

Argumentos para una teoría de los derechos sociales*

SUMARIO

Introducción. I. Problema cronológico. II. Problema estructural. III. Problema económico. Conclusiones.

RESUMEN

No es inusual encontrarnos propuestas en relación con los derechos sociales según las cuales estos serían derechos secundarios, devaluados, frágiles, de segunda categoría (o generación), de papel, y todo ello por razones históricas, morales, económicas y jurídicas. En las líneas que siguen, me propongo subrayar que, en realidad, es posible desmontar (eliminar) piezas básicas de este discurso de manera que el mismo al menos se matice como consecuencia de sus inconsistencias. En definitiva, lo que pretendo poner de relieve es que, de la misma manera que no es neutral el planteamiento que tiende a la potenciación y profundización de determinados derechos en el marco del Estado social, tampoco es aséptico y desinteresado aquel otro que, subrayando determinados perfiles de los derechos sociales, elabora un discurso que los relega en relación con otros. No es mi intención proponer una teoría

* Fecha de recepción: 28 de octubre de 2009. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2010.

** Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos”. CSD2008-2007. Este trabajo se ha desarrollado dentro del proyecto de investigación “Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX” (DER-2008-03941/JUR1), Plan Nacional de Investigación Científica Desarrollo e Innovación Tecnológica (2008-2010). E mail: [fcojavier.ansuategui@uc3m.es]. Agradezco a MARI CARMEN BARRANCO, MIGUEL ÁNGEL RAMIRO, ROBERTO-MARINO JIMÉNEZ CANO y LUIS LLOREDO los comentarios efectuados en relación con una primera versión del trabajo.

completa de los derechos sociales que aborde por tanto sus dimensiones históricas, morales, conceptuales y jurídicas. Por el contrario, pretendo señalar algunos aspectos nucleares que necesariamente han de ser abordados por esa teoría. No pretendo elaborar una teoría comprehensiva de los derechos sociales, sino que abordare determinadas cuestiones imprescindibles, en mi opinión, que, por una parte, de una u otra manera deben ser tratadas por una teoría de los derechos sociales y, por otra, constituyen elementos claves en la construcción de una teoría “devaluada” de los derechos sociales, que, por tanto, merecían algún tipo de respuesta. Voy a identificar esas cuestiones de la siguiente manera: el problema cronológico, el problema estructural y el problema económico.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales, derechos fundamentales.

ABSTRACT

It is not unusual to find proposals in relation to social rights by which these secondary rights would be devalued, fragile, second class (or generation) of paper, and all this for historical reasons, moral, economic and legal. In what follows, I intend to stress that it is actually possible to remove (delete) basic parts of this speech so that the same speech at least shades as a result of its inconsistencies. In short, what I want to emphasize is that the way it is not neutral approach that tends to enhancing and deepening of certain rights under the social state is not aseptic and disinterested that other underlying certain sections social rights, develop a discourse that relegates them in relation to others. It is not my intention to propose a complete theory of social rights by addressing both their historical, moral, conceptual and legal. On the contrary, I intend to outline some core aspects which have to be addressed by the theory. I do not intend to develop a comprehensive theory of social rights, but I will address certain crucial issues, in my opinion, on the one hand, one way or another should be addressed by a theory of social rights, and other key elements in building a theory “devalued” social rights and therefore deserve some response. I will identify these issues as follows: the chronological problem, the structural problem and economic problem.

KEYWORDS

Social rights, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

A la hora de diseñar una teoría de los derechos, en el ámbito jurídico, posiblemente hay que identificar tres dimensiones esenciales, no excluyentes, pero necesarias en todo caso: el concepto y fundamento, la historia y la teoría jurídica. En el primer caso, concepto y fundamento, nos planteamos los problemas básicos de la identificación de esa realidad a la que aludimos con el rotulo de “derechos”, y a las bases éticas en las que esa realidad se apoya, bases que contribuyen a su justificación. Al analizar la historia de los derechos nos centramos en los contextos en los que el germen de la idea de los derechos ha ido fraguando y evolucionado hasta llegar a lo que hoy significan. La historia de los derechos puede venir referida por tanto, de un lado, a la evolución de su fundamentación y, de otro, a la evolución de su juridificación (si bien, antes de producirse esa juridificación tendríamos que referirnos preferiblemente a la pre-historia de los derechos¹). Por último, la dedicación a la teoría jurídica es aquella que se produce cuando centramos nuestros intereses en los rasgos y características de la juridificación (en nuestros días y nuestros sistemas la referencia última vendría constituida por la constitucionalización) de los derechos.

Esta triple perspectiva puede tener –a su vez– un triple ámbito de aplicación. Así, podemos poner manos a la obra a la hora de desarrollar una teoría de los derechos, una teoría de un tipo o categoría de derechos (individuales, civiles, de participación, sociales), o una teoría de derecho en concreto: el derecho a la vida, a la libertad de expresión, el derecho de propiedad o el derecho a un medio ambiente limpio, por ejemplo. Como señalo en ambos casos, el estudio completo de los derechos, o de un derecho, exigiría este triple enfoque.

En todo caso, es cierto que el planteamiento que estoy presentando asume una determinada comprensión (o precomprensión, si se admite que la comprensión sería en realidad el resultado de la profundización en las anteriores perspectivas) de los derechos. De acuerdo con la misma, el de derechos, en su completa materialización, sería un concepto jurídico. Hablar de derechos, en última instancia, exige institucionalización jurídica, si bien el requisito de la juridicidad no constituye una exigencia del concepto en el marco del

1 Este planteamiento es el que puede observarse explícita o implícitamente en diversas aportaciones. Explícitamente es asumido por GREGORIO PECES-BARBA y EUSEBIO FERNÁNDEZ. “Introducción”, AA. VV. *Historia de los derechos fundamentales*, t. I, *Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (dirs.), Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p. 9. Implícitamente es el que se comparte en aquellas “Historias” de los derechos que sitúan el momento inicial de su atención en el Siglo XVI. Cfr., al respecto, A. FACCHI. *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2007 y M. FLORES. *Storia dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2008. Por su parte, M. LA TORRE se ha referido a la vinculación entre el concepto de derecho subjetivo y la modernidad en *Dissaventure dei diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 43 a 51.

discurso moral², en el que también adquiere sentido. Por otra parte el de derecho sería un concepto histórico³.

