

LOS DERECHOS SOCIALES COMO EL DESAFÍO DE UNA SOCIEDAD SITIADA

Social rights as the challenge for a society under siege

María José González Ordovás*

RESUMEN: La literatura sobre los derechos sociales no cesa de aumentar, claro reflejo de una importante y extendida preocupación por su presente y futuro. Tanto desde el Derecho como de la Filosofía política defensores y detractores de tales derechos los avalan o rechazan con argumentaciones opuestas pero sabedores, en todo caso, de que a día de hoy son uno de nuestros principales retos jurídicos y morales en una época en que se tiende a identificar y confundir sociedad y economía siendo casi imprescindible reinventar la idea de pueblo.

ABSTRACT: *The literature of social rights is bigger every day. This show us an important concern for its present and future. From the Right and the political philosophy defenders and critics of these these rights approve or do not approve them. Nowadays, they know that the social rights are one of our most important legal and moral challenge at a time that going to confuse the society and the economy.*

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, principio de libertad, principio de igualdad, estrategia, sociedad decente.

KEY WORDS: *Social rights, Equality, Freedom, Strategy, the decent society*

Fecha de recepción: 20-04-2012

Fecha de aceptación: 13-06-2012

La literatura sobre los derechos sociales no deja de aumentar, incluso podría decirse que en los últimos tiempos lo ha hecho de forma acelerada. Ello, sin embargo, no significa que la doctrina haya llegado a acuerdos sobre cuestiones de primer orden como su naturaleza jurídica, su vinculatoriedad o sus garantías. Si bien sabemos que "la Constitución es el nuevo paradigma del Derecho", la incorporación a la misma de los derechos sociales como referencias concretas del principio de igualdad y aun de libertad ha comportado la identificación mayoritaria de la sociedad con su modelo jurídico. Esa identidad entre el conjunto social y su Constitución supone un rebasamiento de lo estrictamente jurídico en la medida en que la interiorización de los valores y principios en ella contemplados implican adhesiones y estimaciones metajurídicas. No parece abusivo afirmar que en el ideario colectivo Constitución, democracia y derechos sociales son percibidos actualmente en nuestra cultura jurídica como términos si no sinónimos, sí recíprocamente dependientes. Con ser así, la cuestión no está exenta de desacuerdos, problemas y, como parece aventurarse potenciales cambios.

* Universidad de Zaragoza. mjgonza@unizar.es

Esa materialización del Derecho a la que sin alegría ya se refiriera Weber, ese cobrar vida de la Constitución para prevenir o restaurar fisuras en la igualdad generadas bien por el sistema económico bien por la propia naturaleza consiguió sin dificultad que la legitimidad del Derecho pasara a descansar, en buena medida, en los derechos sociales cuyo cometido no es otro que hacer de todos ciudadanos de primera. Por otro lado, tal respeto e interiorización que se predica de la sociedad respecto a su Derecho ha de proclamarse del mismo modo de sus jueces. Dicho en palabras de Habermas, "hoy la jurisprudencia ya no puede comportarse ingenuamente respecto a su propio modelo social". Sociedad y Derecho, sea en versión normativa o institucional no pueden vivir de espaldas en un contexto complejo y cambiante como el actual so pena de que la anomia se extienda hasta poner en peligro la función organizativa del Derecho.

Sólo reconociéndose como partes insustituibles de un discurso conjunto sociedad y Derecho están en condiciones de conocer y plasmar la voluntad general que ha de orientar las conductas de una y otro. En ese marco, los derechos sociales vinieron a suponer la aportación jurídica para paliar las debilidades o agujeros de legitimidad que el modelo liberal arrastraba consigo.¹

A diferencia de lo ocurrido con otros modelos, la relación mantenida entre el modelo jurídico liberal y el social no ha sido el de una subrogación propiamente dicha. Entre ambos subsiste una relación dialéctica que a la luz de los últimos acontecimientos económicos adquiere una dimensión protagonista. La pugna entre la igualdad jurídica y la fáctica, por continuar con la terminología habermasiana, va más allá de un debate iusfilosófico para ocupar el lugar de un auténtico replanteamiento del contrato social que toda Constitución refrenda. En realidad, no puede ser de otro modo dado el innegable trasfondo político que acompaña y condiciona al planteamiento y paradigma social, como política es la opción liberal y la tensión entre ambos, auténtico motor de la actualidad jurídico-política. De hecho, en este ámbito, referirse a las connotaciones jurídicas y políticas de los modelos que nos ocupan es casi redundancia.

El debate de fondo irrumpe cuando lo que se plantea no es la coexistencia dinámica entre ellos, por hacer referencia así a las puntuales tensiones que puedan producirse con la puesta en práctica de los dos, sino la superioridad de uno respecto al otro. Defensores y detractores de la suficiencia jurídico-constitucional de la cláusula social vendrían a ocupar el papel de socialdemócratas y neoliberales

¹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, tr, M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, págs.483 y ss.

en términos políticos. Las opiniones de Abendroth, Parejo Alfonso y García Macho en oposición a las de Forsthoff, Fernández Miranda y Rodríguez de Santiago podrían ser una muestra de ese desencuentro por incluir opiniones tanto del ámbito internacional como nacional.²

El rechazo que los derechos sociales provoca en cierto sector de la doctrina es de tal trascendencia que algún autor ha llegado a hablar de auténticos "enemigos" de los mismos, "adversarios" que podrían agruparse en cuatro tipos de obstáculos: la percepción de los derechos sociales como derechos diferentes; la subordinación de los derechos sociales a otros; la concepción tendencialmente absolutista de los derechos políticos y la concepción tendencialmente absolutista de, los denominados por Ferrajoli, derechos patrimoniales.³ Tales configuraciones asignan una debilidad a los derechos sociales en función de su contenido indeterminado y su imposible exigibilidad ante los tribunales y el resto de las instituciones.

