

## Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello

(Comentario al libro de Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. 140 pp.)

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
Universidad de Barcelona

1. Si hoy en día hay una cuestión teórica relevante en materia de derechos fundamentales, esa es la de los derechos sociales, es decir, la cuestión de si los derechos sociales son derechos fundamentales o no lo son, o la de si, siendo derechos fundamentales, son tan fundamentales como los demás y de la misma manera. La cuestión es relevante por la siguiente razón: habiéndose constituido los derechos fundamentales en criterio máximo de legitimidad política, sorprende el grado de injusticia que presentan aquellas comunidades políticas en las que los derechos fundamentales han sido ya reconocidos y garantizados. Esta sorpresa sólo puede aplacarse de una de estas dos formas: o bien resulta que los derechos fundamentales no constituyen un criterio de legitimidad tan exigente, y por eso su reconocimiento y garantía es compatible con un grado alto de injusticia, o bien los derechos fundamentales no están plenamente reconocidos o garantizados, y por eso su reconocimiento y garantía, al ser sólo parcial, es compatible con ese alto grado de injusticia. Desde luego, también cabría cuestionar la premisa, es decir, negar que las comunidades políticas occidentales realmente presenten un grado de injusticia inaceptable, y entonces no habría de qué preocuparse; pero la premisa la daré por supuesta (así que los que no la admitan pueden ahorrarse la lectura de esta reseña). Pues bien: de lo que se trata aquí es, sobre todo, de los derechos sociales, pues son estos derechos los que están más débilmente reconocidos y garantizados en nuestras comunidades y los que, de estarlo adecua-

damente, reducirían de forma significativa ese grado de injusticia. O, al menos, eso creen algunos, como el autor del libro que comentamos y el de esta reseña. De modo que la cuestión de si los derechos sociales son fundamentales o no lo son está asociada con la cuestión de si los derechos fundamentales son de verdad un criterio máximo de legitimidad política. Sólo lo serán si los derechos sociales se cuentan entre ellos (pero entonces habremos de admitir que los derechos fundamentales están reconocidos y garantizados de forma sesgada y muy deficiente); y no lo serán si los derechos sociales no se cuentan entre ellos (y entonces podemos admitir que los derechos fundamentales están aceptablemente reconocidos y garantizados, pero habrá que asumir que eso no dice mucho del nivel de legitimidad política de una comunidad, porque ese reconocimiento y garantía es compatible con injusticias de mucho calibre).

2. En suma, de la respuesta que ofrezcamos a la cuestión de los derechos sociales depende que podamos mantener el prestigio de la idea misma de derechos fundamentales, un prestigio que, si dejamos fuera a los derechos sociales, parecería injustificado, y un prestigio que, en el caso contrario, se mantendría intacto, pero iría de la mano de un juicio muy negativo sobre la legitimidad de nuestras comunidades políticas. A resolver este dilema se aplica el libro de Gerardo Pisarello, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona, un libro que sintetiza, pero también prolonga, un ya significativo número de publicaciones del autor sobre la materia. Su tesis central es ésta: no hay razones para dejar fuera de los derechos fundamentales a los derechos sociales, ni siquiera las hay para, aun admitiéndolos en su seno, atribuirles un lugar secundario. En cambio, sí las hay para situarlos en el mismo plano que a los demás derechos fundamentales. Es decir, que Pisarello entiende que el prestigio del ideal de los derechos fundamentales sólo puede mantenerse si entre ellos se cuenta con los derechos sociales en pie de igualdad con los demás derechos.

3. Con el fin de justificar su tesis, el autor identifica primero los argumentos en que se basa cualquiera de las dos tesis contrarias, esto es, la del lugar secundario de los derechos sociales o la del carácter no fundamental de los derechos sociales, dos tesis que no siempre pueden distinguirse entre sí con claridad; a continuación, dedica la mayor parte del libro a analizar esos argumentos, concluyendo que ninguno de ellos es válido; y el libro se completa con una propuesta de reconstrucción de las garantías de los derechos sociales calificada como democrática, participativa y multinivel, una reconstrucción que permitiría reubicar los derechos sociales en el lugar principal que les corresponde.

4. A mi juicio, el libro de Pisarello es meritorio por dos cosas. La primera es su presentación completa y ordenada de los argumentos en contra del pleno carácter iusfundamental de los derechos sociales. Estos argumentos aparecen divididos en cuatro grupos, que se adscriben a respectivos planos del análisis jurídico: el histórico, el axiológi-

co, el teórico y el dogmático. El propósito es encomiable porque no es habitual, ni tampoco fácil, clasificar todo lo que se ha dicho para justificar la subordinación de los derechos sociales a los derechos liberales. El autor sale airoso del esfuerzo y ofrece un panorama de lo más útil de cara a abordar el problema planteado. En cuanto al segundo mérito, consiste en que el análisis de los argumentos es, por lo general, correcto, mostrándose punto por punto su debilidad, en buena parte causada por lo que el autor llama prejuicios ideológicos, sin duda abundantes cuando de derechos sociales se trata. No obstante, la solvencia no es la misma siempre: me parece que es mayor en los terrenos teórico y dogmático que en el histórico y en el axiológico, aunque también en éstos las principales conclusiones del autor resultan acertadas.