Las tres dimensiones a las que he aludido al comienzo de este trabajo están interrelacionadas entre sí. En efecto, no sólo el concepto de derecho histórico; la historicidad puede predicarse también del fundamento en el sentido de que la reflexión moral desde la que se justifican los derechos ha ido generándose a lo largo de la historia y está condicionada por ésta. De otro lado, la juridificación de los derechos se produce, también, de manera contextualizada, condicionada por las circunstancias históricas. En fin, el “material” juridificado responde a un determinado fundamento. Por otra parte, la vinculación entre las dimensiones conceptuales y la teoría jurídica se evidencia desde el momento en que construimos un concepto a partir de los datos que nos suministra la juridicidad (nacional o internacional) de los derechos.

Si hablamos de derechos sociales, en alusión a una determinada categoría, estamos asumiendo que hay otros derechos que no son sociales. Ciertamente, el adjetivo “social” es un elemento de diferenciación. En efecto, en determinadas ocasiones se ha pretendido construir una teoría de los derechos sociales basada en elementos que los diferencian (en su caso) de otros tipos de derechos, subrayándose esas diferencias entre los derechos sociales y otros tipos de derechos, y desarrollando un discurso en el que aquellos no siempre han llevado la mejor parte. Así, la “diferencia” o “peculiaridad” de los derechos sociales se percibiría si nos situamos en una perspectiva histórica: nos encontramos aquí con el tema de la sucesión de las distintas generaciones de derechos. Se constataría también si nos situamos en el ámbito de la fundamentación: en este punto percibimos la diferencia entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad. Por último al situarnos en el ámbito de la teoría jurídica, nos encontramos con el discurso referido al carácter prestacional de estos derechos, su dificultad para considerarlos auténticos derechos subjetivos, su carácter costoso, la especificidad de sus mecanismos de garantía y la cuestión sobre la idoneidad de la intervención judicial en la estrategia de defensa, de la misma manera que también nos encontramos con que las divergencias son las que le han permitido a GOMES CANOTILHO referirse a una de las paradojas que caracteriza –en ocasiones– la posición estatal respecto a los derechos sociales: “‘bondad’ fuera de las fronteras; ‘maldad’ dentro de las fronteras constitucionales internas”⁴.

2 Cfr., al respecto, C. S. NINO. *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 11 a 48; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIS. *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 72 a 81.

3 No me detendré en el desarrollo de esta idea, que ha sido suficiente desarrollada, entre otros, por NORBERTO BOBBIO. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; y GREGORIO PECES-BARBA. “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en íd. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp. 227 a 264.

4 J. J. GOMES CANOTILHO. “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la pro-

BOBBIO ha distinguido entre teoría e ideología, señalando que una teoría –que, a diferencia de lo que ocurre con una ideología, puede ser considerada como verdadera o falsa– es “la exposición de una actividad puramente *cognoscitiva* del hombre frente a la realidad, y está formada por un conjunto de juicios de hecho que tienen como única función la de *informar* a los demás sobre dicha realidad”. Por otro lado, una ideología es “la expresión de una actitud *valorativa* que el hombre adopta frente a la realidad, y está formada por un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema de valores de quien los formula y que tiene la pretensión de *influir* sobre dicha realidad”⁵. Pues bien, a partir de esta distinción creo que se puede afirmar que en el caso de los derechos determinada, resultado de una interpretación ideológica de alguna de sus dimensiones. NINO se ha referido a esa ideología aludiendo a un “liberalismo conservador” que se basaría en tres confusiones⁶: en primer lugar, la idea de que “el orden del mercado es un orden espontáneo”; en segundo lugar la idea de que “la autonomía personal está constituida por condiciones negativas, como la no interferencia de terceros; sin embargo, también se requieren bienes y recursos que deben ser proveídos tanto por abstenciones como por la conducta activa de terceros, para que las personas puedan elegir y realizar sus planes de vida”; y en tercer lugar, la confusión entre las condiciones normativas y las condiciones materiales de libertad, según la cual “las libertades que son realizadas en normas tiene prioridad sobre las libertades que están asociadas con las condiciones del ejercicio efectivo de las primeras”. A partir de ahí asistimos, en ocasiones, al desarrollo de una idea de los derechos sociales que, muchas veces en el marco de un discurso receloso respecto al Estado Social⁷, subraya, entre

blemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998. A partir de esta divergencia, “casi, podría decirse que, en el plano interno, los derechos económicos, sociales y culturales regresan al lecho universal mas transpositivo de los *derechos humanos*, abandonando el acogimiento jurídico-positivo de los derechos fundamentales” (ibíd.). Desde otra perspectiva, ANTONIO PEREZ-LUÑO se ha referido a la “paradoja insoslayable de unos derechos cuyo *status* formal es el de normas positivas que satisfacen plenamente los requisitos de validez jurídica de los ordenamientos; pero cuyo *status* deóntico está más próximo al de los derechos naturales o al de los derechos humanos (en cuanto exigencias humanas que deben *ser* satisfechas). Que al de los derechos fundamentales, entendidos como categorías jurídico-positivas que *están* dotadas de protección jurisdiccional”: “La positividad de los derechos sociales: un enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y Libertades*, n.º 14, 2006, p. 154.

5 NORBERTO BOBBIO. *El positivismo jurídico*, R. DE ASÍS y A. GREPPI (trads.), Madrid, Debate, 1993, p. 227.

6 Cfr. C. S. NINO. “Los derechos sociales”, en M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO y R. VÁZQUEZ (comps.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 137 y ss.

7 Un discurso, según GREGORIO PECES-BARBA, que “parte del prejuicio de una tradición que sitúa el interés privado como motor de la acción humana y que recela y rechaza un papel protagonista de los poderes públicos para ayudar desde acciones positivas a todas las personas que no pueden alcanzar, por sí mismas, los niveles mínimos de humanización y que se frustrarían si no se apoya su condición humana”: “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes

otras cosas, la posterioridad histórica de los derechos sociales respecto a otro tipo de derechos, los diferentes referentes morales que forman la base de su fundamentación, la relevancia o trascendencia de dimensiones económicas o presupuestarias sin las cuales no se puede entender su funcionamiento y su efectividad, las peculiaridades de su configuración jurídica, entre las que sobresale su carácter prestacional y las consecuencias que de él se derivan, los aspectos relacionados con su titularidad, o con los rasgos de las obligaciones o deberes que los derechos sociales implican.