En el fondo de la exclusión de los derechos sociales como derechos de idéntica naturaleza jurídica que los civiles y los políticos, aun a pesar de las peculiares características de cada uno de ellos, parece latir un desprecio por la acción reparadora que la res publica pone en marcha a través del principio de igualdad, en favor de una acción *pro libertatis*, en la que el Estado jugaría un papel más de árbitro que de parte.

Para la defensa y apuntalamiento de cada una de tales concepciones hay un conjunto argumental que trasciende lo estrictamente jurídico para adentrarse en el terreno de la política, como ya se ha indicado, y aun de la ética. El papel conferido al principio de equidad en relación al de eficacia vendría a traducirse en el interrogante ¿eficiencia a cualquier precio?

Por cada razón que avala que los derechos sociales son derechos de segunda categoría en la medida en que al no ser exigibles no pasan de ser mera literatura, no es difícil esbozar otra que respalda la plena juridicidad de los mismos pese a los problemas

² Al respecto cfr.; Abendroth, W. *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, Parejo Alfonso, L. *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 34; García Macho, R. "Los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 38, (2009); Forsthoff, E. "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" en VV.AA., *Rechtsstaalichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, pág, 170 y ss; Fernández Miranda, A. "El Estado social", *R.E.D.C.*, 2003, pág. 178 y Rodríguez de Santiago, J.M. *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 12 y 28.

³ Pisarello, Gerardo. "Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista" en *Los derechos sociales en tiempos de crisis. Observatori DESC*, diciembre 2009, <http://www.descweb.org>

de orden procedimental e incluso financieros que pudieran implicar. En esa línea, no sería correcto decir que es con los derechos sociales cuando la moral llega al Derecho pues como es bien sabido, lo hizo mucho antes, desde el principio podría decirse, pero sí se aproxima a la realidad la visión de que con ellos, con la constitucionalización de los derechos sociales, "el derecho se ve impregnado por la moral".⁴ Lo que, en última instancia, implica que toda consideración sobre los mismos lleva intrínsecamente aparejado un planteamiento moral.⁵

Esa imbricación hace que nos planteemos si el Derecho cuenta o no con herramientas para hacer reconciliables la Libertad y la Igualdad preconizadas por el lema de la Revolución Francesa e incorporadas en la segunda mitad del siglo XX en las Constituciones Europeas como auténticos principios normativos. O, dicho en otros términos, al no ser neutras las piezas jurídicas, ¿la redacción de los principios básicos no dependería, como apunta MacCormick, de la forma de sociedad previamente elegida? El hecho es que la elección de una sociedad no puede hacerse de manera anticipada y zanjar con ello el asunto. La sociedad se piensa a sí misma repensándose de forma continua según va registrando cambios en la moral del conjunto, cambios cada vez más rápidos y profundos como corresponde a las sociedades complejas y avanzadas.

En esa constante actualización la cuestión de los derechos sociales ocupa un lugar central y, visto que el mercado resulta eje vertebrador de nuestros sistemas democráticos, bien podríamos tratar de comprender la función atribuida a tales derechos en relación a su posición respecto al mercado. De tal modo que, según cuál sea el protagonismo conferido a la libertad de empresa, al mercado y a la propiedad así será el cometido asignado a tales derechos. Podríamos hablar de tres modelos alternativos al respecto: el de Nozick, el de Alexy y el de Ferrajoli. El primero desde el marco de la

⁴ García Manrique, Ricardo. Presentación de, Alexy R. *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pág. 16.

⁵ Me inclino aquí por la perspectiva teórica del profesor Atienza frente a la de Ferrajoli en el sentido de que mientras que para el primero los derechos humanos o fundamentales "representan o incorporan algo así como razones más fuertes, vale decir, razones o "exigencias de carácter moral", "Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico" (Ferrajoli, L., Moreso; J.J. y Atienza, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pág. 159) el autor italiano desdoblaría el concepto de validez en dos vertientes, la formal (cumplimiento de los requisitos de procedimiento) y la sustantiva o plena (satisfacción de criterios de contenido integrados en los derechos) de tal modo que una norma podría ser inválida por no haber respetado tales criterios materiales que ahora ya son jurídicos puesto que se habrían trasladado desde la moral al Derecho. La primera casa mejor, entiendo, con un concepto no únicamente procedimental o formal de la democracia defendido por el propio Ferrajoli. Al respecto cfr. "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías" en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., pág. 75.

filosofía política y los dos segundos desde la Teoría del Derecho ofrecen perspectivas bien distintas de qué debemos y podemos esperar al respecto. El hecho de que, para Nozick, cualquier forma de redistribución de la riqueza, como pueda ser la articulada a través del sistema financiero, sea "injusta", llegando incluso a calificar como "una especie de trabajos forzados" al sistema impositivo actual, hace inviable *ab initio* toda posibilidad de que un sistema de derechos sociales redistribuya la riqueza de un país.⁶ Este, el paradigma neoliberal donde el Estado se hace mínimo para que el mercado se haga máximo, ha venido siendo más propio de países como EE.UU. que de las democracias europeas, si bien es verdad que, en los últimos tiempos, auspiciados por el apoyo de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional ese tipo de postulados ha ido cobrando cada vez más adeptos en Europa.

