

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU REFORMA

Prof. Walter Antillón Montealegre
Universidad de Costa Rica

1. Estamos viviendo lo que se suele llamar “una ofensiva de la delincuencia”: el asalto y el crimen están presentes en la noticia cotidiana, en la anécdota personal; la estadística de asaltos y agresiones personales por número de habitantes ha crecido a tal punto que resulta alarmante tan siquiera revelarla al público: una sola banda se atribuye los últimos golpes sufridos por grandes y medianas empresas, que en total sobrepasan los quinientos millones de colones. Nos estamos acercando aceleradamente a los niveles críticos de países con largas tradiciones de inseguridad, como Colombia y Guatemala. Junto al homicidio pasional y al no deliberado, que ocurre con ocasión del asalto, empieza a ser frecuente el crimen innecesario, gratuito, y es de temer que en la cultura de la pobreza empiecen a ganar prestigio la audacia y el rigor justiciero del bandido, como contrapartida frente a lo que las clases marginadas se representan como iniquidad de la Justicia y terrorismo estatal. ¿Qué hacer? Abundan las lamentaciones acerca de la pérdida de los valores tradicionales del tico y se constituyen asociaciones para rescatarlos; llueven las propuestas de “mano dura”, que van desde el aumento de los poderes del gobierno, el aumento del número y la eficacia de los miembros de la fuerza pública y la conversión de cada casa en una fortaleza y de cada ciudadano en un pistolero, hasta la agravación de la pena de prisión, el endurecimiento del régimen carcelario, la pena de muerte y la purga clandestina de maleantes y chapulines por obra de grupos de ‘mano blanca’, escuadrones de la muerte, etc. La policía, la inteligencia y la seguridad se sienten rebasadas por la ola delincencial, hasta el punto de que altos funcionarios han recomendado que cada ciudadano busque la seguridad personal y familiar por los medios que pueda procurarse, tal como ocurría en la Edad Media, o en el legendario Oeste.

A todo esto, no crean que me equivoqué de tema; que en vez de tratar del Estado Social de Derecho estoy hablando de Criminología. No se trata de un error: estoy empezando a abordar el tema del Estado de Derecho en Costa Rica, pero con una visión que pretende ser integral, a partir de uno de los síntomas de la enfermedad que lo aqueja: la descomposición social. Porque no hay solución de continuidad entre fenómenos como el modelo estatal y el nuevo orden económico, aparentemente acépticos, y la crisis de los partidos, la penetración de la droga y el lavado del dinero sucio, la corrupción burocrática, los grandes chorizos de la clase político-empresarial, y el repunte de la delincuencia tradicional que, siguiendo el ejemplo de Batman, ha accesado la tecnología y se ha transnacionalizado.

2. La inseguridad ciudadana tiene dos caras: la de los ciudadanos de primera categoría, como la señora secuestrada, el empresario muerto por los

ladrones de vehículos, el magnate despojado en plena calle de sus chequeras, sus tarjetas de crédito y su Mercedes, y tantos otros casos, con nombres y apellidos, ocurridos en los últimos tiempos. Esa cara de la inseguridad ciudadana es ampliamente difundida por los medios, junto con graves diagnósticos y perspectivas ominosas; y es la que alarma a todos y provoca la invocación de medidas extremas, desesperadas, de defensa social.

Pero hay otra cara de la inseguridad ciudadana que, porque no golpea a uno, sino a decenas, o a cientos de miles, no tiene nombre y apellido conocidos y, en consecuencia, no se encuentra en las imágenes ni en los titulares de los noticiosos; sino que, a lo más, puede captarse entre líneas: hablo de la inseguridad creciente, inexorable, desesperada, de las clases pobres. Los pobres no son, generalmente, objeto de agresión por parte de aquella delincuencia transnacional y tecnologizada de que hablábamos; pero pagan, puntualmente y hasta el último centavo, las consecuencias de los desgobiernos, de aquella danza de los millones que provocó las descomunales deudas externa e interna: el ajuste estructural que, en último término, consiste en comprimir los salarios, aumentar los alquileres, cancelar los programas de abastecimiento, salud y educación: y en fin pagan, sobre todo a través del aumento de los impuestos indirectos y de la traslación de los directos, del aumento del costo de los servicios básicos, de los combustibles, de los transportes, de la canasta básica: y a través de la inflación y los altos intereses, etc. Es decir, para tratar de malvivir los pobres se ven obligados a pagar, además del costo de su modestísima subsistencia, todo absolutamente todo lo que el gobierno necesita, o dice que necesita, para alcanzar las metas de su proyecto neoliberal.

