

EL FUTURO DE LOS DERECHOS SOCIALES

JOSÉ LUIS REY PÉREZ ¹

Fecha de recepción: abril 2009

Fecha de aceptación y versión definitiva: mayo 2009

RESUMEN: En este trabajo se reflexiona sobre el momento en el que se encuentran actualmente los derechos sociales. Para ello se discuten algunos de los argumentos que se suelen utilizar para diferenciar estos derechos de los civiles y políticos. A partir de ahí se señala que uno de sus rasgos distintivos es su voluntad de extraer del mercado la satisfacción de las necesidades más básicas. En el momento actual, el mercado laboral no sirve como garantía de un gran número de derechos sociales por ello su futuro pasa por buscar nuevas garantías a los derechos, tanto primarias como secundarias o jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, Mercado laboral, Garantías, Estado de bienestar.

The future of social rights

ABSTRACT: This paper reflects about the present situation of social rights especially in western countries. With this aim, some of the arguments used to distinguish civil and social rights are discussed. One of the characteristics of social rights is their purpose of taking out of the market the satisfaction of the most basic needs. In the present context, labor market is not a good guarantee to social rights; in consequence, the future of social rights will consist in looking for new primary and secondary guarantees to them.

KEY WORDS: Social rights, Labor market, Guarantees, Welfare State.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la crisis de los años 70, donde se pusieron de manifiesto las insuficiencias de las estructuras de bienestar en Europa, los derechos sociales han venido cuestionándose. Por un lado, en el plano de la teoría jurídica, se

¹ Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. E-mail: jlrey@der.upcomillas.es

discute que sean auténticos derechos como las libertades, los civiles y políticos. Así, los derechos sociales no serían más que principios programáticos que orientarían la labor de los gobiernos de distintos colores sin condicionarlos en exceso. Principios como mandatos de optimización que no nos darían una acción procesal para exigir judicialmente su protección. Por otro lado, en el plano de la economía, se cuestiona hasta qué punto tiene sentido mantener en las declaraciones y constituciones derechos que no son realizables o cuya realizabilidad depende de la disponibilidad de recursos. Esta duda que se cierne sobre los derechos sociales ha tenido además su reflejo en los textos jurídicos que los han recogido. Nuestra propia Constitución, sin ir más lejos y pese a ser del año 78 cuando tales derechos no estaban tan amenazados, los recogió como «principios rectores de la vida social y económica», con una eficacia y un alcance mucho más limitado que los civiles². El fracasado proyecto de Constitución europea también ha puesto en segundo plano los derechos sociales lo que hizo que, por ejemplo, parte de la izquierda francesa se posicionara en contra de la aprobación por referéndum del texto de este Tratado Internacional.

El avance de las doctrinas políticas y económicas neoliberales ha puesto en peligro los derechos sociales. No obstante, pese a todos estos envites y ataques, al menos en Europa, este grupo de derechos se resiste a desaparecer, especialmente en los últimos tiempos donde se han demostrado como falsas muchas de las tesis de los defensores del libre mercado. Con todo, cuando nos enfrentamos a la cuestión de los derechos sociales nos encontramos con tres posturas diferenciadas. En primer lugar, quienes son partidarios de eliminar los derechos sociales por considerar no sólo que no es posible su puesta en la práctica sino que constituyen el ejercicio de un poder coercitivo excesivo por parte del Estado. Éste, para los autores neoliberales, se debería limitar a garantizar la seguridad y las libertades de los ciudadanos. Para estos autores reconocer simultáneamente derechos de libertad y de igualdad encierra una contradicción: igualdad y libertad no serían conciliables porque sólo podríamos incrementar la primera en sentido sustantivo a costa de recortar la segunda. El mínimo bienestar que los derechos sociales tratarían de asegurar no debe ser una cuestión de responsabilidad colectiva, sino de responsabilidad individual³. Eso hace que cualquier ayuda que ofrezca el Estado no pueda ser gratuita sino que esté condicionada al cumplimiento de una serie de deberes, esto es, a una idea de reciprocidad bastante estricta-

² En el texto constitucional español, sólo el derecho a la educación se integra entre los derechos que tienen una protección más amplia.