Un enfoque diferente, a medio camino entre el primero y el tercero, es el de Robert Alexy, cuya concepción podría calificarse como "social liberal de los derechos sociales"⁷. En su teoría de los derechos fundamentales, los sociales son, en primer lugar, derechos subsidiarios respecto al mercado y, en segundo, derechos mínimos.⁸ Aquí el Estado no es mínimo pero sí los son este tipo de derechos, no otros.

De ser exactos deberíamos precisar que dichos rasgos no los señala Alexy de los derechos sociales en sentido literal sino que, yendo mucho más allá, los predica de los derechos a acciones positivas del Estado o derechos a prestaciones en sentido amplio, sean de protección, organización y procedimiento o prestaciones en sentido estricto o sociales propiamente dichos. Los que ahora nos ocupan, los sociales, son subsidiarios porque: "son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares."⁹ Y son mínimos porque, a su juicio, "habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y el principio de la división de poderes y el de la democracia (...) En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un

⁶ Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*, tr. R. Tamayo, México, F.C.E., 1988, pág. 169. Sobre este autor cfr. González Ordovás, M^a José, "La propiedad en los neoliberales: el ejemplo de Nozick", en *R.E.P.*, nº 94, (1996), pp. 229-244.

⁷ García Manrique, Ricardo. "Presentación", *op. cit.*, pág. 31.

⁸ Seguimos aquí la terminología que García Manrique emplea en su "Presentación", *op. cit.*, pág. 30

⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. Garzón Valdés, Madrid, C.E.C., 1993, pág. 482.

mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”¹⁰

Como de costumbre, la cuestión de fondo es la de los principios. Si el sistema de derechos fundamentales se basa en el principio de libertad fáctica se llega a dicho planteamiento pero, si por el contrario, la fundamentación descansa en la dignidad de la persona, como propone Garzón Valdés, el resultado a que se llega es bien distinto pues la dignidad, a diferencia de lo que pueda decirse de la libertad fáctica, no puede ser objeto de restricción alguna, siendo un todo que confiere unidad a los valores que los derechos fundamentales representan. En la misma línea, Peces-Barba hace recaer en la dignidad su discurso, y apoyándose en el magisterio kantiano, ensambla los artículos 10.1 y 9.2 de nuestra Constitución para habilitar “la realización de los derechos sociales como forma de promoción y de remoción de obstáculos al desarrollo de la personalidad de quienes no pueden por sí mismos satisfacer necesidades básicas radicales.”¹¹ Con ambas normas es suficiente para situarnos en “las antípodas del Estado mínimo”,¹² pero sin ellos, sin los derechos sociales, el sistema jurídico carecería de las piezas necesarias y suficientes para alcanzar la igualdad en el punto de llegada habiendo tenido que partir de la desigualdad inicial.

Sólo algo menos tibia que la concepción de Alexy respecto a los derechos sociales, calificada como de “social liberal” dada la posición un tanto relegada que les asigna en su modelo de derechos fundamentales¹³, resultaría la aplicación de la elaborada teoría de la justicia de Rawls de corte “liberal igualitario”. Desde una fundamentación más filosófico-política y menos jurídica Rawls presenta los que considera dos principios fundamentales que los ciudadanos adoptarían en la hipotética “posición original”: el primer y segundo principio fundamental. En virtud del primero “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”. Según el segundo: “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. Como el propio autor se encarga de puntualizar tales principios se aplican “a la estructura básica de la sociedad y rigen la asignación de derechos y deberes regulando la distribución de la ventajas económicas y sociales”. Pero no lo hacen de forma indistinta o a

¹⁰ Alexy, Robert. *Ibidem*, pág. 495.

¹¹ Peces-Barba, G. “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., pp. 90-92.

¹² Peces-Barba, G. *Ibidem*, pág. 89.

¹³ García Manrique, Ricardo. “Presentación”, op. cit., pp. 29-31.

voluntad del intérprete sino que han de ser dispuestos en “un orden serial dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales o económicas.”¹⁴

Pero si por algo Rawls destaca como igualitarista es por su principio de la diferencia, principio que “resuelve la indeterminación del principio de la eficacia al especificar una posición particular desde la cual habrán de juzgarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica”. En aplicación de dicho principio “el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo sea en beneficio de los menos afortunados.” De hecho, para el filósofo norteamericano, “la justicia tiene primacía frente a la eficacia y exige algunos cambios que en este sentido no son exigibles” entendido que “las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto (a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como (b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades.”¹⁵

Por esa articulación de una red de principios Rawls tiene el indudable mérito de establecer puentes entre la tradición liberal y la igualitaria al conjugar libertad e igualdad en la perenne búsqueda de justicia social, razón axiológica del Estado social. Sin embargo, y como corresponde a la Filosofía política, su teoría no viene acompañada de las herramientas jurídicas precisas que faciliten o permitan su puesta en práctica a través de un sistema de derechos.

