

UN POCO DE LUZ SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS: EL CASO DE LOS DERECHOS SOCIALES

(Homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro)

Ricardo García Manrique

Universidad de Barcelona

Es un honor y una satisfacción poder participar en el merecido homenaje a Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO con motivo de su jubilación. Siguiendo las indicaciones de los organizadores, he elegido como tema el del concepto de los derechos sociales, uno que ambos han tratado de manera monográfica en sendos artículos¹. Lo he hecho así por dos razones: la primera es que yo mismo me he venido ocupando del asunto de los derechos sociales en los últimos años y en cierto modo eso me obligaba; la segunda, y más importante, es que creo que esos escritos suyos permiten poner de relieve un rasgo genérico, significativo y compartido de su trabajo académico: su vocación de contribuir a la clarificación de los conceptos jurídicos. No hubiera costado mucho elegir otro: el más amplio de los derechos humanos o el todavía más de los derechos, o bien el del imperio de la ley o el del Estado de derecho; pero estoy convencido de que otros habrán optado por ellos; en todo caso, los textos seleccionados permiten observar de qué manera han concebido y laborado el campo de la filosofía del derecho los dos profesores de la Universidad Autónoma de Madrid.

El concepto de los derechos sociales ni ha sido ni es un concepto claro. Durante mucho tiempo se los ha concebido como derechos radicalmente distintos de los demás (digamos de los derechos liberales, para simplificar, aunque la expresión no sea del todo precisa), a pesar de que los indicios de su parentesco eran evidentes: su presencia conjunta ya en textos tan lejanos como la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (a la de 1793 me refiero), su común vinculación con el valor de la libertad; o su reivindicación indiferenciada por parte de los movimientos sociales y políticos más ilustrados. La evidencia de estos indicios no impidió que muchos los dejaran de lado durante largo tiempo, construyendo una historia falsa de los derechos, en la que los

¹ Me refiero a F. LAPORTA, «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», incluido en J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 297-325; y a L. HIERRO, «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», incluido en R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, 163-222. Los citaré solo por el nombre del autor y el número de la página.

derechos sociales aparecían mucho después de cuando realmente lo hicieron; y vinculando a los derechos sociales con un valor distinto y subordinado, el de la igualdad, en un ejercicio de notable inconsistencia, puesto que resulta palmario que la atribución de cualquier derecho fundamental (y no solo de los sociales) iguala la condición jurídica de las personas, y que no puede haber libertad sin el disfrute de los bienes que garantizan los derechos sociales. El resultado fue una imagen distorsionada de estos derechos, que contribuyó a su relegación al plano de lo pseudojurídico, o de lo infraconstitucional, o de lo ajeno a los tribunales o, en fin, a un plano alejado del de los fines primarios de la comunidad política.

Eso fue hace tiempo. En cambio, hoy la cosa es muy distinta, por lo menos si uno atiende a la literatura más comprometida con la causa de los derechos sociales. En ella lo que se observa es el esfuerzo por mostrar que los derechos sociales son iguales a los derechos liberales. Si antes se diferenciaban *en todo*, ahora resulta que no se diferencian *en nada*. Se han recuperado esos indicios que he calificado como evidentes de su semejanza o cercanía y se han reforzado con otros, como el de que todos los derechos son costosos, o que todos los derechos requieren desarrollo normativo, o que las medidas de protección y promoción de cualquier derecho, del tipo que sea, son muy diversas e incluyen, desde luego, tanto acciones como omisiones. Como consecuencia, se acaba reclamando la satisfacción simultánea de todos los derechos, y por los mismos medios.

Ahora, si los derechos sociales no se diferencian en nada de los derechos liberales, ¿qué sentido tiene seguir manteniendo la categoría? ¿No habría que renunciar a ella, dado que no parece quedar ningún rasgo característico de estos derechos? ¿No será, simplemente, un residuo del pasado que se mantiene solo por inercia o, peor, por deformación ideológica?

Mi impresión es que, siendo muy cierto que los derechos sociales no eran *tan* distintos de los liberales como se nos quiso hacer creer, también lo es que hay algo en ellos que los identifica o caracteriza como derechos diferentes, esto es, que no son *tan* iguales a los derechos liberales como sostienen algunos de sus partidarios. De esta manera, la imagen de la radical identidad puede oscurecer o distorsionar el concepto tanto como la imagen de la radical diferencia. Por eso, creo que la misión de la filosofía del derecho en este punto es la de arrojar algo de luz sobre la categoría, de manera que podamos comprender correctamente lo que designa y sacar las consecuencias prácticas que se siguen de ello.