5. Sentado el interés y valía del libro, propongo a continuación dos observaciones críticas puntuales y una reflexión de más amplio alcance, y también crítica, elaborada a partir de la impresión que suscita su lectura. Unas y otra nos aproximarán al contenido concreto del libro y a los interrogantes que abre. La primera observación crítica es ésta: a la hora de abordar los supuestos argumentos históricos en contra del pleno reconocimiento de los derechos sociales, el autor entiende que el relato dominante de la historia de los derechos sociales es el relato de un reconocimiento tardío, lineal y universal, y asocia este relato con la que llama «tesis de las generaciones» (de derechos), una tesis que daría lugar a una percepción distorsionada no sólo del progreso sino también de la misma idea de los derechos sociales. En cambio, ese reconocimiento no siempre fue tardío, porque la fecha de nacimiento de los derechos sociales se acerca mucho a la de los derechos liberales; no fue lineal, sino que sufrió notables altibajos; y no fue universal, sino que, casi siempre, el reconocimiento de los derechos sociales ha sido un reconocimiento excluyente, es decir, para algunos sujetos (definidos por su posición social, o su sexo, o su etnia o su ubicación geopolítica) y no para todos. En esto, el autor lleva razón, y también la lleva en que un relato como el que con razón cuestiona puede favorecer una visión funcionalista y/o mecanicista del progreso en materia de derechos fundamentales en general y sociales en particular. Una tal visión no se acomoda con las condiciones reales de la evolución de los derechos y, por tanto, puede llegar a dificultar esa misma evolución. La manera más evidente en que esto puede suceder es mediante la consolidación de la creencia de que los derechos civiles y políticos pueden asentarse plenamente sin la concurrencia de los derechos sociales o, peor todavía, la creencia de que los derechos sociales no pueden comenzar a garantizarse hasta que los derechos civiles y políticos estén plenamente asentados.

En todo esto lleva razón Pisarello, y su revisión es oportuna, aunque buena parte de ella puede encontrarse en otros autores a los que no recurre y que han matizado el relato generacional típico con la referencia a líneas de evolución o procesos de desarrollo de los dere-

chos (positivación, generalización, internacionalización, especificación) que permiten dar cuenta de muchas de las falacias detectadas por Pisarello en ese relato (así en *El tiempo de los derechos* de Bobbio o en el *Curso de derechos fundamentales* de Peces-Barba, por citar sólo a dos).

Sin embargo, hay algo más. Una vez despejada la historia de los derechos sociales de su carácter tardío, lineal y universal, con el sentido que hemos visto que debe darse a estos adjetivos, hay algo en esa historia de lo más instructivo y es la competición entre dos formas muy distintas de concebir los derechos sociales, todavía abierta y que por eso conviene rastrear en el tiempo en busca de su mejor comprensión. La primera, la liberal, los entiende como derechos a prestaciones mínimas y subsidiarias de las que pueden obtenerse en el mercado; la segunda, la socialista, los entiende como derechos a iguales cuotas de disfrute de los bienes o servicios de referencia (sea la educación, la sanidad y, sobre todo, el trabajo). Para la primera concepción, los derechos sociales son derechos para quienes no pueden encontrar en el mercado la satisfacción de sus necesidades básicas; para la segunda, esta distinción entre quien puede y quien no puede subvenir a dichas necesidades mercantilmente es borrada, porque esos bienes quedan sustraídos al tráfico mercantil y se convierten en atributos de la ciudadanía, esto es, se disfrutan igualmente por parte de todos los ciudadanos. La primera, la liberal, es una concepción de los derechos sociales que puede encontrarse ya en la revolución francesa, y no sólo en la Constitución de 1793 sino ya en la de 1791. La segunda, la socialista, puede rastrearse desde 1848, cuando se tomó conciencia de la incompatibilidad entre los derechos asociados al mercado (propiedad, herencia, libre empresa, etc.) y el igual disfrute de la educación, la sanidad y, sobre todo, repito, el trabajo. Pero entonces sí hay una «tesis» histórica importante en materia de derechos sociales, que estoy seguro que Pisarello no ignora: la que dice que la historia de los derechos sociales es la historia del tránsito desde una concepción liberal y mermada hasta una concepción socialista y plena de los mismos. Ahora, en vez de darle la relevancia que se merece, las referencias a esta alternativa radical, que las hay, quedan dispersas en el texto y no acaban nunca de fijar con claridad sus términos. Y cuando se ignora esta tesis, y se cree que los derechos sociales sólo pueden configurarse al modo liberal, entonces se está articulando un muy útil argumento, aunque falaz, para evitar que los derechos sociales alcancen su plena realización. Esto, por cierto, debería quedar claro para cualquier lector de *Ciudadanía y clase social*, de Marshall, un libro y un autor a los que Pisarello trata injustamente, relegándolos a una nota al pie, por lo demás confusa, puesto que aunque se reconoce la riqueza en matices del texto del sociólogo británico, no por eso deja de atribuírsele la responsabilidad del éxito de un relato generacional de lo más burdo, cuando lo que más destaca del libro de Marshall es su identificación de la nueva naturaleza comunitaria de los derechos sociales que se

