

## **Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria**

Roberto Gargarella

### Introducción

El trabajo “Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria, no hace más que reafirmar las cualidades del filósofo del derecho chileno. El escrito nos ayuda a pensar sobre un tema importante para la teoría del derecho y relevante para la práctica política, y a hacerlo en una dirección interesante. Atria nos muestra, en este caso, de qué modo los reclamos centrales que podría presentar el pensamiento republicano o socialista sobre cómo repensar la organización de la comunidad resultan desnaturalizados cuando quieren ser traducidos al lenguaje del derecho (p. 33). El ejemplo que utiliza Atria para llevar adelante su tesis es el de los derechos sociales. Él nos muestra de qué modo los derechos sociales se enraízan en la tradición republicano-socialista (republicana en el sentido que podría darle J.J.Rousseau; y socialista en su vinculación con el pensamiento de C.Marx), una tradición que valora la vida en comunidad en tanto ella “posibilita una forma de vida más propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros” (p. 17).<sup>1</sup> Según dice Atria, el discurso de los derechos sociales pudo prosperar al precio de desprenderse de aquel marco en el que nacía inserto. Socialistas y republicanos comenzaron a utilizar, entonces, el mismo lenguaje de los derechos que distinguía al discurso liberal dominante, pero que estos reservaban exclusivamente para hablar de la los derechos civiles. Dicha estrategia se habría debido al reconocimiento de que ésta era la única manera en que los liberales podían sensibilizarse frente a los reclamos de aquellos. De otro modo, “si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, los liberales podrían fácilmente haber respondido que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones

---

<sup>1</sup> Los liberales, en cambio, ven a la comunidad como “[un ámbito] cuyo valor reside...en la protección que ofrece contra la agresión de terceros.”

comunitarias no podían competir por los derechos” (p. 27).<sup>2</sup> La verdad instaurada y asumida por el liberalismo afirmaba que los derechos sólo podían -y merecían- competir con otros derechos. Cualquier enfrentamiento entre un derecho y un objetivo compartido, se nos dice, debe tener como único resultado posible el desplazamiento de los reclamos colectivos.

Ahora bien, sostiene Atria, en el mismo momento en que se acepta el convite y se pasa a discutir con el liberalismo en el terreno que éste ha escogido, los socialistas sientan las bases de su propia derrota. Y es que cuando las “ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en que [los derechos sociales] descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad” (p. 40). Finalmente, lo que ocurre es que “[e]sta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos,” en la que las relaciones entre unos y otros parecen evocar el espíritu de una “contienda” inhibiendo “cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos” (p. 54).

En lo que sigue voy a realizar una muy breve reflexión sobre el trabajo de Atria, destinada sobre todo a apoyar el mismo, fortaleciendo sus bases de sustento y extendiendo los alcances de las observaciones del autor.

### Sobre la fuerza de los derechos

Sólo para acotar los márgenes dentro de los cuales voy a moverme, quisiera dejar constancia de una cuestión sobre la que Atria no insiste y que puede amenazar o socavar parte de lo que yo mismo diga en el resto de este análisis. Y es que los derechos han mostrado tener una peculiaridad propia de otras creaciones humanas, que es la siguiente. Ellos han nacido en momentos históricos muy especiales (digamos, las revoluciones burguesas del siglo xviii), y en base a una mezcla de razones, algunas moralmente más atractivas que otras (poner una barrera a todo tipo de despotismos, tanto como custodiar una distribución desigual de la propiedad). Sin embargo, luego de dicho nacimiento, tan específicamente

---

<sup>2</sup> En este sentido, Atria cita a la Declaración francesa de los derechos del hombre cuando dice que “el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.”