A un paso, una tercera perspectiva impulsada desde la teoría del Derecho idea una concepción de los derechos sociales propia de demócratas muy exigentes. La línea argumental que parte de la división básica entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, obra de Ferrajoli, arma una clasificación novedosa de los derechos que difiere de la tradicional, heredera de la tradiciones naturalistas y liberales caracterizada por eludir cualquier distingo entre clases demasiado alejadas de derechos. Así, cuatro serían las

¹⁴ Rawls, John. *Teoría de la justicia*, tr. Ma Dolores González, México. F.C.E., 1979, págs. 82 y 83. Lamentablemente, como señala Riddall, “Rawls no da un ejemplo en el cual el principio primero esté en conflicto con el segundo y tenga prioridad frente a éste”, ejemplo que quizás ayudaría a entender por qué a su juicio en la denominada “posición original” racionalmente se optaría por ese primer principio de justicia, el de la libertad, en detrimento del segundo. AL respecto cfr. Riddall, J.G. *Teoría del Derecho*, 3ª ed., tr. TsEdi, A. Ackermann y J. Malem, Barcelona, Gedisa, 2008, págs. 204 y 205.

¹⁵ Rawls, John. *Ibidem*, págs. 97, 101 y 105.

diferencias entre ambos tipos de derechos que les harían no antagónicos pero sí inconciliables, a saber: los fundamentales son universales frente a la singularidad de los patrimoniales; en segundo lugar sólo los primeros serían indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; como lógica consecuencia de lo anterior los derechos patrimoniales son disponibles y, en cuarto y último término, frente a la "horizontalidad" de los derechos patrimoniales por sustanciarse siempre a través de relaciones intersubjetivas de tipo civilista, encontraríamos la "verticalidad" de los fundamentales debida a su configuración como relaciones con el Estado plasmadas tanto en prohibiciones como en obligaciones por parte de éste frente al sujeto.¹⁶

Pues bien, éstos, los derechos fundamentales que no son otros que los que atañen a la vida, la libertad y la subsistencia constituyen por razón de su vital significación y alcance el núcleo sustancial e indisponible de la democracia cuyo fin no ha de ser otro que el sustraer la garantía y defensa de los mismos de los vaivenes políticos y mercantiles que podrían poner en peligro su mera supervivencia. Late en el fondo una identificación profunda entre la democracia y estos derechos de modo tal que sólo protegiéndolos a ellos de potenciales abusos de las reglas formales se protege a la democracia incluso de sí misma. Ésa y no otra sería la filosofía que alentaría e impulsaría al constitucionalismo como nuevo paradigma jurídico-político que, desde la segunda guerra daría forma al pacto social que nos laza y liga. Al imponer límites de contenido, los derechos fundamentales habrían introducido una dimensión sustancial en la teoría y la democracia misma.¹⁷ Por utilizar la conocida expresión de Dworkin, tomar los derechos fundamentales en serio sí sería tomar en serio la democracia, lo contrario, no. Pues bien, desde esta perspectiva, en la medida que los sociales son derechos fundamentales de su defensa depende la defensa de la democracia misma. Innecesario recalcar que, desde su incorporación a los textos constitucionales los derechos sociales se han visto eclipsados por la luz de los civiles y políticos convertidos en forma y modelo de los demás de modo que cuanto más y mayores puedan ser las similitudes con estos más cerca estaríamos de un derecho "ideal". En torno, todo un andamiaje argumental a favor y en contra de la plena consideración jurídica de los derechos sociales del que se dio breve cuenta al comienzo. Al respecto, una cuestión teórica de base inclinaría la balanza de uno u otro lado, puesto que, del concepto de derecho que se maneje dependerá el lugar asignado a cada uno en el sistema jurídico. Y en este ámbito sólo cabrían dos posibilidades, o se suscribe el concepto de derecho de Kelsen o no. Para Kelsen, es bien

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trs. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 45-55.

¹⁷ Ferrajoli, L. *Ibidem*, pág. 68.

sabido, hay derecho donde y cuando hay deber como correlato, pues no cabría el uno sin el otro: "Si se define como derecho la relación entre un individuo, frente al que otro individuo está obligado a un cierto comportamiento con éste último, el derecho en cuestión es solamente un reflejo de este deber."¹⁸ O, la misma idea en otros términos: "la esencia del derecho subjetivo, que no es más que el simple reflejo de un deber jurídico, consiste en el hecho de que una norma jurídica atribuye a un individuo el poder jurídico de hacer valer el incumplimiento de un deber jurídico mediante una acción judicial."¹⁹ Para el normativismo kelseniano hay derecho si hay acción, y por tanto, y con arreglo a él en esa correlación un derecho vale tanto como valgan sus garantías sin las cuales no pasaría de ser pura literatura. No es Ferrajoli de esa opinión pues, al desvincular ambos elementos, posibilita la existencia de un derecho sin depender de que siempre, en todo caso y condición lleve aparejada acción y sanción. En su teoría no habría identificación entre derechos y garantías, "confusión" dice él, lo cual no impide que, en cada ordenamiento, existan diferentes grados de protección de los derechos, que traducido a nuestro análisis sería tanto como decir que los derechos sociales son derechos, eso sí, de garantía débil, dada la "dificultad de asegurar su eficacia a través de una garantía constitucional."²⁰ De hecho, no hay ordenamiento jurídico que, al menos en el punto de salida, con anterioridad a la intervención del jurista, no contenga lagunas, antinomias o redundancias que hayan de ser integradas o resueltas por el correspondiente operador jurídico, por lo que, desde esa perspectiva, no habría impedimento teórico o práctico alguno que invalidara la tesis de Ferrajoli.