Pues bien, a esta labor de clarificación conceptual contribuyen los dos artículos de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO, ayudando a disipar esas «densas neblinas emocionales que [...] inducen con frecuencia a la confusión» (LAPORTA: 297). En ambos trabajos puede detectarse una estructura argumentativa común, aunque se articule de manera diferente. Esa estructura se sustenta en dos ideas fundamentales: la primera, destinada a contrarrestar la vieja creencia de la diferencia cualitativa y radical, es que los derechos sociales «no son de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos» (LAPORTA: 301), de manera que «hemos de abandonar la distinción histórico-ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro» (HIERRO: 222).

Para ello, tanto LAPORTA como HIERRO llevan a cabo un trabajo de demolición del andamiaje en que se sustenta la distinción. LAPORTA analiza críticamente la supuesta naturaleza prestacional de los derechos sociales, que es contradicha por la amplia variedad de posiciones normativas que designan tales derechos; sostiene que su mejor fundamento se encuentra en la autonomía y no en la igualdad; y recuerda la posibilidad de violar los derechos no solo por acción, sino por omisión. Por su parte, HIERRO, en un artículo que va mucho más allá de lo que sugiere su título (puesto que no se ocupa solo de la teoría de ALEXY)², identifica cinco pretendidas diferencias entre los derechos sociales y los derechos liberales, basadas en los caracteres particular, relativo, *prima facie*, costoso y programático de los primeros, que se opondrían a los caracteres universal, absoluto, definitivo, barato y justiciable de los segundos. Las identifica primero para deshacerlas después.

Este trabajo de demolición de la diferencia se ejecuta de manera concienzuda y convincente y no me detendré más en él. Me interesa en cambio atender a la segunda idea que considero fundamental en ambos artículos. Es la de que sigue habiendo algo relevante que permite dotar de sentido a la categoría de los derechos sociales y que nos advierte de que su realización, a fecha de hoy, requiere de acciones distintas de las requeridas por los derechos liberales. La cuestión, por supuesto, tiene que ver con el sentido y alcance de la justiciabilidad de los derechos sociales: un sentido y un alcance que, parece, habrían de equivaler al de la justiciabilidad de los derechos liberales si resultase que, en efecto, unos y otros derechos no se diferenciasesen *en nada*. En este punto, el modo en que desarrollan la idea LAPORTA y HIERRO difiere, aunque la conclusión a la que llegan es seguramente la misma.

La base del argumento de LAPORTA es que la satisfacción de los derechos sociales de prestación requiere «un programa amplio de política social y económica», sin cuya previa existencia «la atribución de una acción jurisdiccional individual traslada a los tribunales tareas imposibles de realizar» (LAPORTA: 315 y 316), esto es, tareas de diseño institucional, distribución de responsabilidades y asignación de recursos que no son las propias de la función jurisdiccional, sino de la función legislativa y ejecutiva, y no solo por razones técnicas (que también) sino una razón de filosofía política: atribuir esas tareas a los jueces, si acaso fuera imaginable, supondría una restricción excesiva del principio democrático. Es cierto que esta ineptitud judicial para satisfacer los derechos sociales, cuando ese programa de política social y económica no está vigente todavía, se extiende también a «aquellos derechos civiles o políticos que descansan en una organización pública previa que presta servicios» (LAPORTA: 316). ¿Cuál es la diferencia, pues? No se enuncia de manera explícita, pero hay que suponer que radica en el distinto grado de desarrollo de la organización pública de cara a la satisfacción de unos y otros derechos, que es mayor en el caso de los derechos liberales y menor en el caso de los derechos sociales. Desde luego, se trata de una diferencia coyuntural, porque depende del tiempo y del lugar de referencia; pero el hecho de que sea coyuntural no

² No me ocuparé, por razones de espacio, de las consideraciones críticas que HIERRO dirige al modo en que ALEXY justifica y configura los derechos sociales como derechos «mínimos». He de limitarme aquí a constatar que son muy atinadas, y me permito remitir a mi propio análisis de este punto, creo que débil, de la teoría de los derechos fundamentales del profesor alemán (en *La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, 229 y ss.).

implica que sea poco importante: al contrario, conlleva esa consecuencia básica para la configuración de un derecho: si las condiciones institucionales y normativas que requiere la satisfacción de un derecho no están puestas, ese derecho no será (por razones técnicas) o no deberá ser (por razones políticas) accionable jurisdiccionalmente en los términos característicos en que lo es un derecho subjetivo.