opone a su tradicional configuración como derechos subsidiarios y mínimos, y que es el rasgo más notable de su evolución.

6. La segunda observación crítica tiene que ver con el análisis de los fundamentos axiológicos de los derechos sociales, esto es, de los valores en los que se basan y pretenden realizar. El autor cuestiona que los derechos sociales tengan un fundamento distinto al de los derechos liberales, es decir, que se basen en valores diferentes. En particular, rechaza que deba asociarse a los derechos sociales con el valor de la igualdad por contraste con los derechos liberales, que se asociarían a los valores de la dignidad y la libertad, y sostiene que el vínculo de los derechos sociales con la dignidad y la libertad es tan fuerte como el que puede establecerse entre estos valores y los derechos liberales. En suma, y en la expresión más feliz del capítulo, hay que «ligar todos los derechos fundamentales a la tutela de la igual libertad de todas las personas». El autor lleva en este punto, una vez más, toda la razón, porque, en efecto, cabe proponer que el único valor al que sirven unitariamente todos los derechos es el valor de la libertad. Lo que cabía esperar, por tanto, era una reelaboración de la justificación moral de los derechos fundamentales en su conjunto basada únicamente en la libertad; en cambio, lo que encontramos es una propuesta de fundamentación algo oscura, porque no se renuncia al recurso a otros valores, como los de la dignidad, la seguridad, la igualdad y la diversidad. Esto, a mi juicio, genera confusión porque no acaba de identificarse el sentido de cada uno de estos términos ni de establecerse su relación con la libertad, ni tampoco acaba de verse cómo es que todos los derechos sirven al mismo tiempo a toda esa amplia gama de valores. Y no es que el autor no tenga en su mano las herramientas necesarias para desbrozar esta fronda axiológica, como lo demuestran observaciones puntuales a lo largo de todo el capítulo tercero. Más bien parece que, por alguna razón que desconozco, no se ha decidido a seguir hasta las últimas consecuencias la afirmación entrecomillada y, por tanto, a establecer los términos de la relación en que se hallan la dignidad, la seguridad, la igualdad, la diversidad o la solidaridad con la libertad, unos términos que no puedo establecer yo ahora en el limitado espacio de una reseña. A mayor abundamiento, cae en lo que yo considero la trampa de las libertades, esto es, acepta que existen cosas tales como la libertad positiva, la libertad negativa y la libertad fáctica o real, como si junto a esta última existiese una libertad ideal o irreal, o como si la libertad negativa no fuese sino una condición necesaria de la libertad positiva, o de la libertad a secas, la única valiosa. Todo este esfuerzo de desbroce es necesario porque, en este caso, es el bosque el que no deja ver el árbol (de la libertad), es decir, porque la proliferación de referentes axiológicos no hace sino perjudicar esa visión unitaria de todos los derechos como instrumentos de la libertad y, por eso, perjudicar la causa de los derechos sociales.

7. La reflexión más general que me ha sugerido el libro es la siguiente: tras leerlo, se queda uno con la sensación de que los dere-

chos sociales en nada se diferencian de los derechos liberales: su historia es una historia más o menos común; su fundamento moral es el mismo; unos y otros permiten estructuras jurídico-subjetivas semejantes y generan por igual obligaciones positivas y negativas; unos y otros exigen un similar sistema de garantías, sin que los roles del legislador y del juez sean diferentes respecto de unos y otros. Las diferencias que, en alguno de estos ámbitos, puedan detectarse son diferencias de grado y, en todo caso, nunca suficientes para trazar una línea nítida que permita separar unos derechos de otros. Pero, entonces, si no hay diferencias relevantes, ¿tiene sentido seguir hablando de derechos sociales? ¿Cómo los identificaríamos frente a los demás derechos fundamentales? Hay una literatura sobre derechos sociales, de la cual el libro aquí reseñado es buena muestra (y otra sería el libro de Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* o, con mayor alcance, el tratamiento que reciben los derechos sociales en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy) que insiste en borrar las diferencias entre derechos liberales y derechos sociales, con el fin de acabar con la prolongada minoría de edad de los segundos. Es una literatura necesaria y, al menos en el caso de estos ejemplos, atinada en líneas generales. Sin embargo, borrar las diferencias entre unos y otros derechos no siempre favorece la causa de los derechos sociales, si se borran también las diferencias que deben mantenerse. Y hay una diferencia que debe mantenerse y que puede enunciarse de forma sintética en los términos que siguen.