Para un nivel de concreción posterior quedan cuestiones como la vinculatoriedad de las normas constitucionales para el legislador, la impronta de la decisión judicial que puede oscilar desde réplica mecánica de la norma a la creatividad más transformadora o, incluso, de la "responsabilidad de la doctrina"²¹ a la hora de formular y sugerir propuestas capaces de hacer frente a los desafíos planteados. Así, no sólo de la Constitución también esas otras instancias: legislador, jurisprudencia y doctrina afectan a la operatividad de tales derechos de cuya defensa y consistencia depende el Estado y la democracia tal y como hoy los concebimos, con un claro protagonismo de lo social. Probablemente porque son muchos los que piensan que "sin un

¹⁸ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, tr. R. J. Vernengo, México Porrúa, 1991, pág. 150.

¹⁹ Kelsen, Hans. *Ibidem*, pág. 159.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías", op. cit., págs. 106 y 111 respectivamente.

²¹ Courtis, Christian. "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social", en *Teoría del Constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Edición de M. Carbonell, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pág. 208.

determinado nivel en el ejercicio y disfrute de estos derechos, hay que ser muy cínico para hablar de vida digna"²². Por otro lado, basta con hacer un breve repaso a los reformados estatutos de autonomía de nuestro país para tomar más claramente conciencia de la especial atención concedida en los mismos a los derechos sociales una vez asumido por todos su función de legitimación.²³

En todo caso, la construcción jurídica de esta tercera perspectiva, gira en torno al concepto y papel de la igualdad habida cuenta que ambos, como ha ocurrido con los de legalidad o libertad, han cambiado y siguen haciéndolo según al ritmo en que lo hacen el individuo y la sociedad de la que son parte. Subyace en última instancia la convicción de que, como grupo, nos constituimos sobre la base de dos tipos de desigualdades: las estructurales o persistentes y las dinámicas. En ese sentido, a casi nadie le cuesta admitir que las desigualdades están aumentando y van camino de hacerlo más y de forma más profunda. Fitoussi y Rosanvallon lo razonan a partir de tres tipos de acontecimientos, a saber: "un debilitamiento del o de los principios de igualdad"; "un crecimiento de las desigualdades estructurales" (de renta, de patrimonio, de acceso a la educación...) así como "la emergencia de desigualdades nuevas, consecuencias efectivas de evoluciones técnicas, jurídicas o económicas o incluso un cambio en la percepción de la relación del individuo con el prójimo."²⁴ No es en absoluto una perspectiva vanguardista toda vez que, como es bien sabido, la Modernidad, y por lo tanto nuestro mundo, está definida por una contradicción o, incluso, un impulso contra sí misma. De un lado, una aspiración fundamental a la igualdad de los individuos, y de otro, una desigualdad estructural vinculada a su propia evolución y a los mecanismos de acumulación y de desarrollo del capitalismo." Hemos conocido movimientos utópicos o sencillamente críticos que "han tratado de romper esa tensión en nombre de una igualdad pura y perfecta."²⁵ Los derechos sociales estaban entre ellos y hoy son vistos por algunos como una tabla de rescate y por otros como una verdadera provocación.

Por supuesto, el problema, hoy como siempre, es acordar qué entendemos por igualdad y, en consecuencia, por desigualdad, al respecto, poco ayuda saber que probablemente haya tantas

²² Cascajo Castro, José Luis. "Los derechos sociales, hoy", *Revista catalana de dret públic*, nº 38, (2009), pag. 22

²³ "La incorporación de nuevos derechos sociales a los estatutos reformados se ha debido a muy distintos factores. En general, la preocupación por este tipo de derechos y principios rectores busca una mayor legitimación del nivel autonómico de gobierno y administración, además de permitir una actualización del catálogo", Cascajo Castro, José Luis, *Ibidem*, págs. 28 y 29.

²⁴ Fitoussi, J.P. y Rosanvallon, P. *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, pág. 75.

