

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Ángel Llamas Cascón

Universidad Carlos III de Madrid



AS tesis mantenidas en los dos trabajos, «los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto» de Gregorio Peces-Barba y «Metodología “fuzzy” y “camalones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales» de Jose Joaquim Gomes Canotilho, forman el núcleo de esta sesión. Dado que cada una de las ponencias recorre un camino bastante diferente, mi comunicación se centrará en el primero de los dos trabajos. Plantearé, con este motivo, algunos de los puntos que entiendo pueden ser relevantes para el diálogo que se ha propuesto en el seminario sobre los derechos económicos, sociales y culturales (d.e.s.c. en adelante).

La ponencia de Gregorio Peces-Barba mantiene una estructura en torno al concepto histórico, por una parte, y lo que, estrictamente, podríamos denominar como problemas en torno al concepto. Cada una de estas partes mantiene prácticamente la misma extensión. Que el ponente dedique tanta atención a la delimitación histórica, tanto como al enfoque del concepto, incluyendo den-

tro de este segundo todas las observaciones generales, la delimitación del contenido y la definición como derechos fundamentales de los d.e.s.c. no es el producto de una simetría casual. Entiendo que obedece a un esfuerzo por comprender estos derechos desde una óptica, en la que la historia no es un elemento añadido, ni el fruto de una ornamentación erudita. Lo segundo que parece relevante es que esta historia no es aséptica —ningún tratamiento histórico puede serlo—, sino que se apoya en una consideración valorativa como es la que incluye la noción de progreso. Esta noción aparece como un concepto imposible de desarrollar sin la visión diacrónica, y a la vez sirve para trazar un camino imaginario cuyo recorrido es el de la propia revisión histórica.

Asistimos a una aparente determinación, corroborada históricamente, sobre la forzosa positivación de estos instrumentos jurídicos, en los que concurren además los esfuerzos por lograr una meta, una finalidad. La carga de la historia, lejos de ser un curso de acontecimientos leídos desde una determinada subjetividad, se convierte en un argumento material que apoya al otro fundamento, el fundamento racional. El primer misterio aparece precisamente aquí, al definir los derechos económico-sociales y culturales no por lo que son sino por lo que tenían necesariamente que ser. Aquí aparecen ineludiblemente las visiones ideológicas, la lectura liberal, o mejor dicho neoliberal, y la visión socialista, en la lectura histórica. Lógicamente, si hacemos depender unos derechos de lo que tienen que ser necesariamente, la comprensión neoliberal va a condicionar los derechos que indefectiblemente va a tener en cuenta el Estado de Derecho respecto a la meta que la comprensión socialista va a exigirle al mismo Estado. Paradójicamente, si seguimos este modo de argumentar sobre la noción histórica para determinar la condición de los d.e.s.c., podemos llegar a pensar que, con los mismos datos históricos, la voluntad de una lectura liberal obtendría unos derechos esencialmente diferentes de los que ha encontrado la visión socialista. Y a ello no es ajeno el hecho de que la aproximación, de corte socialista, incorpora una idea de progreso más nítida en su análisis.

En varios de sus trabajos, al igual que en la intervención del mismo ponente en las jornadas que la Universidad de Murcia (1978) dedicó a este mismo tema, se aprecia una visión ideológica socialista que condiciona, por su comprensión de la idea de progreso en el devenir histórico, el tipo de servidumbre que debemos rendir a la justificación histórica. La primera dificultad la hallamos aquí. Y no se trata de una legítima posición ideológica que cualquier autor puede defender, máxime en materia de los d.e.s.c., que reúnen condiciones que deben ser, lógicamente, impulsadas desde convicciones, como la mantenida históricamente por la ideología socialista. No se trata de eso. La

dificultad estriba en que los que no se sitúan en ópticas que no comparten esta visión, ni sus presupuestos, no pueden seguir este esquema, toda vez que las positivaciones en el Derecho, lejos de poder ser entendidas objetivamente por sí, necesitan incluir este sentido histórico determinado dentro de su fundamentación. Los instrumentos jurídicos que parten de esta aseveración de la historia nacen ya viciados por la confusión entre una fundamentación histórica y otra racional cuando, en realidad, sólo cabe una de ellas realmente.