De manera que lo cierto es que no es inusual encontrarnos propuestas en relación con los derechos sociales según las cuales estos serían derechos secundarios, devaluados, frágiles de segunda categoría (o generación) de papel, y todo ello por razones históricas, morales, económicas y jurídicas. Me propongo subrayar que en realidad es posible desmontar (eliminar) piezas básicas de este discurso de manera que el mismo discurso al menos se matice como consecuencia de sus inconsistencias. En todo caso, con lo que sí nos vamos a encontrar es que tras de esas “razones” históricas, morales, económicas, jurídicas, existen en definitiva planteamientos políticos (en el sentido de ideológicos). En realidad, esta no es una peculiaridad de un específico discurso en relación con los derechos sociales. Por el contrario esos planteamientos ideológicos aparecen de manera inevitable en cualquier discurso sobre los derechos que pretenda trascender al mero análisis lingüístico de los enunciados normativos. Los planteamientos ideológicos intervienen en las diferentes posiciones respecto a determinados derechos. Ello me parece lógico desde el momento en que el discurso de los derechos implica una determinada concepción de los derechos humanos como individuos una cierta comprensión de las relaciones intersubjetivas, y además condiciona un determinado modelo de organización social, cuestiones estas en relación con las cuales los planteamientos ideológicos no pueden suspender el juicio. En definitiva, lo que pretendo poner de relieve es que de la misma manera que no es neutral el planteamiento que tiende a la potenciación y profundización de determinados derechos en el marco del estado social, tampoco es aséptico y desinteresado aquel otro que, subrayando determinados perfiles de los derechos sociales, elabora un discurso que los relega en relación con otros.

No es mi intención proponer una teoría completa de los derechos sociales que aborde por tanto sus dimensiones históricas, morales, conceptuales y jurídicas⁸. Por el contrario, pretendo señalar algunos aspectos nucleares que

para su formación histórica y su concepto”, íd. *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 59.

⁸ Un buen mapa de los problemas relevantes que se plantean en la construcción de una teoría de los derechos sociales es el propuesto por G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; también, AA. VV. *Lecciones de derechos sociales*, M. J. AÑON, J. GARCÍA AÑON (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

necesariamente han de ser abordados por esa teoría. No pretendo elaborar una teoría comprehensiva de los derechos sociales, sino que abordare determinadas cuestiones imprescindibles, en mi opinión, que, por una parte, de una u otra manera deben ser tratadas por una teoría de los derechos sociales y, por otra constituyen elementos claves en la construcción de una teoría “devaluada” de los derechos sociales y que, por tanto, merecían algún tipo de respuesta. Voy a identificar esas cuestiones de la siguiente manera: el problema cronológico, el problema estructural y el problema económico.

Soy plenamente consciente de que dejo en el tintero aspectos relevantes. Pensemos, por ejemplo, en el que podríamos considerar el problema moral. En este punto debemos plantear los problemas de fundamentación de los derechos. Tradicionalmente, los derechos se han reconducido, a la hora de identificar su base moral, a determinados valores como la libertad y la igualdad, lo cual, además de no ser problemático, es necesario, pues la fundamentación de los derechos tiene referencias morales últimas que no son sino la dignidad, la libertad, la igualdad. Las dificultades aparecen cuando esa reconducción a determinados valores ha excluido la concurrencia con otros valores. En realidad, estoy criticando la tajante distinción entre los derechos de libertad y de igualdad, puesto que las dos son necesariamente complementarias. Cualquier discurso que excluya alguna de ellas es inconsistente a la hora de colaborar en la consecución de la autonomía moral del sujeto. No obstante, no me voy a detener en este tipo de problemas⁹, desde el momento en que mi intención es reflexionar sobre algunas cuestiones que condicionan el desarrollo de una teoría jurídica de los derechos sociales, en la que se parte, por tanto, de la positivación de determinadas exigencias de moralidad.

Otro tema que no abordo, por ejemplo, es el referido a la cuestión de la internacionalización de los derechos sociales y la insuficiencia de los actuales escenarios estatales¹⁰. En efecto, el discurso cosmopolita debe afectar también a los derechos sociales y no centrarse de manera exclusiva en los derechos individuales y, si acaso, en los derechos políticos. A no ser que se admita la opción de lo que podríamos considerar un cosmopolitismo incompleto en relación con los derechos, el discurso crítico en relación con conceptos como el de la ciudadanía o soberanía también debe expandir sus consecuencias respecto a los derechos sociales¹¹. La vocación cosmopolita del constitucionalismo¹² debe integrar también dimensiones del constitucionalismo social

9 Al respecto, consultar M. J. AÑON ROIG. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; F. J. CONTRERAS PELÁEZ. *Los derechos sociales*, Teoría e Ideología, Madrid, Tecnos, 1994.

10 Cfr., dentro del marco conceptual elaborado por ROBERT ALEXY, A. J. MENÉNDEZ. “Some elements of a Theory of European Constitutional Rights”, en A. J. MENÉNDEZ y E. O. ERIKSEN. *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 155-184.

11 Cfr. M. LA TORRE. *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, Giappichelli, 2004

12 A ella me he referido en F. J. ANZÚATEGUI. “La dimensión expansiva del Constituciona-

al que se ha referido FERRAJOLI, y no olvidar que un reparto más justo de los recursos en el ámbito internacional puede ser una estrategia útil a la hora de superar especificidades condicionales (materiales, económicos) que impiden la satisfacción de estos derechos de manera generalizada.

Pero, antes de continuar, conviene prevenir en relación con lo problemático del discurso sobre los derechos sociales. Esa problematicidad, en realidad, es el reflejo de lo equívoco de la propia idea de derechos sociales¹³. Quizás habría que plantearse hasta qué punto esta problematicidad no es el resultado de la falta de método y de criterio por parte de los juristas al aproximarnos a ellos¹⁴. Solo una teoría correcta y coherentemente elaborada puede contribuir a la claridad¹⁵. La fortaleza y la claridad de una teoría de los derechos sociales es necesaria, además, porque la manera en la que se aborden conceptual y jurídicamente los derechos sociales va a condicionar de manera importante el destino del constitucionalismo. LUIGI FERRAJOLI se ha referido al constitucionalismo social como una de las tres líneas de desarrollo, junto al constitucionalismo de derecho privado y al constitucionalismo internacional¹⁶, a través de las cuales se debe desarrollar el Estado constitucional (restos de la democracia social); tres líneas de desarrollo que complementan el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo de derecho público y el constitucionalismo estatal, respectivamente. El constitucionalismo social implicaría una profundización en las dimensiones limitativas a las se somete al poder, en relación con las exigencias de los derechos sociales¹⁷.

lismo. Retos y exigencias”, en AA. VV. *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 2008, pp. 73 a 104.