²⁵ Dubet, François. *Les inégalités multipliées*, Paris, Éditions de l'aube, 2000, pág. 16. (traducción propia)

definiciones de igualdad como número de definidores. Sin embargo, una primera línea divisoria bien podría ser la que separa un concepto meramente formal o procedimental de la democracia de un concepto material o sustancial de la misma. Para quienes no entren a considerar la democracia más allá de la estricta corrección jurídico-formal de las reglas del juego, la de igualdad será apenas una idea sin peso en el conjunto del proyecto. En cambio, para los que junto a dicha corrección es preciso llevar a cabo consideraciones inherentes a las repercusiones últimas que la puesta en práctica de tales normas conlleva, la igualdad, como principio de organización, resulta incuestionable e insustituible. Es obvio que esta segunda apuesta supone una importante carga valorativa, pero también lo es que no cabe realidad jurídica sin valoración bien sea de lo que hay, bien de lo que falta. En ese sentido, pretender defender la idea de que la primera es objetiva y científica y por ello superior a la segunda, más endeble en tanto que subjetiva y argumental, supone partir del desconocimiento de que toda ciencia exige valoraciones y que valorar entraña prioritizaciones y descartes que, en última instancia, resultan fuertemente subjetivos. Pero, por otra parte, también resultaría grave ignorar que la primera de las opciones goza de un respaldo mayor en una sociedad como la nuestra en la que cuanto mayor sea la científicidad reconocida a algo más inapelable resulta.

Pero volvamos a la idea de igualdad, no hay jurista que desconozca que una noción plena de igualdad incluye un aspecto formal y otro material, le debemos la primera, o isonomía, a la Revolución Francesa y a su exigencia de la unicidad del estatuto de todos los ciudadanos equiparados en trato en la legislación y aplicación del Derecho. Ésta, a su vez, se desplegaría en tres aspectos: como generalización, procesal y de trato formal.²⁶ En nuestra Constitución el artículo 14 da cuenta de esta cara de la igualdad. Por su parte la igualdad material o sustancial, que condensa toda la base teórica del sistema de derechos sociales comporta una equiparación de las necesidades básicas de los individuos además de una diferenciación en un proceso de toma en consideración y adaptación a las necesidades de cada sujeto tomado individualmente.²⁷ Conciliación que hace posible el 9.2 del texto constitucional cuando al establecer que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política,

²⁶ Si se desea desarrollar algo más esta cuestión cfr. Agudo, Miguel. *Estado social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, Madrid, Ediciones del Laberinto, 2006, pág. 60 y ss.

²⁷ Esta cuestión es tratada clara y detenidamente en M^a José Añón Roig y J. García Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 125-140.

económica, cultural y social” da pie a un tratamiento jurídicamente diferenciado a través de distintas herramientas entre las que destacaría la discriminación positiva.

En todo caso, de lo analizado hasta aquí no es difícil inferir que la clásica y básica fundamentación y argumentación en virtud de la cual los derechos civiles y políticos serían una concreción del principio de libertad mientras que los sociales lo serían del de igualdad ha de ser abandonada por deficiente e incorrecta. En primer lugar porque en ambos casos se prescinde del concepto de necesidad obviando que las necesidades “constituyen una de las razones para reconocer derechos universales a los seres humanos”. Pues del mismo modo que los derechos civiles y políticos responderían a la satisfacción de la necesidad básica humana de la autonomía individual reflejada en las más variadas formas de participación pública, los derechos sociales saldrían al paso de la satisfacción de otras necesidades básicas e intermedias. Y, en segundo lugar, porque el principio de libertad no sólo está presente en la fundamentación de los derechos civiles y políticos, sino que, dicho principio también lo está en la de los sociales. Y ello es así porque siendo este tipo de derechos instrumentos jurídicos para la compensación de desigualdades, como diría Ferrajoli, o medios que procuran “habilitar la posibilidad de llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones básicas de vida”, “cuando estos derechos faltan, o se consideran mercancía susceptible de regateo político, entonces la libertad no es posible para muchos, los más desfavorecidos.”²⁸ Más sencillo, no existe libertad si, al tiempo, no se garantiza un mínimo de dignidad que apunte a una posibilidad real de supervivencia y elección para todos.

Por otro lado, esa ilación en la fundamentación es del todo coherente con el hecho de que todos los derechos son interdependientes, y, en la práctica, “los derechos sociales, económicos y culturales son imprescindibles para la realización igual y universal de los derechos civiles o de libertad.”²⁹

Al margen de las consideraciones hechas hasta ahora sobre los derechos sociales, otra de las particularidades que, a menudo, ha sido empleada como un arma arrojadiza contra ellos es la importante variedad de formas de intervención estatal que requiere su aplicación. Hasta el punto de que, como señalan Abramovich y Courtis, “cuando se habla en general de derechos sociales no se habla de un tipo único de derechos –por ejemplo, de derecho a recibir prestaciones estatales- sino sólo de un cierto aire de familia entre distintos tipos de derechos que se explica por su racionalidad

²⁸ Ma José Añón Roig y J. García Añón, *Ibidem*, pág. 196.

²⁹ Ma José Añón Roig y J. García Añón, *Ibidem*, pág. 126.

común.”³⁰ Ciertamente es que esa diversidad y complejidad jurídica propia de esta clase de derechos y motivada por el considerable aumento de las funciones públicas propias del Estado social no siempre ha ido acompañada de la correspondiente configuración de un derecho subjetivo. Sin embargo, nada desde el punto de vista jurídico teórico lo impediría por mucho que sus censores hayan cargado las tintas en la vaguedad conceptual que, en su opinión, sigue a tal rasgo. Pues, como recuerda el profesor Prieto Sanchís, “que el enunciado constitucional y, por tanto, que el contenido obligacional de los derechos prestacionales resulte abierto o impreciso no constituye ninguna novedad para la teoría de la interpretación, que con frecuencia ha de trabajar con conceptos no menos vagos o ambiguos.”³¹ No sólo de claridad vive el jurista vino a decir Hart.