El resultado de todo esto, que contrasta con el obscuro exhibicionismo de las minorías opulentas, es la palpable, evidente depauperación de las capas medias-bajas y de las capas pobres de la población: empobrecimiento que los moderados, los tímidos y los que todavía alientan esperanzas de escapar del cerco de la pobreza tratan de paliar ahorrando, redoblando esfuerzos, incorporando al trabajo (y sustrayendo a la escuela) a uno más de los miembros de su familia, pero que tiene su expresión extrema en la mendicidad, la deambulación nocturna, el zopilotismo y la prostitución infantil y juvenil de ambos sexos. Esta sería entonces la reacción no agresiva frente al descrito proceso de depauperación.

Pero está claro, y cualquiera puede verlo, que el incremento cuantitativo y cualitativo de las movilizaciones populares, las protestas, las huelgas. etc., por un lado; y de la delincuencia tradicional por el otro, constituyen la respuesta activa, impaciente, frente a dicho proceso: a diferencia de la población adulta, y sobre todo de las mujeres, de las clases baja y media-baja, que se inclinan por las reivindicaciones legales, otra parte, compuesta sobre todo de jóvenes, toma las armas para enfrentar la situación: quieren asegurarse, sea como sea, el bienestar que no podrán conseguir de otro modo.

No se trata de una declinación inexplicable de los valores morales: no es que haya una parte de la población que se volvió mala de repente, por virtud de una especie de diabolización colectiva. Sin dejar de reconocer que se trata de un fenómeno complejo, en el que juegan su papel la droga, el ejemplo corruptor de la televisión, de los grandes infractores de cuello blanco, etc., me parece evidente que su naturaleza es predominantemente económica, entendiendo este término en sentido amplio. Se trata de las consecuencias de la drástica reducción de la calidad de vida de las oportunidades de esas clases sociales, producto del reparto neoliberal del ingreso que intentamos describir líneas arriba: y no querer admitirlo claramente de una vez por todas, para buscar entonces los remedios a partir de allí, es un juego peligroso.

Naturalmente, no creo que el problema se pueda resolver en absoluto incrementando la represión penal y policial. Los más recientes estudios criminológicos son elocuentes a ese respecto. Pero entonces se plantea la cuestión que tiene a toda la comunidad pendiente de un hilo: ¿Cuál es la solución a este problema, que compromete el futuro de la sociedad y del Estado?

3. Dejamos el asunto allí, por ahora, y nos preguntamos qué es el Estado Social de Derecho. En su obra "Derecho y Razón" que citaré aquí con frecuencia, el Prof. Luigi Ferrajoli dice que Estado Social de Derecho sería aquel cuyo ordenamiento incorpora, además de las garantías a los derechos de libertad, también obligaciones que requieren del Estado prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, como los derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a un salario justo, a la educación, a la vivienda, a la información, a la autodeterminación, etc.

Con respecto al Estado (liberal) de Derecho, el Estado Social de Derecho representaría un momento posterior en el desarrollo de la Humanidad, y constituiría un 'plus' en relación con aquél, en cuanto lo supone y, a la vez, lo supera. La tradición liberal concibió el Estado de Derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de la vida y de las libertades (en la tradición doctrinal de Locke y Rousseau, se trataba del Contrato Social Mínimo). En efecto, las garantías liberales consisten en deberes públicos cuyo contenido son prestaciones negativas o no prestaciones, y cuyo campo más importante se refiere al uso de la fuerza, es decir, al derecho penal ordinario y al derecho administrativo de policía. De manera que estas garantías se concretan en un sistema de prohibiciones inderogables: prohibición de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar, de irrumpir en el ámbito privado, de interferir en la actividad privada, etc., a menos que se den las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley.