13 Cfr. C. S. NINO. “Los derechos Sociales”, en M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO y R. VÁZQUEZ (comps.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 137.

14 El carácter *fuzzy* de la metodología de los juristas en relación con los derechos sociales, que “significa básicamente que ellos [los juristas] no saben de que están hablando cuando abordan los complejos problemas de los derechos económicos, sociales y culturales”, ha sido puesto de relieve por J. J. GÓMEZ CANOTILHO. “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’...”, cit., p. 37.

15 F. J. CONTRERAS PELÁEZ ha desarrollado la tesis de acuerdo con la cual la internacionalización de los derechos sociales permitiría salvar los problemas derivados del condicionante económico de los derechos sociales en, *los derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 109 y ss.

16 Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos fundamentales”, en íd. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. DE CABO y G. PISARELLO (trads.), Madrid, Trotta, 2001, p. 374 y ss.; íd. “La democracia constitucional”, en íd. *Democracia y garantismo*, M. CARBONELL (ed.), Madrid, Trotta, 2008, pp. 35 y 36; íd. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, “2. Teoria della democrazia”, Bari, Laterza, 2007, pp. 82 a 86.

17 Cfr., al respecto, R. DE ASIS ROIG. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 84 a 86.

I. EL PROBLEMA CRONOLÓGICO

El discurso sobre las generaciones de los derechos forma parte del discurso cotidiano en relación con los derechos¹⁸. Así, los derechos irían apareciendo en el escenario histórico en oleadas sucesivas, bien diferenciadas, de forma que podríamos identificar diversas generaciones o grupos que se reunirían no sólo en torno al momento de aparición, sino también a algunos rasgos o caracteres compartidos. Desde este punto de vista, la de los derechos sociales constituiría una generación sucesiva a la de los derechos civiles y políticos¹⁹. Es cierto que la alusión a las generaciones puede presentar virtualidades explicativas y expositivas, pero también lo es que presenta problemas a la hora de operar como único criterio de análisis de la evolución histórica de los derechos ya que en muchas ocasiones se asume como instrumento metodológico a partir del cual se establecen diferencias claras y explícitas entre tipos o categorías de derechos. En mi opinión, la alusión a las generaciones de derechos serviría, en su caso, como una herramienta a la hora de explicar las condiciones, rasgos y circunstancias de la evolución histórica de los derechos. Así, se podría aludir a las generaciones como una guía de lectura e interpretación de ese curso histórico. No obstante, en el momento en que intentamos caracterizar de manera completa y excluyente los derechos que pertenecen a alguna de las generaciones, nos encontramos con serios problemas para establecer nítidas distinciones generacionales. Por ejemplo, y esto es relevante para el tema que nos ocupa: las exigencias de no intervención, de un lado, y las dimensiones prestacionales, de otro, no pueden ser adscritas en exclusiva a ninguna generación de derechos. Dicha diferencia solo serviría, si acaso, para diferenciar derechos que exigen abstenciones respecto a derechos que exigen prestaciones, pero esta distinción no se relaciona de manera directa y pacífica con una distinción generacional.

Como consecuencia de lo anterior, la concepción generacional de los derechos se ha considerado como problemática en tanto que constituiría un *cliché* o un molde que, cargado de implicaciones teóricas y prácticas, condicionaría (y deformaría) el sentido de los derechos. Como EDUARDO RABOSI lo planteó en su momento, el *cliché* se identificaría con la afirmación de acuerdo con la cual hay tres generaciones de derechos, que surgen de manera sucesiva en la historia: la primera, referida a los derechos civiles y políticos, se prolonga a lo largo de los siglos XVII y XIX; la segunda, referida a los derechos sociales, evidencia su desarrollo durante el siglo XX, y desde sus finales, asistimos,

18 Cfr. por todos, A. E. PÉREZ LUÑO. "Las generaciones de derechos humanos", en íd. *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 25 a 48.

19 Cfr. T. H. MARSHALL. "Ciudadanía y clase social", en T. H. MARSHALL y T. BOTTOMORE. *Ciudadanía y clase social*, P. LINARES (trad.), Madrid, Alianza, 1998.

por último, al desarrollo de la tercera generación de derechos, vinculados al valor solidaridad²⁰.

Pues bien, ¿qué sería lo criticable de esta propuesta generacional? RABOSI sintetiza los elementos problemáticos de la siguiente forma: mas allá de los problemas que implica una transposición a nuestro tema del concepto de la idea de generación, desde el momento en que se puede implicar que una generación sucede a la otra, lo cual no es cierto en relación con las generaciones de derechos, que confluyen y se solapan, el análisis de la evolución histórica de los derechos nos muestra que la tesis, explícita en la teoría de las generaciones, de acuerdo con la cual un tipo de derechos, los civiles y políticos, tiene una precedencia histórica indubitada respecto a los derechos sociales, contrasta con la realidad. GREGORIO PECES-BARBA ha mostrado que los derechos sociales hunden sus raíces en un contexto en el que en muchas ocasiones coinciden con las primeras fundamentaciones de los derechos individuales²¹. Por otra parte, como el propio RABOSI recuerda, si pensamos en los primeros textos de derechos finales del siglo XVIII en Francia, que se gestaron en el marco del proceso revolucionario, nos percatamos de que allí existen formulaciones que hoy sin duda incluiríamos en un discurso de derechos sociales y que están vinculadas a estrategias prestacionales. Pensemos en la declaración de derechos de 1793, en particular en sus artículos 21 y 22. En el artículo 21 se afirma: “la beneficencia pública es la deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar”; por su parte en el artículo 22 se establece: “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”. Otra referencia útil es la de la Constitución Francesa de 1848: cuando en muchos países europeos un derecho político (por lo tanto la primera generación) como el sufragio, no estaba garantizado de manera universal, en el texto francés incluyó en el preámbulo la siguiente afirmación: “VIII. La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad y trabajo y poner al alcance de cada uno la instrucción indispensable para todos los hombres; debe, por una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurando trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajo”. Y en el artículo 13 del mismo texto se establecía: “La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo e industria. La sociedad favorece y fomenta el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria

20 Cfr. E. RABOSI. “Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el *cliché*”, *Leciones y Ensayos*, n.º 69-71, 1997-98, pp. 41 y ss.