La misma idea se encuentra en el artículo de HIERRO, aquí de manera más explícita:

La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental [...] mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose (HIERRO: 197-198).

No resulta trivial, muy al contrario, el modo particular en que HIERRO equipara los derechos liberales y los sociales: no es que los derechos sociales sean como los derechos liberales, sino que los derechos liberales son como los sociales. Es decir, los derechos liberales *también* requieren esa mediación legislativa (y cabe añadir: ejecutiva) que supuestamente caracteriza a los derechos sociales. Que los derechos liberales sean efectivamente accionables ante la jurisdicción supone que tales mediaciones han tenido ya lugar; y, esto es lo importante, implica que los derechos sociales han de seguir un proceso histórico similar que aún no se ha completado. La diferencia, lo vemos de nuevo, es coyuntural, pero su relevancia para la configuración jurídica de los derechos sociales es mucha. Bien harán los partidarios de los derechos sociales en tomar nota y en comprender: que estos derechos *sí son diferentes* de los liberales; que lo son por la razón indicada; y que, por muy coyuntural o histórica que sea, de ahí se sigue que su satisfacción requiere una articulación compleja de soluciones políticas y jurídicas que los aleja, en la práctica o a fecha de hoy, de los derechos liberales.

1. DOS PREGUNTAS

No sería respetuoso con el estilo académico de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO quedarme en la mera exégesis de sus trabajos. Por eso, la completaré con dos preguntas que sugieren que su análisis podría completarse tomando en cuenta algún elemento adicional. La primera es: ¿no creen los profesores LAPORTA y HIERRO que la diferencia entre los derechos liberales y sociales va un poco más allá de lo coyuntural? Porque, como ya en su día sostuvo T. H. MARSHALL en su clásico ensayo sobre la ciudadanía y la clase social, los derechos sociales contienen expectativas muy amplias acerca de cómo han de organizarse procesos comunitarios básicos (a saber, y por lo menos: la educación, la asistencia y el trabajo, esto es, las actividades cotidianas principales de las personas), procesos que se mantienen abiertos indefinidamente y que no pueden consistir solo en la aplicación de normas jurídicas preestablecidas. Por eso, nunca pueden precipitar en derechos subjetivos plenamente accionables jurisdiccionalmente. Así podríamos enunciar la diferencia: los derechos sociales más característicos tienen un sentido político especial del que carece la mayoría de los derechos liberales.

La segunda pregunta es: desde luego, todo derecho fundamental supone, por definición, una restricción del alcance del mecanismo mercantil de distribución de los bienes o recursos, en favor de una distribución ciudadana (igualitaria y desmercantilizada) del bien o recurso de que se trate; pero, ¿no es cierto que la afectación al mercado que conlleva la vigencia de los derechos sociales es sensiblemente superior a la que conlleva la vigencia de los derechos liberales? La sociedad de mercado se ha mostrado compatible con la vigencia de estos últimos, pero ¿podrá serlo con la plena vigencia de los derechos sociales? Aquí la piedra de toque es el derecho al trabajo más que ningún otro: si un derecho fundamental implica optar por un mecanismo no mercantil de distribución, y si el trabajo es un derecho fundamental, ¿no habríamos de desmercantilizarlo? Pero esto... ¿no supone una alteración *esencial* de la economía de mercado, que se basa precisamente en la consideración del trabajo como una mercancía? Y, en fin, ¿acaso no es relevante esta distinta afectación de la sociedad capitalista a la hora de establecer la distancia que separa a los derechos liberales de los derechos sociales?

Para concluir, dejo aparte el interés intrínseco que tiene la cuestión de los derechos sociales. Prefiero, en cambio, destacar lo que simbolizan o ejemplifican los trabajos de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO sobre esa cuestión (ya he dicho que muchos otros también hubieran servido): una manera de comprender la filosofía del derecho como una tarea (ante todo, o por lo menos) de clarificación conceptual y, con ella, de afinamiento crítico de la cultura jurídica, siempre al servicio del progreso y mejora de esa práctica social impregnada de carácter moral que llamamos derecho. Modesta como pueda parecer esta labor por contraste con otras funciones políticas y jurídicas, o con otros empeños filosóficos supuestamente más ambiciosos, yo me siento muy a gusto contribuyendo a ella; sé que ello se debe en buena medida a la doble fortuna de haber podido aprender de maestros como ellos la manera de hacer las cosas en la universidad, y de haber podido disfrutar de su compañía un trecho del camino, que todavía no se acaba. Gracias y felicidades.