Todos los derechos fundamentales, sociales o no, expresan ante todo objetivos políticos que constituyen el esbozo de una sociedad justa, recurriendo, acertadamente o no, al lenguaje de los derechos. Sin embargo, y según las circunstancias, no todos esos objetivos pueden realizarse del mismo modo, sino que pueden requerir distintas técnicas de acción política y jurídica. La figura del derecho subjetivo, ligada necesariamente a la técnica jurisdiccional, puede servir para realizar algunos de esos objetivos en algunos contextos, pero es un error creer que puede servir para realizar todos esos objetivos en todos los contextos. En general, puede decirse que la técnica jurisdiccional puede servir con eficacia al mantenimiento, ajuste, mejora y restauración puntual de estados de cosas realmente existentes, pero, si se trata de crear nuevos estados de cosas, de modificar la sustancia de las relaciones sociales, su capacidad es muy limitada. Los derechos sociales, bien entendidos, expresan precisamente eso, un tipo de relación social de sustancia muy distinta a la que existe, caracterizada por la ausencia de dominación basada en el igual acceso ciudadano a los bienes sociales básicos (trabajo, educación, salud o vivienda, por ejemplo). Ahora, este igual acceso a los bienes sociales básicos no se puede conseguir mediante la concesión de derechos subjetivos tutelados por los jueces, sino mediante reformas estructurales que ningún juez está en condiciones de llevar a cabo, ni siquiera mediante la ponderación de los derechos sociales con otros derechos tales como la propiedad privada

y otros conexos que no son sino la negación de la propia idea de los derechos sociales y que, por tanto, no pueden ponderarse con ellos.

De acuerdo con este esquema, someter los derechos sociales a la forma de los derechos subjetivos supone reducir su alcance hasta el punto de su desnaturalización, sobre todo si la propiedad privada se mantiene entre los derechos fundamentales. Porque, conviviendo con la propiedad privada, los derechos sociales están abocados a ser derechos subsidiarios de la asignación mercantil de recursos; y en tanto derechos subjetivos, sólo pueden ser garantizados judicialmente como derechos mínimos. En definitiva, los derechos sociales así configurados serían los derechos sociales que admite el liberalismo mercantil, que no cuestionan las desigualdades de acceso a los bienes sociales básicos y que, por tanto, no garantizan su distribución igualitaria. Aún de esta manera, los derechos sociales todavía tendrían una misión que cumplir, aquella que le es grata al liberalismo, a saber, reducirían los niveles de la pobreza, la explotación y la ignorancia, pero no podrían cumplir el objetivo último inscrito en la idea de los derechos fundamentales, que es el de eliminar la desigualdad injustificada, y que sólo una concepción socialista de los derechos sociales está en condiciones de satisfacer.

En definitiva, bien está que se haga ver que los derechos sociales pueden ser derechos subjetivos como los demás derechos fundamentales, pero no debe olvidarse que los derechos sociales, en tanto derechos subjetivos que, además, han de convivir con la propiedad privada, ven muy reducido su alcance emancipatorio. La alternativa no es descartar la dimensión subjetiva de los derechos sociales, sino, manteniéndola, tomar conciencia de que los derechos sociales son objetivos políticos que involucran ante todo una acción política de reforma estructural frente a la que, como es lógico, los derechos subjetivos, cualesquiera que ellos sean (y desde luego si son derechos patrimoniales), no pueden actuar como límites.

No quiero decir que el libro de Pisarello ignore esta dimensión política y estructural de los derechos sociales; de hecho, la reconstrucción garantista propuesta en su último capítulo contiene elementos que apuntan en esa dirección, como también los capítulos anteriores contienen sugerencias aisladas sobre el límite de la compatibilidad entre propiedad privada y libre mercado, por una parte, y derechos sociales por otra. Lo que sí me parece es que Pisarello pone el acento en la aptitud de los derechos sociales para ser configurados como derechos subjetivos, una aptitud que sin duda poseen, pero en los términos ya apuntados, y que, potenciada en exclusiva, priva a los derechos sociales de su carácter más genuino.