localizado, los derechos han sido capaces de tomar vida propia, independizándose de muchas de las limitadas aspiraciones de sus creadores. El núcleo que les daba sentido explotó en las manos de sus impulsores, a partir de lo cual los derechos pudieron arrasar los delicados y cuidadosamente escogidos propósitos con que habían sido diseñados. Para ejemplificar lo dicho, los mismos derechos que habían sido creados primariamente, pongamos, con el objeto de custodiar la propiedad, se libraron de aquellas pretensiones originales y pasaron a ser empleados, por caso, como herramientas en un embate, más o menos exitoso, en pos de la limitación o redistribución de la propiedad. Asimismo, derechos destinados a custodiar los intereses de los más poderosos pudieron transformarse o re-conducirse para socavar aquellas pretensiones. Hoy, por ejemplo, los derechos humanos constituyen un poderosísimo instrumento en manos de los más desaventajados, que a través de los mismos pueden llegar a poner contra la pared o detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase, o a prepotentes millonarios. Dicha parcial reconversión se consiguió, fundamentalmente, gracias a la apelación universalista distintiva de aquellos derechos, y también en razón del carácter interpretativamente incierto de todos esos derechos. La tarea de interpretar qué es lo que significan, *realmente*, los derechos incorporados en la Constitución es una que excede a sus propios autores, y a la que todos -de modos muy distintos según diré- estamos en principio invitados. En definitiva, los derechos pueden tener más potencia de la que en principio podríamos tender a asignarle.

Por otra parte, la reconstrucción que ofrece Atria sobre el derrotero de los derechos sociales, o sobre la relación entre socialismo y sistema jurídico, es más simplista que sintética (aunque yo no cuente con el espacio ni con la capacidad para presentar una reconstrucción alternativa más acabada). En tal sentido, y aunque éste sea un detalle menor, disentaría con la afirmación que hace el autor, citando a Norberto Bobbio, según la cual la incorporación de los derechos sociales en un pie de igualdad con los derechos civiles debe ser considerada, en principio, “como una de las conquistas más clamorosas...de los movimientos socialistas” (p. 30). Según entiendo, la recepción constitucional de los derechos sociales no evidencia una victoria clamorosa del socialismo sino que expresa las dimensiones de su lamentable derrota. Ello así, cuando reconocemos lo que Atria nos

ayuda a reconocer, y que tiene que ver con los déficits propios de dicha incorporación constitucional. Ello así, sobre todo, cuando advertimos -como Atria nos ayuda a advertir- las muy robustas ambiciones que caracterizaron desde siempre al republicanismo-socialista, en su acercamiento al sistema institucional. Creo que tiene sentido insistir sobre estas últimas consideraciones, para (no sé si fortalecer pero sí) tratar de expandir el análisis del profesor chileno. De ello me ocuparé en la sección que sigue.

### Una concepción integrada de la vida institucional

Las corrientes republicanas y socialistas a las que Atria se refiere tendieron a acercarse a los problemas institucionales de un modo muy distinto al que hoy lo hacemos. Ellas se mostraban propensas a discutir sobre los problemas jurídico-políticos sin perder de vista la conexión de los mismos con el marco social y económico en el que tales problemas se daban, ni descuidando una necesaria reflexión sobre las cualidades de carácter propias de los sujetos que iban a actuar dentro de dicho contexto. Es decir, republicanos y socialistas no tendían a incurrir en las simplificaciones en que hoy tendemos a incurrir cuando pensamos sobre todas estas áreas como disgregadas, como escindidas entre sí, como autónomas unas de otras. Republicanos y socialistas tendían a unirse en la afirmación de un ideal común, al que aquí denominaría el ideal del autogobierno (Sandel 1998), y a partir de aquel punto de partida pasaban a examinar las bases sociales e institucionales del mismo.