21 Cfr. G. PECES-BARRA. “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica y su concepto”, cit., pp. 7 a 66.

gratuita, la educación profesional, la igualdad de relaciones entre el patrono y el obrero, las instrucciones de prevención y de crédito, las instrucciones agrícolas, las asociaciones voluntarias y el establecimiento por el Estado, los departamentos y los municipios, de obras públicas adecuadas para emplear los brazos desocupados; proporciona la asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin medios económicos y que sus familias no pueden socorrer”. Así, la aparición de los distintos tipos de derechos no es lineal y sucesiva: es el resultado de procesos históricos complejos²².

Por tanto, si la sucesión generacional de derechos no sirve del todo para explicar de manera correcta la evolución de los derechos, podemos plantearnos en donde residen sus virtudes. Su efecto “más dañino”, en términos de RABOSI, es que acarrea de manera implícita, o no tanto, una justificación en relación con la prioridad, no solo temporal, sino lo que es más importante, estructural, moral y política de unos derechos respecto de otros. Estructural, porque asume que los derechos de la primera generación se identifican con derechos de autonomía, mientras que los de la segunda generación serían derechos de presentación. Veremos con posterioridad que, en realidad, esta adscripción es problemática. Pero posiblemente lo más relevante es que de la afirmación de la prioridad temporal se deriva una determinada justificación moral y política. Es decir, se establece que los primeros, los civiles y políticos, son los más importantes. En realidad, se está asumiendo la idea de que si fueron los primeros que se positivizaron, ello fue como consecuencia de su superior relevancia moral y política: era urgente reconocerlos y garantizarlos, y para más adelante se dejaría lo relativo a otro tipo de derechos, no tan relevantes, importantes o urgentes.

Pues bien, admitamos –incluso– lo relativo a prioridad cronológica de unos derechos con respecto a otros. Lo cierto es que, aun en ese caso, de dicha prioridad no podría derivarse consecuencia necesaria alguna en relación con la prioridad moral. Estamos frente a una diferencia que sería irrelevante desde el punto de vista moral²³. En realidad estamos frente a un razonamiento que incurre de manera evidente en una falacia naturalista, con los problemas, por tanto, que en torno a su aceptación se derivan: de la constatación de una circunstancia histórica y por tanto fáctica (unos derechos se reivindicaron y juridificaron antes, otros después) se extraen consecuencias normativas (unos derechos son más importantes moralmente hablando, otros lo son menos); la prioridad histórica desemboca en prioridad moral.

22 Sobre el proceso de elaboración y el significado del texto de 1848, consultar R. GARCÍA MANRIQUE. “La Constitución francesa de 1848, en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASIS y F. J. ANSÚATEGUI (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 1 a 88.

23 Cfr. R. GARGARELLA. “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*, n.º 31, marzo de 1998, p. 11.

Podemos añadir algunas reflexiones adicionales en relación con esta cuestión. Por una parte, afirmar la mayor relevancia de determinados derechos, por el hecho de que su aparición histórica es anterior a la de otros, implica una comprensión de la historia de los derechos humanos excesivamente ordenada y estructurada. En realidad las claves que nos permiten entender cómo es que unos derechos se reconocen antes que otros no responden a una razón de prioridad o urgencia moral. La historia de los derechos es la de las doctrinas, las reivindicaciones, las revoluciones, las guerras, las crisis, las conquistas morales, en definitiva, las de las oportunidades históricas que han hecho posibles determinados avances en unos momentos y no en otros, en unos lugares y no en otros. Así, la concepción de la historia de los derechos como una sucesión de generaciones o de categorías

... tiende a borrar o a relegar a un segundo nivel de multiplicidad de vías, escalas y sujetos ligados a la exigibilidad de los derechos sociales [...] [El resultado sería] una historia en exceso formalista de los derechos que no da cuenta ni de sus incumplimientos, ni de sus cumplimientos excluyentes o discriminados, ni de sus retrocesos. Por el contrario lo que demuestran las diferentes ‘historias’ de los derechos sociales es que estos, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, fueron el resultado de conflictos, a veces encarnizados, por la abolición de privilegios y la transferencia de poder y recursos de unos sectores sociales a otros²⁴.

Por otra parte, podríamos plantearnos la cuestión de la prioridad lógica de unos derechos sobre otros. Pero en este caso sería posible hablar de la prioridad lógica de los derechos sociales. En efecto, las necesidades que tienden a ser satisfechas por los derechos sociales son aquellas sin las cuales es difícilmente imaginable el desarrollo íntegro de los individuos: alimentación, cobijo y refugio (vivienda), salud... La afirmación de la prioridad lógica de los derechos sociales supondría afirmar que “sólo cuando tengamos cubiertas esas necesidades estaremos en condiciones de ejercitar nuestras libertades”²⁵. Es más, puestos a desarrollar el argumento que subraya la prioridad lógica de los derechos sociales, la otra prioridad (la temporal y las consecuencias que de ella quisieran extraerse), sería accesoria o perdería la importancia.

24 G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 36.

25 J. L. REY PÉREZ. “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, n.º 16, 2007, p. 155.

II. EL PROBLEMA ESTRUCTURAL

Cuando la teoría de los derechos sociales aborda las dimensiones jurídicas de los mismos, debe afrontar –entre otras cosas– la cuestión de la diferenciación de esos derechos con respecto a otros, diferenciación que se pretende encontrar, por ejemplo, en la estructura de los derechos, en las garantías, en los problemas de titularidad, o en el diferente significado de la acción del juez y del legislador, y en su implementación.

En todo caso, aquello con lo que nos encontramos es una comparación entre tipos de derechos. Por una parte –se afirma– están los derechos “clásicos”, individuales y políticos. En términos generales, y sin afán alguno de exhaustividad, podríamos señalar que estos derechos se caracterizan por su universalidad, su innegociabilidad, su eficacia inmediata, su justiciabilidad, las obligaciones que generan y el grado de institucionalización que exigen. Frente a estos derechos, los derechos sociales no serían universales, serían relativos y negociables, carecerían de eficacia inmediata, no serían directamente justificables, generarían obligaciones de diferente tipo, exigirían un grado de institucionalización mayor que los “clásicos”²⁶.

Por lo tanto, tenemos ante nosotros un panorama en el que hemos asistido a un esfuerzo por distinguir y diferenciar tipos de derechos. En este punto cabría llamar la atención en relación con determinadas cuestiones. En primer lugar, recordemos que es posible cuestionar la legitimidad misma de las clasificaciones de los derechos, desde el momento en que parten de un discurso abstracto²⁷, que en muchas ocasiones contrasta de manera profunda con la realidad. Las clasificaciones de derechos implican la existencia de modelos a los que no necesariamente se ajustan los derechos en su efectiva configuración jurídica. Eso es lo que permite afirmar, en un segundo lugar, que si se toman demasiado al pie de la letra los rasgos que tradicionalmente se han predicado de los derechos (carácter absoluto, universalidad, inalienabilidad...), en realidad no serían predicables, ni siquiera, de todos los derechos individuales; y esos elementos se interpretan en sentido débil, en realidad serían aplicables a todos los derechos y por tanto verían disminuida su capacidad identificativa de unos derechos y por tanto diferenciadora respecto de otros²⁸.