Tal y como entendemos esta falsa dicotomía, la historia queda realmente reducida al envoltorio de un razonamiento más. Es el resultado de apoyarse en la historia para corroborar la noción de progreso de corte socialista. Una idea que surge en el contexto de la Ilustración y que supone el sometimiento de la lectura de los acontecimientos a una voluntad de lograr determinadas metas. Los instrumentos jurídicos, el alcance de la positivación de las pretensiones de conquistas sociales y las dimensiones del Estado, que las albergaría, quedan sometidos a la voluntad derivada de esa idea de progreso. Para los que entienden la objetivación de manera no independiente del origen histórico, esto es, para los que creen que la historia en los d.e.s.c. sirve para algo más que para explicar de dónde proceden, el tiempo se convierte en una extraña razón más. No una razón neutra, sino una razón que el neoliberalismo y el socialismo, en diferente medida, procuran incluir la dimensión del Estado como agente de los d.e.s.c. Esto significa que, lejos de encontrar razones para el análisis, que deben partir de una fundamentación con sus propios presupuestos racionales, nos encontramos con un dogma como punto de partida, con una fe como premisa mayor.

El dogma se extiende hasta una consideración de la naturaleza humana. Pensar en una idea de la dignidad vinculada a una naturaleza generosa, altruista y que su amparo provoca una traducción en el Derecho de los d.e.s.c., no deja de ser otro rasgo de una fe teñida de voluntarismo. Este segundo dogma, provoca una tercera consecuencia: la idea de que la base de los d.e.s.c. descansa sobre cualidades morales de virtudes, parcialmente identificables, capaces de fundamentar futuras garantías.

Desde otro punto de vista, en la génesis histórica ratificada en esta ponencia aparece la figura del Estado, no sólo como un agente que tiene en sus manos los instrumentos para hacer efectivas las exigencias de grupos desfavorecidos, sino como un agente con cualidades propias, que son traspasadas al fundamento de los derechos que pretende poner al servicio de la comunidad. De este modo, si el Estado es tan decisivo no es porque sea tan sólo un medio, sino porque comparte características con los fines. La pregunta que más ade-

lante abordaremos es si se plantea, en el campo del Estado, el debate de hecho de las consecuencias de los d.e.s.c. El problema estriba en que el núcleo de referencias reales en los d.e.s.c. no se halla en el mismo nivel que las dos generaciones anteriores de derechos: la de los derechos individuales y civiles y la de los derechos políticos. Tan sólo aparecen aparentemente positivados con la misma estructura y el esquema técnico jurídico por imitación a los derechos, que en la evolución del Estado de Derecho se positivaron antes. La llegada al Derecho positivo de los derechos individuales se hizo bajo las exigencias técnicas de dichos derechos, en un clima social y político que se amolda a las garantías, porque dichos derechos nacen en ese ámbito. Del mismo modo ocurre con los derechos políticos, toda vez que el progresivo avance del sufragio censitario hacia el universal viene precedido de una base, que permite insertar en el Derecho lo que las exigencias sociales demandaban. El problema surge cuando se intenta hacer lo mismo con los d.e.s.c. Estos derechos, en lo que pueden tener de unitario –no olvidemos que es un conjunto con elementos plurales cuya abstracción los trata como si integraran un grupo homogéneo sin serlo realmente–, parten de la misma cultura que los derechos anteriores. Exige un ámbito de protección que requiere instrumentos que el Estado de Derecho, tal y como se plantea desde 1789, no está, no ya dispuesto –que puede estarlo–, sino capacitado para hacer.

Por ello, toda la estructura de los d.e.s.c. depende de un concierto, tanto en el denominado «sector informal» como en el «sector formal». El derecho del Estado de Derecho prepara, en su técnica jurídica, un nivel de derechos, no derechos, privilegios, deberes, potestades e inmunidades (en la terminología de Hohfeld), pensados para los derechos civiles e individuales, incluso para los políticos, pero no para los d.e.s.c., que juegan, si se me permite el símil futbolístico, en otra liga.