El Rousseau que cita Atria al comienzo de su trabajo nos da un ejemplo significativo de esta concepción comprensiva. Su defensa de la “voluntad general” no implicaba un ingenuo compromiso mayoritarista. La misma se encontraba inserta en una reflexión más global sobre la vida social, que tenía como ingrediente central una comunidad de individuos motivados a actuar en favor del bien común. Es decir, Rousseau reconocía que el ideal de una comunidad autogobernada no podía asentarse sobre un conjunto de individuos despreocupados o políticamente apáticos, sino que, por el contrario, requería en los mismos ciertos rasgos de carácter. Pero además, tenía la lucidez suficiente como para advertir que dichas virtudes personales no surgían de la mera prédica, sino de un contexto social peculiar, marcado ante todo por el igualitarismo económico. Claramente, la igualdad económica no era defendida

como un valor en sí, sino como una necesidad -una precondición- del autogobierno compartido: en una sociedad marcada por la división en clases, los ciudadanos no iban a poder reconocer y construir una voluntad común, sino que los impulsos de unos iban a ser contradictorios con los del resto. Es así como en el esquema Rousseauiano ninguna pieza resultaba independiente del resto. Su concepción de la política se apoyaba en una cierta concepción sobre economía, y ambas requerían de -y venían a alimentar a- una ciudadanía motivada hacia el bien común.

Esta forma de razonar “integrada” no era, por supuesto, exclusiva de Rousseau, sino propia de la cosmovisión citada. Ella reconocía antecedentes importantes en el trabajo de James Harrington, por ejemplo, en donde se expresaba en libros como el famoso *Oceana*, de 1656, en donde Harrington había tratado de explicar de qué modo se podía organizar a la sociedad de forma tal de ponerla al servicio de los ideales del autogobierno. (Harrington, 1656). Así también razonaba Thomas Paine, quien combinaba sus propuestas de diseño constitucional con sus trabajos económicos (como *Agrarian Justice*) y su programa para un salario mínimo. Así también tendieron a hacerlo muchos de los llamados “socialistas utópicos,” convencidos de que, siendo los hombres productos de su sociedad, el destino de los mismos podía mejorarse reformando las bases de las sociedades en las que ellos vivían. Preocupaciones similares pueden encontrarse en los antifederalistas norteamericanos, y particularmente en figuras como Thomas Jefferson que, nuevamente, combinaron sus trabajos de reforma política con propuestas muy acabadas de reforma económica, orientadas a crear lo que Charles Lee llamaba una “Esparta igualitaria,” una sociedad simple, agraria, y libre de los efectos perniciosos del comercio.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Concepciones similares pueden encontrarse, también, en Latinoamérica, durante los años fundacionales del constitucionalismo. Así, el líder político uruguayo José Gervasio Artigas acompañó su prédica democrática con la redacción de un significativo “Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña,” en septiembre de 1815, en el que ordenaba una repartición de la tierra con criterios muy igualitarios: “los negros libres, los zambos de igual clase, los indios y los criollos pobres, todos podrán ser agraciados con suertes de estancia, si con su trabajo y hombría de bien propenden a su felicidad y a la de la Provincia” (Street, 1959). Del mismo modo, a mediados del siglo xix, muchos de los más importantes políticos mexicanos retomaron una tradición igualitaria ya bien arraigada en su país y propusieron estrechar los vínculos entre el constitucionalismo y la reforma económica. Notablemente, el presidente de la Convención Constituyente de 1857, Ponciano Arriaga, sostuvo que la Constitución debía ser “la ley de la tierra.” Refiriéndose a la “monstruosa división de la propiedad territorial, defendió la reforma de la misma como elemento necesario para la “igualdad democrática” y la “soberanía popular” (Zarco, 1957: 388-389). Resultaba obvio, para él, que el pueblo mexicano no podía ser “libre ni