Me interesa detenerme en esta ocasión en la consideración de los derechos sociales como derechos de presentación, sobre todo porque me gustaría subrayar algunas de las consecuencias que se derivan de esa caracterización. La consideración de los derechos sociales como derechos prestacionales es interesante desde el momento en que de ella se derivan consecuencias que

26 En relación con la caracterización de los derechos sociales, cfr., por todos, L. PRIETO SANCHIS. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *íd. Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 69 a 116.

27 Cfr. R. BIN. “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion Pratica*, 2000, p. 15.

28 Cfr. A. RUIZ MIGUEL. “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, p. 656.

merecen nuestra atención mediante un análisis crítico. Frecuentemente se afirma que los derechos sociales se distinguen del resto de derechos porque son derechos de prestación, es decir, porque la obligación que acarrear consiste en una acción positiva por parte de los poderes públicos, sin cuyo concurso no se podría desarrollar una satisfacción generalizada de estos derechos. Evidentemente, en este momento se nos plantea la cuestión de saber si la anterior caracterización, que sin duda constituye un lugar común, merece algún tipo de análisis crítico. ¿En qué sentido?

Creo que esa caracterización merece ser repensada por dos motivos: en primer lugar, porque posiblemente no reduce de manera correcta la realidad y, en segundo lugar, porque de ella se hacen derivar –en ocasiones– consecuencias no necesariamente aceptables.

Cuando de clasificaciones de derechos se trata, es usual manejar algunas. Por ejemplo, aquella que diferencia, de una parte, derechos civiles y políticos y, de otra, derechos sociales. Otra clasificación es aquella que diferencia los derechos de autonomía y los derechos de prestación. Creo que las dos clasificaciones responden a explicaciones o criterios diferentes. Subrayar esto es importante, desde el momento en que sabemos que la aceptabilidad de una clasificación depende del criterio que se asuma a la hora de emprenderla.

En relación con la primera clasificación, los derechos civiles y políticos serían aquellos vinculados a la afirmación del valor del individuo como tal y como protagonistas de las decisiones colectivas. De forma ciertamente esquemática, podemos reconocer que estos derechos, si no de manera exclusiva, se juridifican en los primeros textos que aparecen progresivamente a partir de los finales del siglo XVIII y responden al aliento del liberalismo; si bien hay que ser conscientes de que es precisamente en relación con algunos de estos derechos, en donde el liberalismo evidencia sus inconsistencias internas, derivadas del contraste entre las afirmaciones teóricas y las propuestas de articulación del sistema jurídico político. Estoy pensando en la insuficiencia de la concepción liberal respecto a los derechos políticos, como consecuencia de la afirmación del sufragio censitario y de las restricciones del derecho de participación (que contradicen palmariamente la afirmación del art. 2.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de acuerdo con el cual “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”). Los derechos sociales –por su parte– tienen tras de sí la concienciación en relación con la necesidad de satisfacer las exigencias de las necesidades básicas de los individuos. Su objeto viene determinado por la situación de los individuos en sociedad en relación con los medios materiales de la vida, con los medios de subsistencia. Tienen tras de sí el aliento de las ideologías socialistas que se desarrollaron de manera progresiva a partir del Siglo XIX y su implementación se acomoda en las estructuras del Estado social que culminaría en el Estado de bienestar del Siglo XX.

La segunda clasificación, aquella que diferencia entre derechos de autonomía y derechos de prestación, supone una comprensión de los primeros

como derechos que exigen un ámbito de autonomía, de libre ejercicio, a disposición del individuo. La satisfacción de estos derechos exige una abstención de intervención en ese ámbito de autonomía. Por su parte, los derechos de prestación serían aquellos que exigen la puesta en marcha de técnicas o políticas activas encaminadas a asegurar a los individuos la satisfacción de necesidades básicas que por sí solos, con sus propios medios, son incapaces de satisfacer. La satisfacción de estas necesidades se considera relevante desde el momento en que es esencial para la consecución de la autonomía moral. Por otra parte, la activación de dimensiones de intervención no debe ser entendida como una restricción de la libertad, sino como una garantía de que el acceso a determinados bienes o la satisfacción de determinadas necesidades no acaba siendo lo contrario a un derecho, es decir un privilegio (lo cual ocurriría si sólo unos y no todos tuvieran asegurado el acceso a esos bienes o las satisfacción de esas necesidades).

Hasta aquí ningún problema. Creo que los problemas comienzan cuando se intenta establecer una vinculación, más o menos implícita, entre ambas clasificaciones, de manera que se entiende, por un lado, que los derechos civiles y políticos son derechos de autonomía, y, de otro, que los derechos sociales son derechos de prestación. Como he adelantado, creo que esta vinculación, en primer lugar puede ser desmentida por la realidad; y, en segundo lugar, está en el origen de la consideración de que los derechos sociales son, en exclusiva, derechos caros (consideración de la que a su vez, como veremos, se hacen derivar ciertas consecuencias).

Afirmar que lo que caracteriza a los derechos civiles y políticos es, entre otras cosas, que son derechos de autonomía implica una visión sesgada de los mismos; la configuración jurídica de esa categoría nos ofrece datos en contrario. La efectividad del derecho a la vida no solo exige la ausencia de agresiones; exige la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tienen que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad. Otro ejemplo útil es el de los derechos de participación que implican una estructura institucional muy relevante, que se pone en marcha cada vez que se convoca elecciones políticas. Pensemos en otro ejemplo: imaginemos que en algunos de nuestros países, en alguna ocasión, se llegara a reconocer el derecho de un individuo a que su decisión sobre el final de su vida fuera atendida en determinadas circunstancias (eutanasia directa activa voluntaria). Posiblemente es difícil imaginar una más profunda y evidente manifestación de la autonomía, de un ámbito de libre decisión reconocido al sujeto; pero ese derecho exigiría una necesaria intervención por parte de terceros²⁹, o una serie de prestaciones por parte de los poderes públicos.