Las coordenadas, los ejes en donde se mueven estos derechos, dependen de los actores económicos, los niveles de decisión reales, la capacidad de decisión, con consecuencias en sectores que hipotéticamente son acreedores dentro de un derecho-prestación. La satisfacción de dichos derechos no está supeditada a las instituciones que los Códigos y las Constituciones incluyen. En el ordenamiento jurídico español se han positivado con el nivel garantístico más bajo de todos los derechos (sección segunda del capítulo II del título I en la Constitución Española de 1978) y según el artículo 53, los principios rectores de la política social y económica, en el capítulo III, poseen la menor cobertura, con la necesidad de legislación que los desarrolle y sin la posibilidad del recurso de amparo del que gozan los derechos fundamentales.

No puede ser de otra manera, porque lo que hace el Estado de Derecho es forzar su marco, lo más que puede, en esa buena voluntad sobre los esquemas dictados por una estructura propia, desde una concepción en la que realmente no encajan los d.e.s.c., en la virtual capacidad que les atribuyeron las pretensiones reales.

La dimensión internacional nos la ofrece el documento «ad hoc» de estos d.e.s.c., el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional citado sigue en paralelo toda la descripción de los fines, logros y objetivos que declara el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluidos hasta la parte I. Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prosigue desde este punto común, utilizando la denominada libertad, fundamentalmente como no-interferencia, como «libertad negativa» en la concepción de Isaiah Berlin, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se asegura que su desarrollo no puede prescindir de las limitaciones, no sólo de la ley, sino de la naturaleza de los mismos derechos. Las prioridades que cada Estado determine para justificar razones derivadas de la escasez acaba por redefinir el verdadero sentido de dichos derechos, desprovistos, por lo demás, de las más elementales garantías jurídicas.

El resto de los d.e.s.c. incluidos en el Pacto Internacional, por muy exhaustivo que sea, viene condicionado por este esquema previo. Este esquema es el de derechos, que, en su estructura jurídica, «llegan tarde» a una formulación preparada y heredada de los derechos civiles, individuales y políticos. Y esto es así, ya que los correlativos a los derechos positivados, que deberían funcionar con un deber propio del esquema que les hace generar una obligación, no funcionan porque enfrente tienen, en la mayoría de sus concreciones, no un destinatario, el Estado u otros agentes privados, sometidos a prestaciones diversas, sino tan sólo mediadores. Este esquema, pensado para los derechos típicamente liberales, definidos por Berlin a través de la idea de la libertad negativa, es imposible de reproducir en los derechos económicos, sociales y culturales. Lo mismo sucede con los conceptos destacados por la doctrina de unilateralidad, de reciprocidad, y, de manera muy clara, el concepto amplio de remitir a los derechos el concepto de su aplicación, siempre en la reserva de lo posible, derivado de la terminología alemana.

Este último concepto supone, en primer lugar, aceptar de hecho que los d.e.s.c. estén en otra órbita diferente, y, en segundo lugar, que el Derecho tiene una puerta falsa para equipararlos al resto de los derechos, sin las garantías ni la capacidad de acometida que exigiría su naturaleza. Su gradación, la

reserva subordinada a las disponibilidades económicas obliga a situar el discurso de los d.e.s.c. en un estadio previo.

Ese estadio es el de la redefinición de la estructura jurídica de los derechos, teniendo en cuenta que el Estado es, no el garante, sino como mucho, en la mayoría de los casos, un mediador, un priorizador con una mermada capacidad para adaptarse a estas exigencias.

Ello no conlleva plantear, en absoluto, necesariamente los derechos individuales y políticos como antagónicos de los d.e.s.c. La libertad de empresa, incluida por cierto en la misma sección II, es un aliado de primer orden, por poner un ejemplo, en la consecución de fines que afectan a la base de los propios d.e.s.c.