³ D. SCHMIDTZ, «Taking responsibility», en D. SCHMIDTZ y R. E. GOODIN, *Social welfare and individual responsibility*, New York: Cambridge University Press, 1998, pp. 3-96.

ta. Este deber de reciprocidad básicamente se cumple trabajando; ésta es la tesis que sostienen los autores que han defendido lo que en el ámbito anglosajón se viene denominando el *workfare*. Éste se basa en tres principios: en primer lugar, la obligación real y efectiva de trabajar, el empleo más que como un derecho se concibe como un deber de obligado cumplimiento; en segundo lugar, el cumplimiento de este deber no admite sustitutos, sólo se considera que trabaja quien recibe una contraprestación económica por ello de acuerdo con criterios de mercado, no son pues admisibles los programas de empleo público; por último, sólo quien cumpla con su obligación está en condiciones de exigir algo a la sociedad⁴. Esta idea viene a señalar que cada uno es responsable de su suerte siempre que se garantice la igualdad formal (y no sustantiva) que conlleva el reconocimiento de las libertades. Desde estos argumentos de carácter liberal, el futuro de los derechos sociales pasaría por su desaparición, o cuanto menos, por su rebaja de derechos a meras políticas públicas.

Una segunda respuesta a la crisis de los derechos sociales es la que podríamos denominar como reformista-conservadora. Se argumenta que no sería necesario eliminar los derechos sociales del catálogo, pero sí hacerlos más selectivos. Aunque en tanto que derechos, éstos estarían universalmente reconocidos, su satisfacción debería responder a esquemas selectivos para así mejor aprovechar unos recursos que son escasos. Las reformas que las estructuras de bienestar han sufrido en las últimas décadas en todos los países europeos han ido en esta dirección, incluso en países de fuerte tradición universalista como Suecia. Se trataría de racionalizar los costes de la puesta en práctica de los derechos sociales sin por ello renunciar a los objetivos que éstos llevan implícitos. Se intentan así desarrollar políticas de mantenimiento de ingresos, incrementando los salarios mínimos y controlando y reduciendo los costes laborales y al mismo tiempo se persigue la creación de empleo flexibilizando el mercado de trabajo, para minimizar las áreas en las que el Estado se vería obligado a intervenir⁵. Ésta ha sido la postura que han mantenido en las últimas décadas los partidos socialdemócratas europeos afanándose en proteger las instituciones de bienestar, manteniendo frente al neoliberalismo una actitud defensiva⁶.

⁴ I. LODEMEL y H. TRICKEY, «A new contract for social assistance», en I. LODEMEL y H. TRICKEY (eds.), *“An offer you can't refuse”*. *Workfare in international perspective*, Bristol: The Policy Press, 2001, pp. 1-39.

⁵ R. E. GOODIN, «Social welfare as a collective social responsibility», en D. SCHMIDTZ y R. E. GOODIN, *Social welfare and individual responsibility*, cit, pp. 177ss.

⁶ D. HARRIS, *La justificación del Estado de bienestar*, trad. J. J. FERNÁNDEZ CAINZOS, Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 101.

Una tercera y última postura consistiría en defender la permanencia de los derechos sociales en los catálogos y tratar de dotarles de un mayor dinamismo y protagonismo buscando mecanismos novedosos de garantía y protección. En este trabajo se reflexionará sobre el sentido y alcance de los derechos sociales y la mejor forma de alcanzar sus objetivos.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS Y GARANTÍAS

Previamente, conviene hacer una aclaración sobre qué es lo que en este trabajo se entenderá por derechos. Adopto en este punto la visión dualista que durante años defendió el profesor Gregorio Peces-Barba: un derecho humano o fundamental es una pretensión moral justificada que se ha incluido en una norma jurídica⁷. Este concepto posee, como se puede derivar de su propio nombre, dos aspectos: por un lado tiene que tratarse de una pretensión moral que esté justificada desde la ética, por tanto, esta pretensión normalmente recogerá los valores de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad. Es, pues, la reflexión y argumentación moral la que tiene que ser juez de si una demanda concreta merece la pena ser transformada en derecho. Esto es hoy relevante porque en algunos contextos el discurso de los derechos se hace banal: una inflación en el catálogo de derechos que es paralela a la deflación que sufren los derechos como armas de convicción moral. Pero además, esa pretensión tiene que ser capaz de ser reconocida e incluida en una norma jurídica pues como por todos es sabido no todos los contenidos morales son juridificables, sino únicamente algunos. El segundo examen que hay que pasar es el del Derecho, el de la teoría de la norma y del sistema jurídico.