“Como dijimos antes, frente a estas garantías negativas, las que identifican teóricamente al Estado Social de Derecho son de carácter positivo y suponen un cambio de la estructura normativa del poder estatal, que ya no va a estar sólo limitado por prohibiciones, sino que ahora va a estar funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los derechos sociales ya mencionados. (Se trataría, invocando de nuevo el lenguaje de la Ilustración, del Contrato Social Máximo). Frente a la conciencia popular, el Estado ya no se legitima con la función, *meramente conservadora*, de sólo no empeorar las condiciones de vida que los ciudadanos hayan podido procurarse por su cuenta, sino que debe asumir también la función *innovadora* de mejorar aquellas condiciones de vida por medio de lo que se llamó, precisamente, ‘garantías sociales’: la subsistencia, el trabajo, la vivienda, la salud, la educación, etc.”

“Hace pocos años se daba por cierto que el Estado Social de Derecho, que en la práctica era representado por ‘Estado de Bienestar’ (*Welfare State*) o ‘Estado Paternalista’, vendría a significar una etapa superior, un perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho: que así como éste, por sus deficiencias, había conducido a la injusticia del llamado ‘capitalismo salvaje’ y, por ese camino, a la negación de sí mismo por la frustración de sus fines de justicia y bien común para todos, el Estado Social de Derecho sería capaz de alcanzar dichos fines de manera más plena, pues no sólo garantizaba los derechos civiles y políticos, sino también una relativa equiparación de las condiciones materiales que asegurarían a todos un mínimo aceptable de la calidad de la vida. De ahí que, como dice el Prof. Ferrajoli, el modelo de Estado Social de Derecho, y no el del Estado Liberal, representa a la democracia en su sentido sustancial, puesto que las garantías (tanto civiles y políticas como socio-económicas) que constituyen su contenido “...expresan los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba...” (obra citada. pág. 864).

Ahora bien, hay que constatar un hecho que nos parece de una importancia definitiva para explicar lo que ocurrió después: contra lo que muchos llegaron a pensar, el Estado Paternalista o ‘*Welfare State*’ no nació de la generalizada convicción de su superioridad ética y técnica por parte de la sociedad civil, sino del miedo: todos, incluyendo grandes masas de obreros y campesinos del mundo desarrollado y subdesarrollado, incluyendo los sectores medios y, por supuesto, la alta burguesía, todos tenían miedo de aquel ‘fantasma que recorría Europa’ desde mediados del Siglo XIX, y que parecía estar más cerca que nunca al término de la Primera Guerra Mundial. Este fue el pecado original del proyecto de Estado Social de Derecho que se encarna, por ejemplo, en la República de Weimar: el surgimiento de la Unión Soviética en 1917, y su posterior consolidación, inclinan a los poderes burgueses de todo el Mundo a transigir, a

conceder ventajas a los obreros y campesinos para que no se produzca en cada país aquella cosa espantosa que había ocurrido allá en la Santa Rusia. Claro que había también dirigentes sinceramente convencidos del ideario socialdemócrata, pero creo que, en una medida muy considerable, la acogida o incluso la no oposición a estas ideas en la clase dominante, no se debió a la convicción de su superioridad sobre la doctrina liberal, sino al miedo. Al no haber otras opciones, se imponía el espíritu de la transacción: "*aliquid datum et retentum*": conceder algo para conservar algo. Ello explica que el fascismo, experiencia que llegó a su punto más alto en los años treinta y que poco después iba a costar tanto dolor y sangre a la Humanidad, haya contado inicialmente con la simpatía y el apoyo decididos de las burguesías de todas partes, que vieron en aquel ideario, atroz e insostenible precisamente la anhelada opción frente al socialismo.

Y ello explica también que, una vez alejada la amenaza de la terrorífica resolución bolchevique, con el derrumbe del socialismo real, las brasas neoliberales hayan resurgido con redobladas fuerzas de las cenizas socialdemócratas; y que entonces, para recobrar el tiempo perdido, se quiera arrasar violentamente con los vestigios del Estado Paternalista construido en aquella etapa.

Permítaseme una digresión: la experiencia que estamos viviendo se asemeja a la de la Restauración, que tuvo lugar a partir del Congreso de Viena, en 1815. En efecto, hace ciento sesenta años las casas reinantes, que habían retrocedido atemorizadas ante el fantasma de la Revolución Francesa, y que estuvieran dispuestas a convertirse en monarquías constitucionales (*aliquid datum et retentum*), al verse de nuevo fortalecidas con la derrota napoleónica, decidieron borrar todo rastro de ilustración y democracia republicana, y pretendieron regresar a la monarquía absoluta de los Siglos XVII y XVIII. Pero ¿cómo hacer con los pueblos? Estos habían presenciado la derrota ideológica del absolutismo; habían aprendido el ideario ilustrado y ya no lo olvidarían, de manera que la Restauración se arrastró todavía unos lustros para ser, finalmente, arrojada al basurero de la historia.

