "derecho" en tanto que exigencias morales. Le parece, además, que la discusión sobre derechos sociales ha estado monopolizada y, tal vez por eso, catalogada a la fuerza como cuestión de teoría de la justicia sustantiva, ¿qué

problemas conllevan esos análisis sustantivos de resultados para la justificación de los derechos sociales?

2. Desacuerdos fundamentales y desacuerdos operacionales

Las sociedades contemporáneas se caracterizan, nos recuerda Morales, por un alto grado de conflictividad (págs. 37, 180). Los agentes morales tienen valores, principios e ideas de la justicia que chocan constantemente. Por eso, pretender imponer un catálogo de derechos (sociales, para el caso) a partir de teorías de la justicia que representan solo algunos de esos valores es no tomarse en serio la diversidad de intereses, puntos de vista y preferencias en contextos plurales. Es un imperativo moral tratar a las personas con respeto, esto es, tomar en cuenta su opinión así estén equivocadas y permitirles ser artífices de sus vidas, así no sean grandes artífices.

Los desacuerdos persistentes sobre cuestiones fundamentales discutidos por la filosofía política no agotan el universo de los desacuerdos relevantes (pág. 183). Hay otro tipo cuyo objeto son las creencias fácticas de los agentes que, bien observadas, no son en realidad desacuerdos de base sino diferencias sobre las consecuencias deseables de determinadas decisiones de política pública o de implementación de derechos (pág. 183). En suma, los desacuerdos operacionales son fácticos, no valorativos y apuntan a un conflicto resoluble en relación al cómo implementar medidas respecto de las cuales hay un consenso mínimo (presumiblemente no cimentado en principios). Por el contrario, intentar imponer una política distributiva como la mejor, con base en los argumentos derivados de las teorías de la justicia, es considerar irracionales a los agentes y a sus preferencias en relación con cuáles son las distribuciones socioeconómicas más justas (págs. 180-181).

En primer lugar, me gustaría anotar que la pluralidad de intereses y preferencias, en tanto materia de la política, no parece algo que haya que proteger como especies naturales en vía de extinción. Precisamente porque esas preferencias tienen consecuencias en términos de políticas públicas, su mera existencia no las hace normativamente vinculantes. Me explico, una cosa es la constatación de la preferencia subjetiva y otra que la soberanía de los agentes respecto de éstas, agregadas en los espacios de decisión pública, sean admisibles únicamente por ser suyas.

Precisamente, esta es una de las objeciones de las teorías del interés contra los modelos de la elección: que su idea de que la soberanía de los sujetos sobre su ámbito de libertad tutelado por derechos negativos es prácticamente absoluto, no dan cuenta ni conceptualmente ni en términos de fundamentación de cómo operan los derechos. Los intereses que dan lugar a los derechos son diversos y provienen de tradiciones ideológicas que muchas veces chocan entre sí, pero eso no los hace exclusivamente subjetivos. Muchos de esos intereses apuntan a cuestiones que no están disponibles para las personas, independientemente de sus preferencias. Por eso, ni todos los intereses se traducen en derechos, ni el problema de las distribuciones más justas de bienes (incluidos los derechos) está desterrado del discurso público en general en términos de meras preferencias subjetivas agregadas. Creo, entonces, que la noción de derechos operativa en el texto está más cerca de las teorías de la elección que de las del interés. Esta última forzaría a la propuesta de Morales a considerar temas de fundamentación moral de intereses que dan lugar a derechos, más allá de la mera manifestación de preferencias como objeto de política pública. Implicaría también plantear la cuestión de las consecuencias de la imposición mayoritaria de esas preferencias y, por su puesto, de su admisibilidad.

El agente moral soberano sería respetado si no se cuestionara, con base en argumentos normativos de justicia, sus preferencias en relación con, por ejemplo, los derechos sociales. Debatir en esos términos implicaría no respetarlo en tanto

implícitamente se le daría un trato de "ser irracional" (pág. 181). Ahora, la duda que me surge es si en realidad lo único, o lo que más importa, en las sociedades contemporáneas es el respeto de los agentes morales entendidos de esta manera tan acotada; entonces parece que no solo importan la rectitud de los procedimientos o que todos los agentes manifiesten su punto de vista y eventualmente lo traduzcan en normas del Estado, sino qué tan admisibles son los resultados de esos procedimientos. Creo que falta explicitar, en caso de que los criterios de justicia en la distribución no sean los adecuados, cuál es el aparato evaluativo para juzgar los resultados del ejercicio democrático, especialmente cuando impacta precondiciones materiales de la participación.