29 Entre otras cosas, por la sencilla razón de que hablamos de eutanasia y no de suicidio.

Tampoco los derechos sociales son derechos de prestación en todos los casos: la libertad de sindicación, el derecho de huelga son buenos ejemplos de ellos. Su satisfacción exige el reconocimiento, a favor del titular, de un ámbito de libre decisión de no interferencia. En realidad, muchos derechos implican al mismo tiempo dimensiones abstencionistas y prestacionales. El derecho a la salud y el derecho a la educación pueden ser buenos ejemplos al respecto. El derecho a la salud no implica sólo el respeto a unas determinadas condiciones vitales (eliminando agresiones), sino también la organización de un sistema público de salud que, desde el punto de vista asistencial, asegure su satisfacción. El derecho a la educación por su parte no sólo implica el reconocimiento de la libertad a la hora de elegir la educación y la formación que se prefiera, de acuerdo con las concepciones personales, sino también la articulación de un sistema público de educación. La articulación efectiva de muchos derechos sería el resultado de la imbricación de dimensiones negativas y positivas, de acuerdo con el esquema clásico³⁰, lo cual no impide reconocer la mayor importancia simbólica de las obligaciones positivas por parte del Estado a la hora de identificar a los derechos sociales³¹.

En realidad la distinción entre derechos de autonomía y derechos de prestación no es, por supuesto, tan tajante. No voy a profundizar aquí en el argumento, de acuerdo con el cual, ciertamente todos los derechos serían derechos de prestación, desde el momento en que todos ellos exigen, al menos un reconocimiento, en forma de constitucionalización y desarrollo legislativo, por parte de los poderes públicos (en este caso el legislativo). Ello puede ser cierto —la acción legislativa también es una acción de los poderes públicos—, pero posiblemente estamos ampliando quizás excesivamente la comprensión común de la idea de prestación³², lo que puede constituir un argumento a partir del cual propugnar la desaparición de la distinción entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y económicos, sociales y culturales, de otro³³.

30 ROBERT ALEXY ha desarrollado la idea del derecho fundamental como un todo, entendido como un haz de posiciones iusfundamentales: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 240 a 245.

31 Cfr. V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 25.

32 Un ejemplo en el de la teoría de ROBERT ALEXY sobre los derechos a acciones positivas del Estado (*Teoría de los derechos fundamentales*, E. GARZÓN VALDÉZ (trad.), R. ZIMMERLING (rev.), cap. 9.º, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 419 y ss.). Según ALEXY, los derechos prestacionales (en sentido amplio) se podrían dividir en tres grupos: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento, y derechos a prestaciones en sentido estricto, siendo éstos últimos “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”, p. 482.

33 Cfr. al respecto, L. HIERRO. “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en R. ALEXY. *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 222 a 233.

El problema de la confusión radica, en mi opinión, en que se mezclan tipos de derechos que en realidad obedecen a criterios de identificación diferentes. La distinción entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales, de otro, no es paralela a aquella otra entre derechos de abstención y derechos de prestación. En el primer caso estaríamos asumiendo como criterio relevante el bien protegido o el valor del derecho en relación con una determinada interpretación de las reivindicaciones del individuo y de su posición en la sociedad. En el segundo, atenderíamos a las técnicas, a las estrategias mediante las cuales pretendemos satisfacer los derechos: las técnicas de protección no dependen del tipo de derechos sino de la naturaleza de los bienes protegidos³⁴.

III. EL PROBLEMA ECONÓMICO

Pero la identificación irrestricta de los derechos sociales como derechos de prestación me parece problemática también por las consecuencias que se intenta derivar de la misma. Sabido es que la tradicional distinción entre las libertades negativas y los derechos prestacionales propone tres afirmaciones: la de la prioridad histórica de las primeras, la de su procedencia lógica, y la del carácter costoso de los segundos. Las dos primeras cuestiones ya han aparecido a lo largo de estas páginas. Ahora quisiera referirme, para terminar, a la tercera.

Ciertamente, todos los derechos implican obligaciones dirigidas a los poderes públicos. Éstas pueden consistir en la obligación de respeto, de promoción y satisfacción o de protección³⁵. Como he señalado, la identificación exclusiva de los derechos sociales como derechos prestacionales me parece problemática por las consecuencias que de ella se derivan y es que, en efecto, la estrategia consiste, a partir de esa identificación, en diferenciar entre derechos baratos y derechos caros. De manera que, habría derechos baratos, que serían los derechos de autonomía, las libertades negativas: exigen abstenciones que no implican ninguna decisión económica o presupuestaria. Y habría derechos caros, los derechos sociales entendidos como derechos o libertades positivas que, desde el momento en que presentan una exclusiva dimensión prestacional no solo implican decisiones de transcendencia económica, sino que además (y precisamente por lo anterior), están sometidos a lo que se ha denominado “la reserva de lo posible”, entendida como “gradualidad como dimensión

34 Cfr. A. RUIZ MIGUEL. “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, n.º 16, 1994, p. 654.

35 Cfr. al respecto, H. SHUE. *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, New Jersey, Princeton University Press, 1980, pp. 52 y 53; en similar sentido, G. H. J. VAN HOOFF. “The Legal Nature of Economic Social and Cultural Rights: A Rebutal of Some Traditional Views”, en P. ALSTON y K. TOMASEVSKI (eds.). *The Right to Food*, Utrecht, Dordrecht, p. 99.

lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros³⁶.

STEPHEN HOLMES y CASS SUNSTEIN han intentado desmontar la distinción en la que se apoya el discurso diferenciador entre derechos baratos y derechos caros, es decir la distinción entre derechos (o libertades) negativos y derechos (o libertades) positivos argumentando que, en realidad, todos los derechos son positivos, si bien esta es, señalan, la distinción enraizada en la argumentación de los ciudadanos y también de los juristas, lo cierto es que en realidad es más confusa de lo que pensamos y es una traducción al ámbito de los derechos del contraste entre la idea de un gobierno pequeño y un gobierno fuerte y poderoso. La tesis de HOLMES y SUNSTEIN sería que, desde el momento en que los derechos exigen mecanismos de protección, todos los derechos son positivos, ya que todos ellos, en una u otra medida exigen respuestas afirmativas y no meramente negativas por parte del gobierno³⁷.