## La estrategia del desacople

Todos éstos testimonios nos llaman la atención acerca de la pobreza con la que hoy nos acercamos a los problemas sociales, en nuestra ambición por tratarlos separadamente unos de otros. Obviamente, el punto no es que, en pos de la claridad o la profundidad analíticas, no tomemos los problemas de a uno, sino que en nuestra miopía terminemos perdiendo dimensión de las dificultades a las que nos enfrentemos. Así, tendemos a pensar que la realidad puede reproducir nuestras aproximaciones de laboratorio, y pasamos a operar sobre ella desconociendo el impacto de nuestras decisiones sobre otra áreas, e ignorando las resistencias que van a generarse sobre nuestros actos. El fenómeno al que se refiere Atria - una lectura de los derechos sociales ciega a “los bienes [situados] detrás” de los mismos (p. 30)- se inscribe dentro de un desacople teórico más vasto. Me refiero a la escisión que asumimos o alentamos, en nuestras reflexiones habituales, entre -digamos- política y derecho, economía y política, economía y derecho, sicología y política. Me refiero también al modo en que, dentro de cada una de dichas áreas, desvinculamos nuestras acciones presentes de nuestras acciones pasadas, ignorando el peso de las decisiones que ya hemos tomado (o que otros han tomado por nosotros) sobre nuestras iniciativas actuales.

A resultas de tales miopías, tendemos a sobre-estimar las capacidades del derecho, tanto como las capacidades de nuestras decisiones presentes. Es esta

---

republicano, y mucho menos venturoso por más que cien constituciones y millares de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad” (Zarco, 1957: 387) De modo todavía más enfático, el convencional Ignacio Ramírez defendió la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, tanto como el establecimiento de un salario de subsistencia para todos, como modo de asegurar los fundamentos de la nueva república. A él, como a otros convencionales, les preocupaba que la nueva Constitución no dijera “nada [sobre los] derechos de los niños, de los huérfanos, de los hijos naturales que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad.” “Algunos códigos antiguos -agregaba- duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo ser débil y menesteroso, y es menester que hoy tengan el mismo objeto las constituciones, para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado, el de conservar una cartera” (Helú, 1972: 92). Orientado por similares preocupaciones, el convencional Olvera presentó entonces un Proyecto de Ley Orgánica sobre la Propiedad; mientras que su par Castillo Velasco adelantó su “Voto Particular” destinado también a proponer una redistribución de la propiedad.

arrogancia la que explica los fracasos de muchas de las reformas jurídicas que se han impulsado y que terminan convirtiendo al derecho, como decía Ferdinand Lasalle, en meros pedazos de papel.

La historia de los derechos sociales ilustra bien aquello a lo que me estoy refiriendo, por lo que quisiera hacer alguna breve referencia a la misma. Cuando a partir de mediados del siglo xx, y siguiendo a Constituciones pioneras como la de México de principios de siglo, los latinoamericanos comenzamos a dictar nuevas Constituciones “sociales,” lo hicimos asumiendo la plena autonomía de estas reformas. Para decirlo en otros términos, tendimos a ignorar las complicaciones propias de este “injerto,” desconociendo las esperables resistencias que iban a generarse desde el cuerpo “injertado” -un cuerpo que no estaba preparado para recibir a aquellos derechos y que, más bien, se mostraba preparado para reaccionar contra los mismos. Obnubilados por la “parte” del derecho que nos interesaba quedamos ciegos al “todo,” ignorando la naturaleza del “animal” sobre el que se operaba. El resultado fue entonces el que conocemos, es decir, uno en el que los derechos sociales pasaron a ser desvirtuados por jueces que consideraron a los mismos derechos “no operativos” sino “meramente programáticos.” Por supuesto, no quiero desconocer los (pocos) avances que se han dado en la materia, en toda Latinoamérica, y gracias al activismo de algunos buenos abogados y organizaciones, y la buena disposición de algunos (pocos) jueces. El hecho es, sin embargo, que los derechos sociales incumplieron sus desmedidas promesas (de vivienda digna, retribución justa, participación en las ganancias de las empresas), para quedar realmente expresados en algunas tibias, pero aún así valiosas, mejoras en la situación de los grupos más desaventajados de la sociedad. En definitiva, si los derechos sociales no tuvieron mejor suerte no fue por una conspiración internacional contra ellos sino, entre otras razones, porque la propia estructura en la que fueron insertados estaba preparada para no acogerlos. Las Constituciones sobrevivientes del siglo xix eran Constituciones liberales o conservadoras hostiles a la reforma social. Ellas, aún con sus serias incapacidades, consagraron una serie de instituciones jurídico-políticas con amplia capacidad de acción. Por citar un ejemplo importante al respecto, el hecho de que la rama del poder menos democrática en su origen y más alejada del escrutinio popular -el poder judicial- tuviera a su cargo la última palabra en materia de derechos, define la muerte anunciada de los derechos sociales. Por supuesto, conviene repetirlo, en situaciones