Más bien parece que la relegación y censura a la que cierto sector jurídico-político ha sometido a los derechos sociales podría deberse “en muchos casos a que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos.”³² Sin embargo, a estas alturas, tomarse los derechos en serio incluye y exige necesariamente tomarse en serio los derechos sociales y para ello, de poco sirven ya aquellas consideraciones didácticas pero poco rigurosas que recurrían a las diferentes clases de obligaciones que se esperaban del Estado. Simplificación que elude y oculta la verdadera naturaleza de los derechos pues, sean del tipo que sean, requieren intervenciones de hacer y no hacer por parte de la Administración. Por ello, encaja mejor la teoría que propone un complejo de obligaciones positivas y negativas articuladas en diferentes niveles que podrían esquematizarse del siguiente modo: obligaciones de respeto, el Estado no debe vulnerar a través de su acción u omisión el ejercicio del derecho; obligaciones de protección, el Estado debe evitar que terceros vulneren a través de su acción u omisión el ejercicio del derecho y, por último, obligaciones de garantía el Estado debe satisfacer el ejercicio del derecho cuando el titular no puede hacerlo por sí.³³ Esa teoría permanentemente subyacente de los “dos mundos”, el efectivo de los derechos civiles y políticos frente al casi casi retórico de los sociales, a la que Prieto se refiere con

³⁰ Abramovich, Víctor y Curtis Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pág. 20.

³¹ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, 1998, pág. 107

³² Abramovich, Víctor y Curtis Christian. *El umbral de la ciudadanía, op. cit.*, pág. 21.

³³ Abramovich, Víctor y Curtis Christian. *El umbral de la ciudadanía, op. cit.*, pág. 26 a propósito de Van Hoof, Godfried, “The Legal Nature of Economic Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston Ph. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 97-110.

desaprobación, no sólo no ayuda sino que más bien estorba si de lo que se trata es de avanzar en la consecución de los derechos.³⁴

Pero no sería honesto ni eficaz hacer caso omiso a una observación del mismo profesor, a mitad de camino entre la opinión y el pronóstico, que nos alerta de que los derechos, unos y otros, son derrotables y lo son porque no es preciso que reglas y principios pierdan su validez para desaparecer del ordenamiento jurídico sino que su derrota puede llegarles porque "queden expuestos a nuevas excepciones que no son previsibles *ex ante*", nuevas circunstancias y contextos inéditos de cuya valoración y peso pasa a depender la fortaleza y consecución de un derecho. Y si, como él dice, ello es predicable de todos bien podría ser que afecte más a aquellos cuya legitimidad descansa en una cierta progresividad: los sociales. Sabido que, en los tiempos que corren se hace de la progresividad una lectura rócana y se la asimila apenas con una no regresividad. Así, del artículo 2.1. del PIDESC, en virtud el cual al Estado corresponden obligaciones tales como "adoptar medidas (...) hasta el máximo de recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" empezamos a conformarnos hoy con que se haga una interpretación de tránsito en tanto sociedades y Estados se acomodan a una crisis que parece estar dispuesta a sacrificar la estabilidad social a favor de la financiera.

La recesión de algunos países europeos y, en general la situación de crisis económica en la práctica totalidad de Europa, hace pequeñas las críticas antedichas y que, provenientes de la teoría jurídico-política, habían supuesto hasta ahora un muro franqueable. En otras palabras, si hasta hace no mucho tiempo el principal desafío al que tenían que hacer frente los teóricos y los defensores de los derechos sociales era de tipo político, ahora, es el económico el más alarmante. Sobre todo, porque son muchos los que piensan que bajo pretextos economicistas se está emprendiendo un verdadero desmantelamiento del modelo social del Estado democrático de derecho. De modo que, al amparo de contabilidades y recuentos los derechos sociales podrían ser derrotados por quienes ya antes recelaban de su mera existencia. Pero al respecto habría que considerar, al menos, tres cuestiones.

Una, que si bien es cierto que tales derechos tienen un elevado coste, también lo es que parte del mismo es atribuible a que "a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción ha quedado confiada en los sistemas de *welfare* a una onerosa y compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de

³⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos, op. cit.*, pág. 116.

discrecionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia." La "caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas" de poco han servido a un sistema de derechos sociales coherentes.³⁵

Dos, tampoco es barato el mantenimiento e implementación de los otros, los civiles y políticos, y a nadie se le ocurre limitarlos, condicionarlos o suprimirlos por razón de su carestía. Garantizar la propiedad, por ejemplo, requiere un enorme esfuerzo por parte del Estado que va desde la seguridad pública a la registral pasando por todo un elenco de derechos cuyo sostén corre a cargo del erario público. O el sufragio, que ningún sentido tendría de no garantizarse paralelamente la pluralidad política y del que resulta casi imposible concretar su coste, cómputo que, por otro lado, nadie reclama.