De manera que, volviendo a nuestro Estado Paternalista, tenemos que éste, finalizada la Primera Guerra Mundial, no se había consolidado, en el plano ideológico, como la verdadera solución a la que había llegado la Humanidad después de superar el liberalismo: no hubo una verdadera victoria ideológica de la social democracia sobre el liberalismo, en el sentido de que éste fuera definitivamente abandonado como idea-fuerza de la sociedad: lo que se produjo fue una especie de tregua interburguesa, para enfrentar al monstruo comunista desde una posición lo menos desfavorable posible. Esta podría ser la razón de que, como observa Ferrajoli, no hubo una verdadera elaboración operativa e institucional de los 'derechos sociales' por parte de los artífices del Estado Paternalista, es decir, la elaboración de mecanismos positivos de distribución y control de las prestaciones dirigidas a satisfacer aquellos derechos.

4. Puede decirse que, en rigor, el Estado Social y Democrático de Derecho constituye un modelo utópico que no ha alcanzado su cabal cumplimiento en ninguna parte donde han funcionado, bien o mal, Estados Paternalistas. Sin embargo, históricamente muchos movimientos que ejercieron el poder en diferentes países después de ambas Post-guerras mundiales, jefeados casi siempre por partidos de ideología socialdemócrata (como los laboristas ingleses, los demócratas norteamericanos, el PSOE español, la social democracia alemana, el socialismo francés, el PLN de Costa Rica) han tratado, no siempre de modo constante y sistemático, de inspirarse en sus postulados al elaborar sus programas de gobierno, y han implementado políticas de aplicación de dichos programas.

En vista de ello cabe preguntar ¿fracasó realmente el modelo llamado Estado Social de Derecho, o más bien los que fracasaron fueron algunos de los partidos que pretendieron implantarlo, o dijeron que lo harían? Una modalidad de Estado Social de Derecho ha funcionado en Suecia y, hasta donde yo sé, no parece hallarse en crisis; mientras que el modelo mexicano del PRI y el español del PSOE, cacareadamente socialdemócratas, se caen a pedazos bajo el peso de la corrupción.

No se puede dejar de considerar que, a diferencia del garantismo neoliberal, que no cuesta nada porque se compone de prohibiciones y liberación de espacios a la actividad privada, el garantismo social exige al Estado prestaciones positivas: a consecuencia de ello, encuentra obviamente mayores dificultades objetivas y opera con un costo económico relativamente más elevado que el del Estado Liberal. Por otra parte, está visto que muchos de los movimientos políticos que han proclamado construir el Estado Social de Derecho han caído en la burocratización y en la corrupción, las cuales no son (como se afirma de mala fe) características estructurales del mismo, sino recursos clientelares y argollistas de muchos partidos, socialdemócratas y no socialdemócratas, de izquierdas y derechas o, simplemente el resultado de procesos degenerativos en la manera de gobernar y de administrar.

5. ¿Fracasó, repito, el Estado Social de Derecho, o fracasaron, hundidos por sus propios vicios, los partidos que se atribuyeron la misión de implementarlo? Todos los días, en todos los periódicos, nos aseguran lo primero, pero algo me hace pensar que no se trata de planteamientos sinceros, porque a nadie se le oculta que, al menos en América Latina, las clases opulentas controlan los medios, y las clases opulentas, y otras no tan opulentas, pero con muchas ganas de llegar a serlo, quisieran liquidar pronto las instituciones del Estado Paternalista creadas durante los decenios de hegemonía socialdemócrata. Y hay otras razones, de un acusado carácter económico y especulativo, que explican también las fuertes presiones que hoy se ejercen para que se liquiden aquellas instituciones: nadie ignora que muchas de ellas constituyen en negocios brillantísimos, al momento de su adquisición y al momento de su ejercicio, por parte de personas o

corporaciones privadas. El redimensionamiento del Estado Paternalista, para meterlo en la estrecha horma del Estado Gendarme, pasa no sólo por la desnacionalización de muchas instituciones y empresas públicas, sino por la liberación de muchos espacios, que se convertirán entonces en nuevas fuentes de lucro privado, como la actividad bancaria, las telecomunicaciones, etc. Todas estas actividades atraen gran cantidad de novios del país y extranjeros, que mientras afilan las uñas, unen sus voces al coro que entona el requiem del Estado Paternalista.