como ésta, la cuestión no es que no haya ni pueda haber jueces probos y jueces progresistas, activistas del cambio social, sino que la estructura judicial no se encuentra bien preparada para receptorlo o impulsarlo.

No quisiera, de todos modos, que nos quedemos exclusivamente con el problema de los derechos sociales, ya que consideraciones similares a las realizadas pueden avanzarse, también, en relación con otros derechos todavía más “novedosos,” constitucionalmente hablando, como los derechos a la participación política, o los derechos colectivos, o el derecho a un medio ambiente sano. Tampoco quisiera que pongamos toda nuestra atención sobre el poder judicial, cuando las cuestiones que me interesa remarcar lo trascienden ampliamente, alcanzando también, de modo obvio, a los demás poderes de gobierno.

El ejemplo anterior nos ayuda a ver de qué modo, muchas veces, nos negamos a ver la forma en que nuestras decisiones jurídicas previas limitan a nuestras decisiones jurídicas más actuales. En el párrafo que sigue, y ya concluyendo con estas breves líneas, quisiera extender dicha reflexión para referirme a la habitual tendencia a diseñar o avanzar reformas legales con despreocupación de toda reforma económica; o a introducir normas jurídicas desentendiéndonos de la existencia o no de ciertas cualidades de carácter en la ciudadanía, indispensables para tornar posibles o estables aquellas reformas.

Para ilustrar lo dicho con un solo ejemplo, piénsese en la reciente introducción -en una mayoría de Constituciones latinoamericanas- de nuevas herramientas para la participación política (i.e., herramientas como el referéndum, los plebiscitos, la revocatoria de los mandatos). Tales medidas, plausibles sin duda desde una óptica republicano-socialista, resultaron adoptadas con indiferencia respecto del contexto jurídico-social en el que ellas se insertaban. El problema, entonces, no fue sólo que los poderes jurídicos ya instalados tendieron a socavar los alcances de las nuevas reformas (i.e., poniendo obstáculos para la regulación de aquellos nuevos derechos participativos). El problema principal fue que tales mecanismos participativos se ofrecieron a una ciudadanía a la que se había educado hasta entonces en la apatía. En efecto, podríamos decir, todo nuestro esquema institucional, las reglas jurídicas y económicas vigentes, por ejemplo, tienden a alimentar cotidianamente nuestros impulsos más egoístas, forzándonos a preocuparnos por la propia subsistencia, bajo la amenaza de dejarnos caer en el abismo de la indigencia o la plena desprotección (Cohen 2002). Nuestra estructura



institucional ha venido a cultivar la apatía política, ha fomentado el distanciamiento entre ciudadanos y representantes, ha alimentado la idea de que la política es una tarea reservada a profesionales. En lugar de servir a la virtud cívica, aquellas reglas han trabajado para socavarla. Frente a dicho contexto, la apertura de estas nuevas formas participativas aparece como una decisión necesaria pero muy insuficiente. Por supuesto, tiene mucho sentido que tales oportunidades estén abiertas, marcando a las autoridades políticas y a nuestros jueces un sentido nuevo, diferente al que ellos han tendido a seguir. Lo que se reprocha, sin embargo, es el simplismo de aquellas herramientas, avanzadas con total negligencia sobre el marco en el que se introducían, y que amenazaba con quitarles todo sentido a las mismas.