El reconocimiento de instancias tan relevantes como el individuo en el concierto social como son los valores, las necesidades humanas, los elementos culturales, la libre determinación de los pueblos (reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, además del de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y no sólo como respuesta a la situación de colonialismo), ayudarían a situarnos en un ámbito más acorde con las exigencias que pretendemos que resuelvan los d.e.s.c. Pensar que derechos como los de huelga o el de asociación, que no forman parte del núcleo «duro» de los d.e.s.c, deben funcionar bajo el esquema de derechos individuales, negando elementos comunes, significa convertirlos en figuras completamente distorsionadas respecto a las razones de su positivación. Para explicar el derecho de huelga desde el ámbito estrictamente individual, sin tener en cuenta la dimensión colectiva, hay que presumir que todos los trabajadores paran de pronto y por azar el proceso productivo, o que el derecho de asociación o el de manifestación responden a acciones unilaterales y exclusivamente individuales, con un esquema rígido en el que son «derechos de titularidad individual pero de ejercicio colectivo».

Entiendo que además de este cambio de parámetros para encarar las necesidades que buscan afrontar los d.e.s.c., imprescindibles para poder situarnos en el mismo nivel de discusión, el debate debería afrontarse desde dos perspectivas que pueden echarse en falta.

En primer lugar, un debate sobre los medios, imprescindible para obtener dichas conclusiones, que permita situarnos, si no ya en un marco ideal, al menos en unos presupuestos que hagan de los d.e.s.c. instrumentos mínimamente parecidos a los que las Constituciones occidentales y los textos internacionales proclaman.

En segundo lugar, el hecho de que toda la fundamentación debe partir, desde mi punto de vista, de un tratamiento particular de cada derecho. Este tra-



tamiento sistematizado no debe sustituir al concepto global de los d.e.s.c. De estos derechos sabemos más por lo que son en conjunto –y aún así están lejos de formar una categoría mínimamente homogénea– que por su virtualidad jurídica como derechos, capaces de generar derechos subjetivos. Digamos que su tratamiento, como género, viene a paliar la incapacidad de considerarse verdaderos derechos como especie.

El marco del debate sobre los medios aparece delimitado por una política, no juridificada, de distribución de los recursos frente a principios consagrados y juridificados como derechos subjetivos, en torno a la autonomía, la responsabilidad o la capacidad. Además, aparecen las propias incompatibilidades ante las necesidades crecientes y la escasez de medios. Las limitaciones y las paradojas que se dan en el seno del Estado social provocan que la ficción de existencia de crisis constantes no sea más que la forma de ocultar una situación estructural, en donde se constata el imposible equilibrio con unos d.e.s.c. desprovistos de la capacidad de ser mínimamente afrontados.

De este modo, necesariamente, se tiene que producir una revisión del concepto de d.e.s.c. Será difícil no reproducir el esquema de los derechos que tienen plena capacidad para generar respuestas en el sistema. Pero además, como principios, el Estado Social tampoco estaría en situación de poder hacer frente a sus diversos compromisos, que precisamente le definen como Estado Social frente a otros tipos de Estados. Esto ha afectado ya a la cultura de los d.e.s.c. Con el convencimiento, ya anticipado por economistas de todo signo, de un imposible pleno empleo, la pretensión de libre elección de trabajo, desde el derecho del trabajo, provoca una cadena de acontecimientos en el derecho a un salario adecuado, las consecuencias de la inflación, las congelaciones sociales, los derechos a la protección contra el desempleo, seguridad social, servicios sociales, etc., que son determinantes de las prestaciones sociales.

La discusión en la doctrina sobre la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales no sólo ha quedado afectada por su eficacia, sino que la disposición de las políticas económicas de los últimos treinta años, en el ámbito occidental, ha provocado que su fundamento venga determinado por decisiones que provienen de dichas políticas. No sólo por quienes como Hayek, Nozick o Buchanan, que proponen más libertades individuales básicas a ultranza, sino por quienes veían en el mínimo contenido igualitario la base de la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero quizá este extremo, como el análisis de los últimos puntos, forme parte del contenido de comunicación.