Ahora, esos agentes morales soberanos y con preferencias tan significativas chocan sobre valores, principios y teorías de la justicia, pero no sobre cuestiones de hecho u operacionales. O bien, si están en desacuerdo sobre ellas, llegar a un consenso sobre lo que se debe tutelar y hacer es posible sin caer en el agujero sin fin de las confrontaciones fundacionales (pág. 306). Lo que resulta extraño en relación con esta reconstrucción de los desacuerdos sociales y, en particular en qué categoría están inscritas las diferencias sobre derechos sociales, es que en su componente fundamental son desacuerdos operativos, es decir, sobre hechos. La discusión se traslada, entonces, del tipo de intereses que por su relevancia fundamentan la adscripción de derechos, y los excluyen por eso de las decisiones legislativas ordinarias, a la afirmación de un consenso, fáctico supongo, respecto de la precondiciones materiales que permiten el respeto de la agencia moral de los individuos en la arena política.

Esta manera de resolver el problema me parece poco satisfactoria. En primer término, porque no queda muy claro quiénes o cuándo o cuántos hacen parte de ese consenso. Si es un consenso hipotético acerca de los mínimos prestaciones en los que deberían coincidir las personas razonables, entonces los eventuales desacuerdos no son mera cuestión de puesta en práctica de esas prestaciones. Para dar cuenta de por qué determinado ordenamiento jurídico

protege unos intereses por sobre otros en términos de derechos, o cuáles debería tutelar si es que no lo hace, no es admisible invocar un consenso fáctico que en sociedades plurales presumiblemente no existe. Si va a apelarse al conflicto como situación relevante, normativa y fácticamente, no se vale evadirlo precisamente en relación con un punto crítico en las discusiones políticas, morales, de justicia y de legitimación democrática: los intereses fundamentales tutelados mediante derechos y, especialmente, a través de derechos sociales.

Uno puede decir que las discusiones sobre la justicia en la distribución de bienes sociales, o sobre lo justificado que resulta amparar ciertos intereses mediante relaciones jurídicas, incluyendo la libertad, la autonomía y la participación igualitaria en las decisiones públicas, no es su objeto de estudio o que se focalizará en problemas de implementación y tutela específicos. Lo que parece incorrecto es afirmar que, como los agentes morales tienen preferencias en relación con las teorías de la justicia más adecuadas, es una falta de cuestionar la admisibilidad de esas inclinaciones. Eso supone que la idea de que las preferencias son la expresión privilegiada de la libertad individual y que, por eso, la manera de respetar a los individuos libres es reconocerles un derecho igual a la manifestación de éstas en la participación política; que el procedimiento democrático mayoritario tiene valor en sí mismo; y que los resultados son legítimos independientemente de la evaluación que pueda hacerse respecto de ellos. Pero parece que todas estas ideas están apoyadas en ciertas nociones, que no se explicitan, de lo que implica normativamente ser un agente moral, cómo deben distribuirse bienes en una sociedad y por qué está bien que sea así.

Es cierto que las discusiones acerca de cuál es la teoría más adecuada sobre la justicia de distribución de bienes sociales y acerca de qué le debemos a los agentes morales están abiertas. Pero, como ocurre en todos los ámbitos de la deliberación práctica, la falta de consenso no implica que sea una cuestión de preferencia subjetiva. La idea de que la participación política como derecho ciudadano y la democracia procedimental como mecanismo de decisión pública

tienen valor en sí mismos está enmarcada en la reflexión sobre distribución de reconocimiento como bien social. Suponer un consenso (fáctico o normativo) sobre estos puntos es no tomarse en serio ni los desacuerdos, fundacionales u operativos, ni la tesis de derechos basados en intereses ni la idea de los derechos sociales fundamentales. Es, además, partir de una noción de agente moral y lo que le es debido, que no es neutra y que está bastante cerca del individuo soberano y libre que postulan de las teorías de la elección.

3. Derechos sociales y democracia procedimental

El libro define la democracia como un proceso de toma de decisiones colectivas en el que ninguno de los miembros de la comunidad política está excluido de participar. La democracia misma implica, como condición de posibilidad, ciertas exigencias en términos de derechos que suponen, por eso, restricciones a este mecanismo de toma de decisiones colectivas (págs. 235, 236). Se trata de un dispositivo que, bien entendido, se toma en serio el pluralismo y por eso no mezcla cuestiones de legitimidad del procedimiento y justicia de los resultados. Dado, entonces, su respeto por los agentes y por la pluralidad de preferencias en cuestiones de justicia, la noción de democracia adecuada para las sociedades contemporáneas es de tipo procedimental y, por exigencias internas, incorpora el derecho a la participación política (págs. 275-276).