#### Aclaraciones finales

Dicho lo anterior, quisiera terminar este breve comentario con dos precisiones. En primer lugar, puede ser importante descartar una conclusión que, por alguna extraña razón, suele inferirse de consideraciones como las anteriores. Para muchos, lo dicho hasta aquí fortalece un argumento conservador en contra del reformismo social. Quienes llegan a tal conclusión interpretan las dificultades arriba descritas como una razón en contra del cambio y la ingeniería social. Se diría entonces: “evítese el cambio, ya que las estructuras institucionales ya instaladas van a conspirar contra el mismo, hasta tornarlo inocuo.” Se podría decir también, y por ejemplo, que cualquier reforma progresiva en el derecho va a encontrar su muerte en los arreglos económicos ya vigentes; o que el extender más y más la lista de los derechos sociales sólo va a quitarle respetabilidad a la Constitución, que va a transformarse entonces en letra muerta. Sin embargo, debiera resultar claro, dicha conclusión conservadora sólo puede derivarse de una premisa mayor también conservadora. En su lugar, podríamos perfectamente comenzar nuestro razonamiento de otra manera, partiendo de una premisa que nos inste a avanzar en una dirección contraria a la señalada. Si actuáramos de este modo, por ejemplo, en lugar de decir que las reformas jurídicas deberían bloquearse dados los límites que les fija la economía, podríamos afirmar que lo que debe hacerse es, por el contrario, expandir dichas reformas hasta abarcar, también, a la economía. Del mismo modo, en lugar de descartar la introducción de nuevos mecanismos

participativos, dada la ausencia de una ciudadanía cívicamente comprometida, podríamos afirmar la importancia de cultivar la virtud cívica, desafiando las reglas de la neutralidad liberal o el modelo del ciudadano pasivo promovido por el conservadurismo católico.

Finalmente, quisiera aclarar también que lo dicho no viene a afirmar que las únicas reformas sensatas son las más generales, o que la única estrategia de cambio posible es la del “todo o nada.” Más bien, entiendo que hay infinidad de cambios significativos que, razonablemente, pueden impulsarse desde ámbitos más acotados. Para decirlo por medio de otro ejemplo, piénsese en la importancia de introducir reglas que penalicen el acoso sexual, o en el valor de crear cuerpos de especialistas destinados a asistir a las mujeres golpeadas. Dichas reformas localizadas no sólo son imprescindibles sino urgentes en sociedades como las nuestras. Lo que merece atacarse, en todo caso, es la idea de que pueden resolverse problemas semejantes sin prestar simultánea atención a otras cuestiones que nos llevan más allá del derecho, tales como los roles sociales que nuestra cultura afirma día a día, o las bases económicas de las desigualdades de género. En definitiva, el punto que he procurado avanzar ha sido uno vinculado con la prepotencia o arrogancia del derecho, con nuestra común miopía que nos impide medir las dimensiones de los problemas que enfrentamos, y la radicalidad de los cambios que se nos exigen para resolverlos. Para concluir, y volviendo a Atria, diría que nuestro problema no es que estemos como el león de Wittgenstein (que si hablaba no era entendido), sino que hayamos convertido al derecho en un león herbívoro, mientras creíamos haber contribuido a su ferocidad.

### *Bibliografía*

- Cohen, G. (2002) “Por qué no el socialismo?,” en R. Gargarella y F. Ovejero, eds., *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona.
- Sayeg Helú, J. (1972), *El constitucionalismo social mexicano*, México: Cultura y Ciencia Política.
- Street, J. (1959), *Artigas and the Emancipation of Uruguay*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Zarco, F. (1957), *Historia del Congreso Constitucional de 1857*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos.