

LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

THE NATURE OF SOCIAL RIGHTS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE

Fecha de recepción: 12-9-06

Fecha de aceptación: 5-10-06

Resumen: *En este trabajo se analizan algunos de los argumentos más frecuentemente utilizados para negar la juridicidad y exigencia de los derechos sociales: su diferente coste económico, los deberes que implican, su carácter como reglas o principios, su naturaleza como derechos individuales o colectivos, su importancia y el papel que los jueces juegan en su garantía. Se pretende discutir estos argumentos para defender la identidad, al menos en lo que se refiere a su importancia, entre uno y otro grupo de derechos. Para ello se parte de la diferencia entre derecho y garantía.*

Abstract: *In this paper the arguments more often used to deny the juridical reality and the demands of social rights are studied: the differences between their economical costs, the duties they imply, if they are rules or principles, if they are individual or collective rights, their importance and the role the judges must play to guarantee them. The purpose of the paper is discussing all these arguments to defend the identity, at least referred to their importance, between one and another group of rights. With that purpose the starting point is the conceptual distinction between rights and guarantees.*

PALABRAS CLAVE: derechos sociales, derechos fundamentales, garantías.

KEY WORDS: social rights, human rights, guarantees.

Normalmente se suele considerar a los derechos sociales como imperfectos, incompletos o de difícil realización. Frente a los de libertad, los derechos civiles y políticos, los sociales se presentan como derechos de segunda

categoría. Esto puede deberse, en parte, al momento en que aparecieron, posterior al de los derechos de libertad. Cuando se analiza la evolución en la positivación de los derechos, se suele decir que los sociales surgieron en lo que se conoce como el proceso de generalización¹, cuando las presiones de los movimientos obreros y la incorporación de los partidos de los trabajadores a los parlamentos gracias a la extensión del sufragio hicieron posible la entrada de pretensiones de igualdad real (y no sólo formal) en el diseño de la política; pretensiones que se sustanciarían en un catálogo de derechos que, no obstante, no se vio garantizado y recogido de forma efectiva hasta después de la II Guerra Mundial con la aparición y el desarrollo de los Estados de Bienestar².

Aunque durante las décadas de crecimiento y asentimiento del Estado de Bienestar, los derechos sociales comenzaron a verse como derechos irrenunciables que formaban parte del catálogo con la misma importancia que los derechos de libertad³, la crisis que este modelo de Estado lleva viviendo desde los años setenta ha vuelto a poner sobre la mesa la cuestión de si los derechos sociales son auténticos derechos y no simples pretensiones bien intencionadas⁴. Dudas que se dejan ver, sin ir más lejos, en la plasmación que el constituyente hizo de muchos derechos sociales dejándolos con un grado de protección no tan fuerte y, sobre todo, no tan directa como la de los civiles y políticos. Pues bien, al margen de cómo se articule esta protección en nuestro texto constitucional, en este trabajo intentaré examinar si ciertamente los derechos sociales no son más que principios programáticos que no es-

¹ Sobre este proceso, cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 168 y ss.

² Cfr. las características de este proceso con más detalle en M. J. RUBIO LARA, *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

³ Y es que, como ha señalado R. MISHRA, "se podría decir, sin exageración, que en la década de los sesenta la superación de los desequilibrios sociales mediante la puesta en práctica de programas y servicios sociales casi se convirtió en una política multipartidista [...] En ningún lugar del mundo occidental existía un rechazo manifiesto del compromiso estatal con el bienestar" en R. MISHRA, *El Estado de Bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, trad. de R. Muñoz de Bustillo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, p. 27.

⁴ Ésta es la opinión de algunos destacados autores como D. ZOLO para quien los derechos sociales serían únicamente servicios sociales, prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por los gobiernos para lograr una mayor integración, orden público e igualdad. Cfr. D. ZOLO, "Libertad, propiedad e igualdad" en L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 75-104.



tán a la altura de los derechos de libertad o si, por el contrario, son derechos tan auténticos, tan jurídicos como los primeros. Para ello, en primer lugar, ofreceré una definición de derechos humanos que no pretende estar ligada al campo del Derecho positivo de este o aquel país, sino que quiere abarcar cualquier positivación posible de los derechos, una definición, en fin, ofrecida desde el ámbito de la Filosofía jurídica. A continuación examinaré y discutiré los argumentos que se suelen señalar para indicar la naturaleza rebajada de los derechos sociales. Y terminaré argumentando que no sólo se trata de auténticos derechos sino que incluso podría considerarse que tienen un carácter previo, al menos en sentido lógico, a los derechos de libertad.

1. UN CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y UN CONCEPTO DE GARANTÍAS

Es muy conocido que, sobre el concepto de derechos humanos, como sobre el mismo concepto de Derecho, no existe acuerdo. En función de que adoptemos una visión iusnaturalista o positivista, los derechos serán una u otra cosa. Si aceptamos la existencia del derecho natural, los derechos humanos son los derechos naturales que las personas tenemos por el hecho de serlo, que tienen un carácter previo a la aparición del Estado y que se sitúan por encima del gobierno y el poder. Son, en palabras de Dworkin, los derechos morales (*moral rights*) como derechos contra el Gobierno⁵. Los derechos naturales son, por tanto, universales, absolutos e inalienables. Esta idea se puede asumir, pero no está exenta de dificultades que ha señalado una larga tradición filosófica. Los derechos naturales tienen una naturaleza eminentemente moral, con lo que estaríamos dando entrada a la moral en el ámbito del Derecho, lo que a los científicos del Derecho les preocupa pues supone perder la autonomía de la ciencia jurídica como tal disciplina. Sin embargo, éste no es el mayor problema porque la autonomía de las ciencias no deja de ser un mito académico. Si dirigimos la mirada a la sabiduría clásica, la filosofía lo encerraba todo, y es que el saber puede parcelarse como método para entendernos entre nosotros, pero el saber como tal es único. La realidad es una y nuestro conocimiento sobre ella se construye a partir de lo que nos ofrecen esas distintas ramas que llamamos disciplinas o ciencias.

⁵ R. DWORKIN, *Los derechos en serio* [1972], trad. M. Guastavino, Ariel, 5ª reimpresión, Barcelona, 1997.

La cuestión que en materia de derechos el iusnaturalismo no es capaz de resolver es ofrecernos un catálogo de derechos naturales que sea único, porque en función de los autores que leamos desde la Edad Media hasta el presente, ese elenco se va modificando. Quizá su clausura es algo que tenemos que solventar desde la argumentación moral, pero entonces deberíamos sentarnos a discutir antes de ofrecer un listado cerrado o de hablar tan siquiera de derechos naturales. Y ya se sabe que poner fin a este tipo de discusiones no es cosa fácil. Por otro lado, habría quien dijera que los derechos naturales son únicamente los llamados derechos de libertad, es decir aquellos que preservan una esfera de decisión propia frente al Estado, los derechos de no interferencia, y que los derechos sociales no lo serían porque aparecen muy vinculados a las circunstancias socio históricas y socio económicas de cada pueblo, no pudiendo por tanto predicarse su universalidad. Esto ha sido discutido por algunos autores, como entre nosotros Pérez Luño, que parece no tener grandes problemas en admitir la existencia de derechos sociales dentro de la idea del derecho natural, ya que vendrían a concretar una pretensión de igualdad y de satisfacción de necesidades que sería universal aunque luego, en función de cada momento y de cada contexto, habría que concretarla de diferente manera. Incluso los llamados derechos de nueva generación, el derecho al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad y a la autodeterminación de los pueblos se han defendido con argumentos iusnaturalistas moderados⁶.

No obstante, creo que si queremos mantener la autonomía del Derecho como ciencia y como disciplina y no dar entrada a subjetivismos varios en nuestro sistema jurídico y en la resolución de conflictos a los que el Derecho debe dar respuesta, hemos de adoptar lo que se ha dado en llamar una visión dualista de los derechos, que reconoce el papel y la influencia de la moral en el Derecho pero no califica automáticamente esas pretensiones como jurídicas por muy justificadas que estén. Según esta conocida visión, los derechos humanos serían pretensiones morales justificadas (y éste sería el ámbito de la

⁶ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 8ª edic., Madrid, 2003, pp. 82 y ss. Sobre la nueva generación de derechos humanos y su fundamentación, cfr. M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2002. Cfr. También el debate sobre el derecho a la paz en I. CAMPOY CERVERA, M. E. RODRÍGUEZ PALOP y J. L. REY PÉREZ, *Desafíos actuales a los derechos humanos: reflexiones sobre el derecho a la Paz*, Dykinson, Madrid, 2006.



discusión moral, de la filosofía ética sobre los derechos) que han sido reconocidas por el ordenamiento como jurídicas, esto es, como normas de Derecho imperativas. Habrá por tanto pretensiones morales justificadas que todavía no sean derechos porque aún no se les ha dado el reconocimiento jurídico. Para hablar de derechos en un sentido jurídico y no moral es necesario que estén positivizados como auténticas normas jurídicas. Algún autor, como Peces Barba, ha incluido un tercer elemento fruto de la preocupación por la crisis del Estado de Bienestar, y es que además de los dos señalados, el derecho tendría que ser realizable, esto es, dado el contexto de escasez en el que vivimos el derecho ha de poder ser eficaz, de tal forma que los obstáculos o impedimentos para materializar esas pretensiones recogidas en la norma si no son salvables, provocarían que no se pudiese hablar propiamente de un derecho fundamental porque la justicia y la validez precisan de la eficacia⁷. De acuerdo con esta idea, la escasez podría convertir en ineficaces algunos derechos, esto es, podría dejarles sin el carácter de la juridicidad al exigir la viabilidad para poder hablar de derechos. Aunque sin duda no es la intención del Profesor Peces-Barba, se aprecia que este argumento puede utilizarse para negar de golpe todos los derechos sociales. Si carecemos de recursos para satisfacer las necesidades de vivienda, salud, trabajo, alimentos a la población, es que todas estas pretensiones por muy morales que sean no pueden ser articuladas como instrumentos jurídicos.

Sin embargo, sin negar su importancia, creo que este tercer elemento pertenece a otra institución cercana a los derechos pero supeditada a ellos. Entre otras cosas, porque los términos escasez, disponibilidad de recursos, o eficacia, son relativos y pueden determinarse en función de variados criterios. Esto no significa pasar por alto la cuestión de la viabilidad, de la posible realización de los derechos, porque sin duda carece de sentido esgrimir teorías de los derechos humanos de espaldas a las condiciones existentes que nos permitan hacerlos realidad. En lo que discrepo es introducir la eficacia en el concepto mismo de derecho. La eficacia pertenece a lo que se pueden denominar como garantías. Éstas serían los diversos medios a través de los cuales los derechos se hacen efectivos; las garantías se utilizan aquí en un sentido distinto al de garantía institucional o al de garantía jurisdiccional (que Ferrajoli denomina garantía secundaria⁸). Cuando digo que la

⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 110-113.

⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

eficacia pertenece a la institución de las garantías a lo que me refiero es a las garantías primarias, esto es, a los mecanismos a través de los cuales se realizan y se hacen efectivos los derechos. Las garantías están supeditadas a ellos porque lo que pretenden es hacer real y efectivo su contenido. Se trata de distinguir entre el *objeto* de un derecho y las *formas* en que éste puede ser realizado, porque un derecho puede realizarse de diversas maneras; para ello es indiferente la forma como se lleve a cabo. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho y otra diferente determinar cuáles son los modos de protegerlo; éstas variarán en función del contexto social e histórico, de la disponibilidad de los medios y de los factores de la realidad social que la visión integral considera que conforman el tercer elemento del concepto de derecho fundamental. En mi opinión, toda la dimensión de la eficacia cae de lleno en la institución de las garantías que, estando muy cercana a los derechos, se encuentra supeditada a ellos. Ponerlas al mismo nivel significa que el derecho y la moral, que el reconocimiento de los derechos humanos, estaría supeditado a la economía⁹. Y esto se presentaría disfrazado de objetividad económica, cuando la economía, si de algo carece es de objetividad, porque responde casi siempre a ciertos intereses e ideologías. Si situamos la dimensión económica en las garantías, supeditadas por tanto a los derechos, estamos poniendo por encima de la economía la moral y el derecho. Y este orden me resulta más razonable.

Si las garantías son las diversas maneras en que un derecho puede satisfacerse, eso supone que son más variables que los derechos. En función del contexto histórico y económico, cada vez más cambiante, tendremos que ir adaptando las garantías para lograr que los derechos sean siempre eficaces. Los derechos entonces permanecen, pero las garantías han de estar modificándose para adaptarse a una realidad nunca estática. En consecuencia, el criterio para optar por unas u otras garantías, por unas u otras formas de hacer efectivo y real el contenido de los derechos, dependerá de la eficacia que unas u otras acrediten y demuestren. Uno de los elementos que nos permitirá elegir entre las posibles garantías será el de la eficiencia económica. Los derechos son reconocidos como exigencias de una teoría de la justicia deter-

⁹ Así lo pone de manifiesto F. J. ANSUÁTEGUI ROIG al señalar que “las estructuras jurídicas han de estar más pendientes de la realidad moral que de la realidad económica. Es la fuerza de la realidad moral la que, a través del apoyo que supone su juridificación, va a transformar la realidad social”, en F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993-1994, p. 665.

minada susceptibles de juridificarse y luego, a la hora de ver qué instituciones pueden hacer efectivos sus contenidos, optaremos por aquéllas que resulten más rentables. Los derechos son prioritarios, el deber ser se sitúa por encima del ser. La economía y sus limitaciones únicamente entran en juego cuando intentamos optar por la mejor manera de llevar a cabo el contenido de un derecho: a la hora de evaluar varias garantías de un mismo derecho, lo primero que hay que examinar es si todas ellas sirven para hacerlos efectivos y una vez comprobado esto, habrá que determinar cuál resulta más eficiente en el contexto donde se va a aplicar. Si no operásemos de esta manera, las condiciones de escasez de cada contexto nos podrían llevar a hacer un reconocimiento diferenciado de los derechos, perdiendo éstos su vocación de universalidad.

Teniendo claro el concepto de derecho que voy a manejar y el concepto, a él supeditado, de garantía, intentaré ahora analizar los argumentos que tratan de negar la juridicidad a los derechos sociales¹⁰.

2. ¿SON REALMENTE DISTINTOS LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y LOS DERECHOS SOCIALES?

Muchos autores consideran que existen profundas diferencias entre, por un lado, los derechos de libertad, los civiles y políticos, y los derechos sociales, por el otro. Habría que decir, antes de entrar a analizar estos argumentos, que el nombre de los derechos que hoy nos ocupan no es muy correcto. Porque ciertamente sociales son todos los derechos; también los civiles y políticos en cuanto que tratan de ordenar nuestra vida en sociedad¹¹. Y es que los derechos, el Derecho, sólo tiene sentido en la vida social. Por eso, como diré después, quizá yo prefiera la denominación derechos de igualdad a la de derechos sociales. Veamos ahora si los derechos de igualdad tienen una naturaleza distinta a la de los derechos de libertad.

¹⁰ Sigo aquí los argumentos enumerados por R. GARGARELLA en "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, pp. 11-15, a los que añado algunos otros.

¹¹ Señala en este sentido M. CARRILLO que "el carácter social es predicable de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte del ámbito de la vida privada de las personas", en M. CARRILLO, "La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley", *Jueces para la democracia*, núm. 36, 1999, p. 69.

2.1. El diferente coste económico de unos y otros

El primer argumento que de forma reiterada suele utilizarse es que los derechos de libertad y los derechos políticos tienen un coste económico bastante inferior que el que implican los sociales. Éstos serían altamente onerosos para el Estado que para asegurar la salud, la vivienda, la alimentación, la seguridad social, se ve obligado a incurrir en fuertes gastos. Bossuyt, en un artículo clásico sobre la cuestión, señala que esta diferencia de coste se plasma tanto en el contenido como en los rasgos de los derechos. Mientras que el contenido de los derechos civiles o de libertad es fijo y permanente, el de los sociales varía en función del desarrollo económico de cada contexto. Mientras que los civiles tendrían un carácter absoluto, inherente a la esencia del ser humano, los sociales tendrían un carácter relativo, como consecuencia de su variabilidad. Estas diferencias tendrían una serie de efectos: los civiles se ejecutan inmediatamente, han de respetarse en su totalidad y no caben grados en su aplicación, debiéndose universalmente a todos los seres humanos. En cambio, los sociales admiten una ejecución progresiva con lo que en la práctica no pueden garantizarse en su totalidad y aparecen ligados a las necesidades de cierta parte de la población; no serían por tanto derechos universales, sino derechos de determinadas personas que presentan un conjunto de necesidades especiales que han de ser satisfechas¹².

No es cierto que los derechos civiles y políticos no reclamen un esfuerzo financiero al Estado. Si observamos las cuentas estatales vemos que la seguridad exige un dinero que muchas veces excede el de las prestaciones sociales. Nuestras libertades cuestan todo lo que supone mantener un sistema de prisiones, un sistema jurisdiccional, policial, etc. Nuestra participación política también tiene un coste económicamente elevado en las subvenciones a los partidos políticos, asociaciones civiles y sindicales, en la organización de elecciones democráticas, etc. No se puede sostener, por tanto, que los derechos civiles sean gratuitos; cuestan y cuestan mucho dinero¹³.

En segundo lugar, tampoco es exacto que los derechos civiles son fijos y permanentes mientras que los sociales son variables en función del contexto. Lo mismo podría decirse de unos y otros. Los civiles son variables en

¹² M. BOSSUYT, "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des Droits de l'Homme*, núm. 4, 1975, pp. 783-820.

¹³ Cfr. S. HOLMES y C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton and Company, Nueva York, 1998.

función de dónde se presenten, pues cada ordenamiento los protege de una manera distinta y por ello puede decirse que en función del ámbito su contenido puede variar; por ejemplo, la manera de protegerse el derecho a la libertad de expresión no es igual en todos los sistemas jurídicos y algo similar ocurre con el resto de derechos. A la inversa, también podría defenderse que el contenido de los derechos sociales es fijo porque su objeto es el mismo (por ejemplo, garantizar la salud). Y es que aquí, una vez más, donde se están confundiendo los derechos con sus garantías. Son las formas con las que se hace efectivo el contenido de los derechos las que son variables y eso está en función del contexto, pero no sólo en el caso de los derechos sociales, sino también en lo que se refiere a los derechos de libertad. Algo semejante ocurre con el contenido. No es que los derechos civiles sean absolutos e inherentes al ser humano y los sociales sean relativos como señalaba Bossuyt, salvo que defendamos una visión iusnaturalista que considere que sólo los primeros son derechos naturales. Si optamos por una visión dualista, los que tienen vocación de ser absolutos son los valores que luego se irían concretando en derechos en función del momento histórico. Tan absolutos serían los valores que institucionalizan los derechos civiles como los valores que concretan los derechos sociales. También desde planteamientos iusnaturalistas se ha defendido la igual consistencia de uno y otro grupo de derechos, ya que todos vienen a compartir el apoyo en igual conjunto de valores; como señala Pérez Luño, “los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad y la solidaridad, poseen un fundamento tan sólidamente vinculado a los valores iusnaturalistas como pueden tenerlo los derechos derivados de la libertad”¹⁴.

2.2. La diversa naturaleza de los deberes que los derechos civiles y sociales conllevan

Ya se sabe que la afirmación de un derecho tiene como reverso la imposición de uno o varios deberes. Ligado a la idea del coste económico se suele plantear también el argumento de que los derechos civiles son meros derechos de abstención, mientras que los derechos sociales lo son de prestación. Los primeros impondrían deberes negativos, deberes de no hacer, tanto al Estado como a los particulares, mientras que los segundos impondrían deberes de hacer teniendo como único destinatario de esta obligación positiva a los poderes públicos.

¹⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª edic., Madrid, 1998, p. 207.

Esta distinción tampoco es muy certera. Los derechos conllevan todos ellos deberes de muy distinto signo. Los derechos sociales no sólo requieren comportamientos activos, también pueden implicar deberes de abstención dirigidos tanto al Estado como a los particulares: el derecho a la salud, por ejemplo, supone el deber del Estado de abstenerse de desarrollar cualquier acción que dañe ese bien protegido; el derecho al trabajo implica la obligación del Estado de abstenerse de desarrollar ninguna política cuyo objetivo sea la destrucción del empleo, y el derecho a la educación posee como reverso el deber que el Estado tiene de no empeorar o realizar ninguna acción que afecte negativamente a la educación¹⁵. Los particulares también tienen deberes de abstención derivados de los derechos sociales. Los derechos laborales imponen deberes negativos a los particulares, ya que los empresarios no pueden vulnerar, por poner un caso, el derecho al descanso de los trabajadores.

Por otra parte, los derechos sociales implican deberes positivos para los particulares, para los ciudadanos: el más inmediato como ya señaló Marshall en una obra clásica es el deber de pagar impuestos que hacen posible que el Estado materialice los derechos sociales¹⁶. Y quizá se puedan apuntar otros como el deber de trabajar¹⁷.

Al lado de esto, se puede decir que los derechos de libertad no sólo implican deberes negativos, sino que también conllevan obligaciones de hacer tanto para el Estado como los particulares. Cuando, por ejemplo, la Constitución española en su artículo 30 establece el deber de los españoles de defender su país¹⁸, estamos ante una obligación positiva que se deduce de al-

¹⁵ En este sentido, C. FABRE en *Social Rights Under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 53-65, defiende la existencia de derechos sociales negativos.

¹⁶ T. H. MARSHALL, "Ciudadanía y clase social" [1963] en T. H. MARSHALL y T. BO-TTMORE, *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 76.

¹⁷ Aunque sobre el deber de trabajar como exigencia del principio de reciprocidad se mantiene hoy un animado debate. Cfr. en defensa de esta tesis el interesante libro de S. WHITE, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

¹⁸ Señala el artículo 30 de la Constitución española "1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".



gunos derechos de libertad; cuando éstos se encuentren amenazados, los ciudadanos españoles se ven obligados a desarrollar una acción positiva para defenderlos. Y también el deber de pagar impuestos se deriva de estos derechos, ya que hacen posible el mantenimiento de las obligaciones positivas que afectan al Estado, porque sin tal pago esas prestaciones no serían posibles. De la misma forma el Estado tiene deberes positivos derivados de las libertades, ¿cómo podrían explicarse las subvenciones que el Estado otorga a las iglesias si no como una exigencia de la libertad religiosa?

Lo mismo ocurre con los derechos políticos. Conllevan prestaciones positivas para el Estado que ha de organizar los comicios electorales que tienen un considerable coste económico, y para los particulares, cuando se ven obligados a ser miembros de una mesa electoral. Y conllevan deberes de abstención porque ni el Estado ni los particulares pueden llevar a cabo ninguna acción que limite o vulnere el normal desarrollo de unas elecciones o que impidan el ejercicio de los derechos políticos.

Como se ve, todos los derechos despliegan un haz de deberes de distinto signo tanto para el Estado como para los particulares. Las obligaciones variarán y algunas serán más inmediatas y otras menos, pero el signo de los deberes dependerá del contexto en que el derecho en cada caso esté jugando¹⁹. Esto también pone de manifiesto que no es cierta la identificación que muchas veces suele hacerse entre derechos sociales y derechos de prestación. Para intentar demostrar las dificultades de eficacia de los derechos sociales se suele decir que éstos suponen una dotación por parte del Estado, pero esto no es exacto. Derechos sociales como el derecho a la huelga o la li-

¹⁹ Así lo señalan V. ABRAMOVICH y C. COURTIS al señalar que los derechos despliegan un *continuum* de deberes: “habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o de la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional más o menos arbitraria”, V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

bertad sindical no se traducen en una prestación. Y tampoco todas las dotaciones que ofrece el Estado proceden del reconocimiento de derechos sociales: el Estado subvenciona medios de comunicación o la asistencia letrada son ejemplos de derechos prestacionales no sociales. Por tanto, si no es cierta la identidad entre derechos sociales y derechos de prestación, tampoco lo es que el criterio de distinción entre derechos de libertad y derechos sociales sea precisamente el de las prestaciones porque, de hecho, las acciones positivas a las que se ve obligado el Estado provienen también de los derechos de libertad²⁰.

2.3. Los derechos de libertad como reglas, los derechos sociales como principios

Otro argumento que se ha utilizado para distinguir los derechos sociales de los derechos civiles y políticos se basa en la clásica distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas jurídicas de forzada aplicación, su cumplimiento no admite grados, imponen mandatos de resultado. Establecen de forma concluyente sus condiciones de realización, de tal manera que o se cumplen o no se cumplen. En cambio, los principios son pautas que obligan a los gobiernos a hacer algo con un determinado fin, pero sin exigir el resultado. Son obligaciones de procedimiento que admiten un cumplimiento gradual, una gradación en su realización. Son, pues, mandatos de optimización que marcan un ideal que debe cumplirse en el mayor grado posible²¹. De acuerdo con esta categorización, los derechos civiles y políticos serían reglas, derechos que o se cumplen o no se

²⁰ Ésta es la tesis que, si bien con otras palabras, sostiene A. RUIZ MIGUEL, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, n. 15-16, 1994, pp. 651-674: "respecto de ningún derecho jurídicamente reconocido la conducta del poder estatal se debe ni se suele agotar [...] con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, sino que exige también la imprescindible actividad de organización, especialmente policial y judicial, para la protección de aquellos derechos respecto de su violación tanto por los particulares como por el propio Estado" (p. 666). Y la misma tesis sostiene L. PRIETO SANCHÍS al defender que todos los derechos merecen llamarse prestacionales ya que "todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación", en L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 15.

²¹ Esta distinción ha dado lugar a una amplia discusión en el campo de la Teoría del Derecho. Vid. la distinción en R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

cumplen, mandatos de resultado, mientras que los sociales serían principios, órdenes de acción a los gobiernos a los que no se puede exigir un resultado determinado. Esta diferencia está presente en nuestra Constitución y es la manera en la que muchos derechos sociales incluidos en los principios rectores de la vida social y económica se han entendido.

No obstante, la identificación de los derechos civiles con las reglas y los sociales con los principios responde a la intencionalidad previa de rebajar el grado de exigencia de los derechos sociales. Es cierto que la complejidad normativa en la que vivimos exige articular instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, pero no es posible identificar sin más un grupo de derechos con los principios. Dependerá de cada ordenamiento jurídico cómo se configuren éstos (así parece que están contruidos muchos derechos sociales en el sistema jurídico español). Lo que quiero decir es que no hay nada en los derechos sociales que necesariamente los convierta en principios. Los derechos sociales pueden ser analizados también desde el ángulo de las reglas y pueden demandar resultados concretos. Si se proclama el derecho a la salud se puede estar exigiendo que nadie, por ejemplo, sea privado de atención sanitaria primaria. Esto es un mandato de resultado, no graduable que en nuestro país está asegurado. El derecho a la salud puede ser leído en este caso como una regla. También puede leerse como principio y entender que los poderes públicos en la medida de lo posible han de tener presente la salud como un derecho a proteger en las actividades legislativa y ejecutiva que desarrollen. Aquí, el derecho a la salud estaría funcionando como principio. Lo mismo ocurre con los derechos de libertad. La libertad de expresión puede considerarse como una regla, porque exige que todo el mundo pueda expresar sus opiniones sin verse sometido a censura, pero al mismo tiempo puede operar como principio, ya que el gobierno cuando, por ejemplo, concede licencias a empresas radiofónicas o audiovisuales debe tener como guía rectora de su actividad los valores que la libertad de expresión está tratando de proteger. Por lo tanto, en función de en qué contexto estén operando y de la lectura que hagamos, los derechos pueden funcionar en ocasiones como reglas y en otras como principios. No hay nada en los derechos sociales que los configure necesariamente como principios y los imposibilite como reglas. Entenderlo así responde al propósito de devaluar su naturaleza jurídica. Los derechos fundamentales, desde el momento en que se positivizan y se incluyen en el texto constitucional, son principios pues inspiran todo el ordenamiento y deben presidir y estar presentes en la acción legislati-

va de los gobiernos, y son o deben ser reglas porque constituyen auténticas normas jurídicas que exigen la realización de unos contenidos. Funcionarán como unos u otras en función de cada problema en el que aparezcan.

2.4. Los derechos civiles como derechos individuales y los derechos sociales como derechos de grupos o colectivos

Otro criterio de distinción entre unos y otros que se suele apuntar es aquel que señala que mientras los derechos civiles o de libertad son individuales, los sociales serían derechos de grupos, porque otorgan beneficios en la medida en que se pertenece a un determinado colectivo, se construyen sobre una sociología y no sobre una filosofía, como será el caso de los derechos civiles. Los sociales serían, en este sentido, derechos colectivos.

Esta cuestión es bastante polémica porque no todos los autores están de acuerdo sobre la existencia de tales derechos²². En mi opinión es muy difícil hablar de derechos colectivos porque en primer lugar éstos no tienen los límites claramente definidos y, en segundo lugar, porque los colectivos no pueden ejercitar los derechos. Hablar de derechos colectivos sólo tiene sentido si se hace metafóricamente. Todos los derechos humanos son derechos individuales aunque al ser, como se dijo antes, todos ellos derechos que operan en la vida social, precisan de los otros como referente. Hay derechos que demandan un ejercicio colectivo, como es el caso del derecho a la huelga, pero en última instancia el titular del derecho es el individuo. Hay derechos que se precisan en tanto que uno pertenece a un grupo que posee similares necesidades y demandas, pero el titular no es el grupo como tal, sino el individuo que siente esas necesidades²³. Por lo tanto, los derechos sociales son individuales aunque se disfruten por la efectiva pertenencia a un determinado grupo, esto es, por estar situado en una posición determinada. Y es que

²² Al ser una cuestión compleja, no me voy a detener en este tema. Sobre el debate puede verse el completo libro de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002.

²³ Y es que si no lo hacemos así podemos estar incurriendo en defender la existencia de esencias objetivas y no negociables que identifican determinados colectivos, dejando en un segundo lugar a la libertad. Por ejemplo, las reivindicaciones de los colectivos homosexuales en gran medida han asumido el argumento esencialista que dice que la identidad sexual viene determinada biológicamente frente a una postura construccionista que sostiene que la identidad sexual es una opción de libertad. Cfr. E. STEIN (ed.), *Forms of Desire. Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*, Garland Publishing, Nueva York, 1990.



es cierto que los derechos sociales ya no se basan sobre el ideal liberal del hombre abstracto y sin atributos sobre el que se configuraron los derechos de libertad, sino que se construyen sobre una serie de realidades y de problemas, intentando lograr una igualdad de hecho y no meramente formal. Como señala Pérez Luño, “la relevancia dada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger”²⁴. Esta diferencia no disminuye la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Una cosa es que existan y otra distinta es que por ellas únicamente los civiles sean los auténticos derechos. Unos y otros son derechos individuales y unos y otros alcanzan sentido en la vida social, en su ejercicio en relación con los demás miembros de la comunidad política.

2.5. Los derechos civiles como el núcleo duro de los derechos

Otro argumento que se suele utilizar para argumentar la prioridad de los derechos civiles consiste en decir que ellos son el núcleo duro de los derechos, los más fundamentales dentro del ordenamiento jurídico. Se quiere contrarrestar así una cierta inflación en el catálogo de derechos, incluyendo sólo aquellos ligados a núcleo fundamental de principios básicos²⁵. Ésta es una distinción también relevante en el ámbito norteamericano, donde la Corte Suprema restringe la designación de “derecho fundamental” para las libertades, como la de expresión o la de culto, y las básicas garantías procesales. De hecho, toda la filosofía liberal o neoliberal que está detrás de la negación y de los ataques a los derechos sociales parte de la presunción de que el núcleo duro de los derechos son únicamente los que aseguran una esfera de libertad negativa, un ámbito de acción libre de las intervenciones del Estado o de terceros. El núcleo duro de los derechos lo formarían aquéllos que intentan asegurar las libertades²⁶. Sin embargo, no hay ninguna razón para que esto sea así. El argu-

²⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y Libertades*, II época, núm. 14, 2006, p. 157.

²⁵ Cfr. L. HIERRO, “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho” en A. MARZAL (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, J. M. Bosch Editor-ESADE, Pamplona, 2001, pp. 15-45.

²⁶ Siguiendo este argumento se podría argumentar que los derechos de libertad serían derechos absolutos frente a los sociales que tendrían un carácter relativo. A. RUIZ MIGUEL, cit., p. 659, discute esto señalando que ningún derecho es absoluto y que cuando se ponen en juego todos deben ponderarse, algo que afecta tanto a los sociales como a los de libertad.

mento se puede invertir y se podría decir que los sociales son los derechos más básicos, porque si no se protegen los aspectos de la vida humana que tales derechos vienen a resguardar (en concreto la satisfacción de las necesidades más fundamentales como son la subsistencia, la vivienda, la salud o la educación) el resto pierde su sentido. De hecho, de nada me sirve disfrutar de libertad de expresión, de prensa o de creencia, si no puedo ejercitar esas libertades porque me estoy muriendo de hambre. Parece que hay incluso una prioridad lógica que sitúa a los derechos sociales como previos al disfrute de las libertades. Claro que una cosa es la prioridad lógica y otra distinta lo básico o menos básico que puede ser un derecho o un conjunto de derechos. En este sentido creo que todos los derechos son igualmente importantes porque todos tratan de proteger la dignidad de la persona, de proteger valores morales de suma importancia. Entender que los derechos exigen únicamente la protección de las libertades negativas implica manejar un concepto mutilado de libertad que se debe, en gran medida, a esa distinción entre libertad positiva y negativa que popularizó Berlin²⁷ que, siendo válida en lo analítico, no lo es en la realidad. La libertad, para serlo, debe alcanzar lo negativo y lo positivo, debe extenderse también a los medios y oportunidades que la hacen posible²⁸.

2.6. El excesivo protagonismo del poder judicial en los derechos sociales

Otro de las preocupaciones que se ponen sobre la mesa cuando se habla de los derechos sociales es el papel que estarían otorgando al poder judicial en su protección. Dado que el poder judicial tiene en muchos ámbitos atribuida la responsabilidad de poner en juego y hacer operativos los derechos, si esta capacidad se extiende hasta los sociales, eso supondría una reducción de la democracia ya que de todos los poderes el judicial es el que cuenta con menor legitimidad democrática. Confiar a los jueces la puesta en práctica de los derechos sociales acabaría deviniendo en el gobierno de la judicatura, remplazando ésta al legislativo en muchas de sus funciones.

²⁷ I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", *Cuatro ensayos sobre la libertad* [1958], trad. J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 81-96.

²⁸ Cfr. el concepto de *libertad real* que maneja P. VAN PARIJS ligando la libertad no sólo al deseo actual, sino también al potencial y entendiendo que la libertad consiste en "no verse impedido de hacer cualquier cosa que uno pueda querer hacer" en P. VAN PARIJS, *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. J. F. Álvarez, Paidós, Barcelona, 1996, p. 37.

No obstante, esta preocupación no afecta sólo a los derechos sociales; como señala Gargarella “del mismo modo que nos preocupa que los jueces reemplacen a los legisladores para diseñar, por ejemplo, un plan económico, nos debe preocupar que hagan otro tanto en materia de derechos individuales”²⁹. Es sabido que una de las discusiones que hoy ocupa más a los filósofos del Derecho es la tensión que se produce entre constitucionalismo y democracia³⁰. La inclusión de los derechos en los textos constitucionales y su blindaje, supone levantar un coto vedado (en expresión de Garzón Valdés³¹) a las decisiones mayoritarias, construir una democracia sustantiva en la que la decisión mayoritaria no puede recaer sobre los derechos que se recogen en la Constitución y que los jueces protegen de manera efectiva. El constitucionalismo supondría entonces que hay determinadas materias que quedan fuera de la decisión democrática, con el consecuente protagonismo que el poder judicial cobra en este escenario³². Supone abandonar el concepto estrictamente formal de validez para adoptar un concepto con una dimensión sustantiva. Éste, que es un tema al que se le pueden dar muchas vueltas, sin duda apasionante, pero que se sale del objeto de este trabajo, no afecta únicamente a los derechos sociales. También los derechos civiles y políticos en tanto que incluidos en el texto constitucional, forman parte de este coto vedado en el que la decisión democrática no puede entrar. Quizá porque sobre lo que debe recaer la democracia, una vez reconocidos los derechos, no es sobre el objeto de ese derecho, sino sobre las maneras de hacerlo efectivo, esto es, sobre las garantías. Una vez más aquí comprobamos que la distinción entre derecho y garantía resulta pertinente: los derechos quedan fuera del juego de las mayorías porque son pretensiones morales especialmente fuertes que lo que hacen es posibilitar el juego democrático. Son requisitos del mismo tanto los derechos civiles como los sociales. Lo que sí tiene que ser objeto de juego y análisis político, de la decisión mayoritaria, es elegir las instituciones a través de las cuales podemos hacer efectivos esos derechos. Son las garantías las que debemos decidir democráticamente, porque son

²⁹ R. GARGARELLA, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales”, cit., p. 15.

³⁰ Cfr. sobre esta cuestión V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

³¹ E. GARZÓN VALDÉS, “El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 0, 1998.

³² Cfr. los argumentos de L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit.

ellas las que deben ser modificables para adaptarlas a los distintos contextos sociales en los que han de ponerse en juego.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN, ¿QUÉ CARACTERIZA A LOS DERECHOS SOCIALES?

He intentado analizar algunos de los argumentos que se suelen presentar para diferenciar los derechos sociales de los derechos civiles y tratar de negar o de devaluar los primeros en relación con los segundos, que serían, para los autores que así razonan, los auténticos derechos. Creo que no hay nada en estos argumentos que demuestre de manera definitiva que los derechos sociales sean de segunda categoría. Esto no significa, obviamente, que los derechos sociales no se puedan distinguir de los civiles. Podemos diferenciarlos atendiendo a los valores morales que unos y otros tratan de proteger, pero no a su relevancia jurídica. Negar la juridicidad de los derechos sociales es una opción ideológica que lo que pretende es negar el valor moral de la igualdad real que este grupo de derechos trata de proteger y poner en funcionamiento. Los derechos, todos ellos, tratan de asegurar unos intereses y unos valores que constituyen un instrumento de transformación del mundo. Esto lo hacen todos, al margen de su adscripción a uno u otro grupo, porque todos son derechos.

Tradicionalmente los sociales se han identificado con los derechos del trabajador y atendiendo a su contenido se ha señalado que mientras que los civiles serían los derechos de cualquier persona, los sociales serían los del trabajador. Esta identificación responde a una época ya pasada, cuando el vínculo social, la ciudadanía, venía unida a la laboralidad. Esto ocurría, sin duda, en las décadas de desarrollo del Estado de Bienestar cuando el reconocimiento social se alcanzaba con el estatus de trabajador, en una época en la que había más o menos pleno empleo. A partir de los setenta el modelo de bienestar se rompe y surge la quiebra del mundo laboral. Una fractura que se pone de manifiesto en el incremento del desempleo, en la reducción y recorte de la protección al trabajador, en definitiva, en el ataque neoliberal a los derechos laborales y al conjunto de los derechos sociales³³. Esta situación se ha visto acentuada con el complejo fenómeno de la globalización que po-

³³ Una descripción de conjunto de este proceso puede verse en R. CASTEL, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 1997.



ne contra las cuerdas a un Estado que cede y rebaja la protección de los derechos sociales. En nuestro mundo de hoy la laboralidad ya no es sinónimo de pertenencia social, de inclusión, y así tenemos cada vez más personas que trabajan en el mercado negro, *working poors*, trabajadores que entran y salen de la laboralidad cada dos o tres meses viviendo en una precariedad permanente, etc. Seguir identificando los derechos sociales con los derechos laborales, con los derechos del trabajador, significa negar a todas estas personas la titularidad de estos derechos que son, además, quienes más precisan la protección que los derechos sociales desarrollan³⁴. El Estado de Bienestar se asentaba sobre el modelo laboral, pero una vez más no hay que confundir aquí los derechos con las garantías. El Estado de Bienestar es un sistema de garantías de los derechos sociales construido sobre la laboralidad, por eso identificábamos los derechos sociales con los laborales. Cuando este sistema de garantías se viene abajo no arrastra o no debe arrastrar con él los derechos sociales, sino únicamente las garantías que ya no se adaptan a un mundo cambiante y cambiado. Hoy la laboralidad ya no sirve como garantía a los derechos sociales, tendremos entonces que idear un nuevo modelo de Estado social que sea capaz de asegurar este grupo de derechos³⁵.

Los valores que los derechos sociales tratan de proteger son universales. Intentan dar cobertura jurídica a la pretensión moral justificada de igualdad real, a la pretensión moral de que la idea de dignidad de las personas (esto es, la exigencia ética de tratarnos como fines y no como meros medios) demanda la satisfacción de una serie de necesidades básicas sin las cuales no podemos desarrollarnos: necesidad de alimentación, de vivienda, de salud, de protección, de pertenencia a una sociedad. Sólo cuando tengamos cubiertas esas necesidades estaremos en condiciones de ejercitar nuestras libertades. Los derechos sociales se construyen sobre el valor moral de la igualdad real, porque partiendo de la igualdad en la distribución de esos recursos que satisfacen nuestras necesidades, nos podemos situar en una igualdad en el

³⁴ Señala B. de CASTRO que “ante el incesante crecimiento del espacio social ocupado por los sin trabajo, resulta razonable la sospecha de que los derechos económicos, sociales y culturales, entendidos prioritariamente como derechos del trabajo o derechos propios de los trabajadores, empiezan a verse privados de sentido”, Cfr. B. de CASTRO, “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 60.

³⁵ Cfr. sobre esto J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y la propuesta del ingreso básico: perspectivas desde la crisis del Estado de Bienestar*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

punto de partida a partir de la cual seremos responsables de nuestras decisiones. Los derechos sociales, en definitiva, sustraen del juego del mercado la satisfacción de las necesidades imprescindibles para la existencia. Por eso decía al principio que me gusta hablar de derechos de igualdad más que de derechos sociales, porque los dos grupos de derechos, los de igualdad y los de libertad, son sociales, tratan de hacer viable la vida en sociedad, un determinado tipo de vida que persigue el respeto a la igual dignidad de todas las personas. Y por ello, en mi opinión, los dos son igualmente fundamentales, auténticos derechos humanos. La afirmación y defensa de los derechos sociales no supone la negación de las libertades sino su complemento y un requisito necesario para que ellas gocen de pleno sentido³⁶. Por eso, si me apuraran, diré que me parecen lógicamente previos los derechos de igualdad a los de libertad, porque sólo cuando tenemos cubiertas esas necesidades estamos en condiciones auténticas de ejercitar nuestra libertad.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE

C/ Alberto Aguilera, 23

MADRID 28015

e-mail: jlrey@der.upcomillas.es

³⁶ Así lo señala A. E. PÉREZ LUÑO al argumentar que “el nacimiento y paulatino reconocimiento de los derechos sociales no puede interpretarse como una negación de las libertades, sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance” en A. E. PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales”, cit., p. 156.