Creo que la distinción radical entre derechos caros y derechos baratos puede ser criticada, al menos, desde dos puntos de vista. En primer lugar, contrasta con la realidad. Podríamos, incluso, admitir que hay derechos más caros que otros, pero parece difícil admitir que hay derechos baratos. Ciertamente todos los derechos son caros desde el momento en que, tomarse en serio los derechos, asumirlos en su valor moral, en su transcendencia política y en su operatividad jurídica, implica un entramado institucional y organizativo sin el cual los derechos (sean libertades negativas o derechos de prestación) quedan en proclamaciones retóricas. Como ha señalado FERRAJOLI, la democracia constitucional es costosa³⁸. Estamos, en definitiva, frente a una consideración simplista de los derechos sociales cuando se entiende que generan exclusivamente obligaciones positivas³⁹. En segundo lugar, la distinción entre derechos baratos y derechos caros se instrumentaliza política e interesadamente desde aquellas posturas más proclives a hacer primar aquellos sobre éstos. Es ROBERT ALEXY el que se ha referido a la “explosividad política” de los derechos a prestaciones⁴⁰. El carácter oneroso de unos derechos sería un argumento, más bien una excusa, a la hora de crear condiciones reales de efectividad de determinados derechos. En realidad se está proponiendo un razonamiento que intenta encontrar justificaciones normativas (hay derechos más importantes que otros, y por lo tanto merecen mayor atención) partiendo de realidades fácticas (hay derechos baratos y derechos caros). Lo que ocurre es que, como

36 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’...”, cit., p. 44.

37 Cfr. S. HOLMES y C. SUNSTEIN. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, London y New York, W. W Norton & Company, 1999, en especial, cap. 1: “All Rights Are Positive”, pp. 35-58.

38 Cfr. L. FERRAJOLI. *Principia iuris*, cit., p. 67.

39 Cfr. V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 32.

40 Cfr. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 427.

ya hemos señalado, la premisa fáctica es falsa. Pero supongamos que no lo fuera. Como ha señalado ROBERTO BIN, el razonamiento sería el siguiente: los límites presupuestarios no son oponibles a las libertades; si las libertades no están sometidas a las exigencias económicas, que a su vez condicionan los derechos de prestación, entonces las libertades negativas prevalecen sobre los derechos de prestación⁴¹.

En *Principia iuris*, LUIGI FERRAJOLI se ha referido a esta cuestión recordando, con razón, que el Estado “no es una sociedad mercantil con fines de lucro”⁴². Así, el crecimiento económico (que no es sino una dimensión del bienestar y que por lo tanto no lo agota) no es el fin básico del Estado, ni tampoco un argumento en relación con su legitimidad. Si pensamos en el paradigma pactista, por ejemplo, en LOCKE, observamos que el fin de la institución de la autoridad estatal tiene que ver con la garantía de los derechos y de las libertades, y no con el carácter saneado del balance entre gastos e ingresos públicos. Por otra parte, introducir el elemento del crecimiento económico en un discurso sobre la legitimidad del poder, y someterlo a ponderación con los derechos y libertades podría conducir a una conclusión que reconociera legitimidad al régimen del general PINOCHET en su última etapa o al régimen del general FRANCO a partir del desarrollo económico que se vivió en España en los últimos años 60.

Con lo anterior no quiero decir que en realidad los derechos no tengan nada que ver con la economía y que su satisfacción no esté en modo alguno condicionado por dimensiones económicas. Es evidente que lo está. Esas dimensiones, crean contextos de dificultad, y constituyen elementos que nos pueden permitir priorizar el acceso a prestaciones sociales a aquellos más desfavorecidos en relación con aquellos otros que pueden satisfacer necesidades por sus propios medios. Como HOLMES y SUNSTEIN han señalado, “nada que cueste dinero puede ser absoluto”⁴³. Lo que quiere significar es que la dependencia presupuestaria sería una circunstancia que habría que tener en cuenta a la hora de afrontar los problemas de distribución en contextos de escasez moderada⁴⁴, y no una excusa para no satisfacer derechos. Además, si hemos desestimado la distinción entre derechos baratos y derechos caros y reconocemos que todos los derechos cuestan, la excusa en su caso sería oponible en el proceso de satisfacción y garantía de cualquier derecho, y no sólo de aquellos considerados *a priori* costosos.

El sentido de mi argumento, por el contrario, es recordar que los argumentos morales están del lado de los derechos, no del lado del presupuesto o del

41 Cfr. R. BIN. “Diritti e fraintendimenti”, cit.

42 L. FERRAJOLI. *Principia iuris...*, cit., p. 68.

43 S. HOLMES y C. SUNSTEIN. *The Cost of Rights...*, cit., p. 97.

44 Cfr. F. J. LAPORTA. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en AA. VV. *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 306.

balance de las cuentas del Estado. Este debe estar condicionado –siempre en el ámbito de lo posible– por las exigencias de aquellos. Esta es una conclusión a la que podría arribarse también si se reconoce, como lo hace AMARTYA SEN, que los derechos (todos, no solo las libertades negativas) son factores de crecimiento económico, auténtico motor del desarrollo económico y social⁴⁵. En definitiva, la política más productiva desde el punto de vista económico acaba siendo aquella respetuosa con los derechos.

CONCLUSIONES

En definitiva, he intentado subrayar la necesidad de que una teoría de los derechos sociales asuma demostrar que el discurso referido a tales derechos no debería diferir tanto, como en ocasiones se quiere alegar, en relación con el de los derechos liberales. Ciertamente, la diferencia entre tipos de derechos puede ser útil a la hora de explicar los grandes paradigmas en los que las diferentes concepciones sobre los derechos se han ido forjando. Pensemos en lo que COURTIS y ABRAMOVICH han denominado el modelo de derecho privado clásico y el modelo del derecho social, entendidos como “matrices político-ideológicas diferentes de regulación jurídica”⁴⁶.

Pero más allá de esta ventaja, la elaboración de una teoría devaluada de los derechos sociales como consecuencia de la profundización en las perspectivas que he intentado abordar críticamente en estas líneas, puede situarnos ante la cuestión de hasta qué punto es útil seguir hablando de derechos sociales. En efecto, si a. Las diferencias con otros derechos no son ya relevantes, y b. No obstante, cuando se habla de derechos sociales es, en muchas ocasiones, para subrayar sus “carencias” en relación con los “auténticos derechos”; entonces, una manera de responder a las teorías devaluadas de los derechos y de tomárselos en serio es no utilizar el adjetivo “sociales” y hablar simplemente de derechos fundamentales.

45 Cfr. al respecto A. SEN. *Desarrollo y libertad*, L. TOHARIA y E. RABASCO (trads.), Barcelona, Planeta, 2000.

46 Cfr. V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 47 a 64.