A juicio de Morales, esta tesis clásica de la democracia procedimental es parcialmente correcta. Si bien es cierto que el derecho formal de participación política es fundamental para este tipo régimen político, por sí solo no basta para garantizar el ejercicio de esa participación. Además de considerar los aspectos formales, se requiere también tomar en consideración los aspectos materiales de acceso a ese ejercicio (pág. 276). La legitimidad del procedimiento democrático es el resultado, entonces, tanto del respeto del derecho formal de participación

política, como de la satisfacción de las necesidades materiales que son su condición de posibilidad.

Una de las conclusiones centrales del texto es que la democracia, en tanto procedimiento de toma de decisiones colectivas, está justificada en sí misma. Si esto es así, respecto de ella no habría desacuerdos fundacionales, solo de tipo operacional relativos a las precondiciones entendidas en términos de derechos sociales (págs. 284-286). Las precondiciones no están justificadas por apelación a valores o principios fundacionales externos a la lógica democrática, sino que están basadas en las exigencias procedimentales e internas. En suma, hay desacuerdos fundacionales sobre muchos asuntos, pero no sobre el derecho de participación política efectiva como condición necesaria de legitimidad del procedimiento democrático. Lo que tiene valor en sí mismo, enfatiza el texto, es el procedimiento democrático entendido en estos términos, no la justicia de los resultados. Respecto de esto último hay conflictos entre las diversas concepciones sustantivas acerca de cuáles serían las mejores consecuencias y, por eso, no deben ser retirados del debate político que es su arena natural de resolución.

Quisiera hacer solo un par de comentarios en relación con esta idea. Creo que el diagnóstico del problema es acertado: los teóricos de los derechos sociales se han enfocado en cuestiones de fundamentación y de justicia en la distribución de los bienes sociales y han descuidado el estudio de la democracia como mecanismo político de toma de decisiones colectivas y sus relaciones con la tutela de estas posiciones normativas. Los vínculos y tensiones entre estos dos temas tienen que ser objeto de reflexión y, afortunadamente, en "derechos sociales constitucionales y democracia" lo son de manera rigurosa y persuasiva.

Ahora, como ya lo señalé en relación con otros puntos, no creo que la respuesta a este vacío sea decir que la tensión es más bien aparente debido a que uno de los extremos del debate quiere imponer sus opiniones sobre resultados y justicia sustantiva. La democracia procedimental con precondiciones materiales de la

participación es una idea persuasiva pero polémica, que difícilmente puede ser calificada como objeto de consenso empírico o normativo. Tengo la impresión de que, al intentar darle un peso específico a asuntos de participación política igualitaria y democracia en los debates sobre derechos sociales, se termina de alguna manera fetichizando el procedimiento democrático y otorgándole valor en sí mismo, sin que quede muy claro qué implica eso. Según entiendo, ese movimiento argumentativo, por un lado, postularía a este mecanismo como algo que hay que conservar como cuestión fundamental de principios, independientemente de cualquier consecuencia que se siga. Al mismo tiempo parece que esta afirmación es aceptada por muchos (¿todos?) y los desacuerdos que podrían derivarse son solo operacionales. Lo que no queda claro es qué tipo de choques generarían las objeciones a la pertinencia y aceptabilidad de este tipo de modelos.

Me parece también que en el texto hay una idea de agente moral fantasma, es decir, que aunque es central para el desarrollo del argumento, no queda muy claro quién es o qué hay que hacer para respetarlo. Se postula un mecanismo procedimental con valor en sí mismo, algunas condiciones materiales internas al mecanismo con valor mediático (supongo) y agentes morales con un derecho fundamental a participar a través de las elecciones periódicas (el texto insiste en que la elección de representantes no es la única forma de involucrarse, pero no ofrece más ejemplos de otras instancias de intervención). Pero parece extraño que quien tenga valor intrínseco sea un procedimiento independientemente de las consecuencias que éste genere. Parecería que lo que tiene valor en sí mismo son los agentes morales y eso explica por qué el procedimiento democrático, los derechos fundamentales y, en especial, la provisión material mínima son formas de reconocer esa importancia.

Tal vez un análisis más dialéctico de los vínculos entre derechos sociales (en tanto provisión mínima) y democracia permitiría entender tanto los procedimientos, como los intereses fundamentales en perspectiva. Quiero decir, tanto el modelo

democrático, como los derechos sociales son instrumentos para procurar determinado nivel de vida y participación a quienes tienen valor en sí mismos. También permitiría pensar a esos agentes morales como merecedores no solo del respeto expresado en el derecho a la participación política, sino del reconocimiento y promoción de otros intereses fundamentales que, por ser tales, serían objeto de tutela mediante derechos.

Diana Beatriz González Carvallo*

* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.