6. Costa Rica, la coyuntura presente no parece ofrecer ninguna alternativa a la llamada 'reforma del Estado', que no es más que el desmantelamiento del Estado Paternalista, cuyas bases puso el Gobierno del Doctor Calderón Guardia al comienzo de los años cuarenta, y cuyo desarrollo desde fines de esa década hasta fines de los setentas estuvo a cargo del Partido Liberación Nacional (PLN).

Ello, sin embargo, no nos impedirá soñar un poco, para decir que ese imperfecto, burocratizado, corrupto Estado Paternalista pudo haber sido, mediante una reforma democrática y participativa, de saneamiento y de redimensionamiento del aparato burocrático, la base de un próspero y eficiente Estado Social y Democrático de Derecho y, consiguientemente, de una sólida democracia en sentido sustancial. Se me dirá: criticar es muy fácil, gobernar es muy difícil. Pero esto no puede ser un argumento para silenciar la crítica y propiciar la connivencia; máxime si los propios partidos protagonistas del histórico fracaso están, ellos mismos, en un proceso de autocrítica en el que se escuchan gravísimas imputaciones. Y de todos modos, no se necesitan dos dedos de frente para darse cuenta de que nuestro Estado de Bienestar fue en gran medida un instrumento de bienestar para ciertos funcionarios del Estado, que prestó al pueblo mucho menos servicios de los que pudo haberle procurado, a un costo mucho mayor al justo: que sirvió para que muchos políticos se encumbraran a base de manejos abusivos del poder; que desatendió las oportunidades de acercarse al pueblo y estimular su participación en las grandes decisiones; que politizó las instituciones autónomas para fortalecer el control central de las decisiones y con ello desnaturalizó reiteradamente sus fines institucionales para, al final, volverse contra ellas y propiciar su desmantelamiento, etc. Todo lo cual pone en duda lo certero de las críticas que se enderezan contra el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, en vez de dirigirse simplemente contra las actuaciones de los grupos políticos que, en la hora propicia, involucran su nombre en vano, como dice el Evangelio.

Creo que los partidos que proclamaban su vocación socialista, es decir, los socialdemócratas y los socialcristianos, pudieron hacer mucho para fortalecer aquella democracia sustancial y participativa, y por garantizar a los más necesitados mejores condiciones de trabajo, vivienda, educación, etc., que les permitiera acceder a mejores niveles de bienestar y dignidad. No era una tarea

fácil de realizar, ni su resultado era seguro, pero, en general, a través de muchos años tampoco encontramos en los funcionarios encargados la claridad, el empeño y la mística suficientes.

7. Los promotores internacionales de los PAE y su comparsa local han venido anunciando que, para alcanzar el nivel de competitividad que permitirá la supervivencia de nuestro Estado, las clases populares tendrán que someterse a medidas de severa austeridad.

A las clases populares no las asusta la austeridad, que es, para ellas, 'el pan nuestro de cada día'. El problema es que no entienden por qué para ellos es siempre la austeridad —una austeridad que ya está llegando a límites incompatibles con una vida que merezca llamarse humana—, mientras que los grupos oligárquicos ya no hallan qué hacer con el dinero que obtienen. ¿Es tolerable que se condene a la indigencia a grandes masas populares, sin otra alternativa que la esperanza de que la riqueza de unos pocos se gotén un día y descienda sobre ellas? ¿Son estos los resultados a que nos ha conducido el contrato social? ¿Es factible su revisión por las vías legales de la huelga, la negociación o el plebiscito? ¿No sería preferible romper el contrato y arrebatarse lo que de buen grado se nos niega? En las manifestaciones, negociales o delictuales, provenientes de los estratos bajos de la sociedad civil, podemos percibir las respuestas a estas preguntas.

Entre tanto, frente a aquella realidad angustiosa, el Estado Social y Democrático de Derecho permnecerá en Estado de utopía, con su pretensión de garantizar la democracia sustancial (la vida y las libertades civiles, junto con los derechos a la calidad, a la dignidad, a la amabilidad de la vida humana, a la participación equitativa de todos en el esfuerzo común), como la única vía éticamente posible de cumplir el Contrato con todos y con cada uno de los miembros de nuestra comunidad.