Y tres, además y junto a la legítima preocupación por conocer el coste que para las arcas supone el desarrollo de los derechos sociales, habría también que analizar cuál es el coste de no hacerlo, el coste de recortar o suprimir las garantías que la igualdad y la libertad requieren pues resulta incorrecto, falso y hasta ineficaz suponer que sólo a base de números puede alcanzarse la cohesión precisa para garantizar la paz social. Y ello sin entrar en el terreno de la moral que es ya el del Derecho mismo.

No es posible pretender transitar por el Derecho sin hacerlo por la moral o hacerlo sólo cuando le cubica a los balances, o no, admitamos que puede hacerse pero admitamos pues que ello implica forzar hasta romper las reglas de juego que nos habíamos dado. Y entonces, secuencialmente nos hallamos, necesariamente, ante: ruptura de reglas, nuevas reglas, nuevos conflictos, nuevos equilibrios. Lo que a mi juicio subyace es que de las tres dimensiones de la sociedad apuntadas por Taylor y presentes en el imaginario social moderno -la economía, la esfera pública y el sistema político- no parece existir hoy una interdependencia equilibrada o recíproca. Sí entre las dos últimas, como Habermas ha recalcado en varias ocasiones, pero no en cuanto a la primera, diría más bien que concebimos a la sociedad como economía y de ahí traen causa nuestras decisiones. O mejor, dicho por Taylor, "concebir mi sociedad como economía implica, precisamente, no concebirla como acción colectiva, pero sólo porque entiendo el sistema de esta manera emprendo transacciones de mercado como lo hago."³⁶ En idéntico sentido, la expresión de Baumann "la sociedad sitiada"³⁷ ayuda, sitiada por la economía, por el economicismo, por un ambiente de anoxia moral que repercute y cómo en un Derecho que la había

³⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pág. 110.

³⁶ Taylor Charles, *Imaginarios sociales modernos*, tr. R. Vilà, Barcelona, Paidós, 2006, pág. 91.

³⁷ Baumann, Zygmunt. *La sociedad sitiada*, México, F.C.E., 2004.

previsto e integrado, que incluso se impregnó de ella a través de principios y de derechos sociales pero cuya interpretación puede llevar a derrotar aquello que propugnó.

Se cierra el círculo recordando que guarda una importantísima relación lo que hacemos y haremos con el Derecho con nuestra concepción de la sociedad a la que aquél debe servir y rendir cuentas. Al respecto, dos breves apuntes, uno descriptivo, el primero, y valorativo el otro, el segundo. Autores como Outhwaite hablan para referirse a la nuestra, de una sociedad *light*,³⁸ una sociedad de lazos débiles a la que corresponderían derechos débiles, tanto más débiles cuanto más dependan del visto bueno de una economía que hoy lo llena todo. Y, dos, seguimos anhelando una sociedad decente, una sociedad que, como dice Margalit, es aquella de la que "a grandes rasgos puede decirse que no humilla a sus integrantes."³⁹ Pero "¿qué razón mejor podemos tener para sentirnos humillados que la violación de nuestros derechos, especialmente de aquellos que, supuestamente, protegen nuestra dignidad?"⁴⁰ Y esos no son otros que los derechos humanos de los que los sociales son un subconjunto, una parte.⁴¹

Es muy probable que, en estas circunstancias, con el asedio financiero y la argumentación política que lo avala, no haya demasiados motivos para ser optimistas respecto al futuro más cercano de los derechos sociales, sin embargo, precisamente, porque, como aduce Margalit, "el conservadurismo político sostiene la opinión (o la falacia) de que no hay que adoptar ideales optimistas porque no hay razones para ser optimistas (...) No creo que sea una razón suficiente para desacreditar un ideal". Sobre todo porque sin ideal no hay estrategia y sin ella no se podrá afianzar el camino recorrido hasta aquí por los derechos sociales en su búsqueda constantes de dignidad. Percibimos y tallamos nuestra realidad a través de un modelo que parece estar a punto de ser sobrepasado y del que hay un gran empeño en que la única alternativa viable sea una versión globalizada del *laissez faire, laissez passer*. Sin embargo, sabido que en un mundo complejo como el nuestro han de coexistir principios jurídicos y morales contrapuestos⁴², a falta de una estrategia de aproximación a un ideal igualitario que corrija y suavice a la anterior me temo que, aquélla, por sí sola, nos obligará después a remendar los retales de una sociedad demasiado deshilachada.

³⁸ Outhwaite, William. *El futuro de la sociedad*, tr. E. Marengo, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, pág. 153.

³⁹ Margalit, Avishai. *La sociedad decente*, tr. C. Castells, Barcelona, Paidós, 1997, pág. 17.

⁴⁰ Margalit, Avishai. *Ibidem*, pág. 43.

⁴¹ Ma José Añón Roig y J. García Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 125

⁴² Outhwaite, William. *El futuro de la sociedad*, *op. cit.*, pág. 163.

Según parece vuelve a ser tarea pendiente la que en su día nos mostrara Taylor,⁴³ pues, por lo visto, de nuevo toca reinventar el pueblo.

⁴³ Taylor Charles, *Imaginarios sociales modernos, op. cit.*, pág. 169.