En sus últimos escritos, el profesor Peces-Barba ha añadido un tercer elemento. A las dimensiones de la moralidad y la legalidad ha añadido la de la eficacia, la de la realizabilidad. Dado el contexto de escasez en el que vivimos el derecho ha de poder ser eficaz, de tal forma que los obstáculos o impedimentos para materializar esas pretensiones recogidas en la norma si no son salvables provocarían que no se pudiese hablar propiamente de un derecho fundamental. La justicia y la validez precisan de la eficacia. De acuerdo con esta idea, la escasez podría hacer inviables algunos derechos y, aunque ésta no sea la idea del profesor Peces-Barba, este argumento llevado al extremo, podría servir a aquéllos que quieren expulsar del catálogo el con-

⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y Á. Llamas, Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 1995, pp. 110-113.

junto de todos los derechos sociales. Sin embargo, la visión integral plantea una serie de problemas. Javier Ansuátegui ha señalado que la economía no puede situarse al mismo nivel que la moral: «las estructuras jurídicas han de estar más pendientes de la realidad moral que de la realidad económica. Es la fuerza de la realidad moral la que, a través del apoyo que supone su juridificación, va a transformar la realidad social»⁸. Porque en efecto si situamos a la economía con el mismo grado de importancia que el Derecho o la moral es probable que al final los derechos pierdan la vocación transformadora de la realidad que los definen. Introducir la economía en el concepto de derecho fundamental viene a recortar el campo de actuación de los derechos que no podrían entrar a transformar radicalmente la realidad económica imperante, supondría un sometimiento del deber ser al ser. Rafael de Asís también ha mostrado sus reparos ante este tercer elemento de la visión integral, pues para él la dimensión de la viabilidad está de alguna manera presente en las otras dos, ya que «una pretensión imposible de satisfacer puede no estar justificada, al menos desde un punto de vista social, y de igual manera si esa pretensión es imposible de garantizar desde el Derecho, tampoco parece que pueda ser incluida en esta categoría». Para este autor, los límites materiales no suponen una dimensión distinta de la ética o la jurídica⁹. No obstante, desde mi punto de vista, creo que resulta útil diferenciar la dimensión de la eficacia no para convertirla en un elemento constitutivo de los derechos, sino precisamente para extraerla de ahí y conformarla como el elemento nuclear del concepto de garantía.

En los últimos años en la literatura jurídica se han trabajado las garantías a los derechos; uno de los autores que más ha profundizado en esta cuestión es el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Como es sabido, la palabra «garantía» es utilizada jurídicamente con diversos significados. Gerardo Pisarello en un reciente libro¹⁰ reconstruye este término señalando que desde el punto de vista de los sujetos cabría diferenciar las garantías institucionales, esto es, aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendada a los poderes públicos, de las extra-institucionales o sociales, en las que la defensa de los derechos recae en los hombros de los propios titulares. Dentro de las institucionales Pisarello distingue las políticas, cuyo titular serían los órganos legislativos y ejecutivos encargados de satisfacer los derechos, las semi-políticas encargadas a órganos externos de los políticos y ejecutivos,

⁸ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, «Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos», en *Derechos y Libertades*, n.º 2, 1993-1994, p. 665.

⁹ R. DE ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2001, p. 19.

¹⁰ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007.

las jurisdiccionales, aquéllas encomendadas a órganos o tribunales con capacidad de sanción, y las semi-jurisdiccionales, encargadas a órganos que pueden recibir denuncias o tramitar recursos pero no sancionar. En segundo lugar, atendiendo al alcance de los medios de tutela Pisarello siguiendo a Ferrajoli diferencia entre garantías primarias que son las que establecen o delimitan el contenido de los derechos estableciendo deberes dirigidos tanto a los particulares como a los poderes públicos, y las secundarias, que surgen cuando las primarias resultan insuficientes y los derechos se vulneran, como vía de reparación y de control. Mientras las primarias se corresponderían en general con las políticas, las secundarias lo harían con las jurisdiccionales. Por último, atendiendo al escenario donde actúen esas garantías Pisarello diferencia entre estatales, infraestatales y supraestatales.

Esta definición y clasificación no parece que cause problemas en lo que a las garantías jurisdiccionales o secundarias se refiere. Como ha señalado Ferrajoli estas garantías son «las obligaciones, por parte de los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y sus correspondientes garantías». Estos mecanismos jurisdiccionales podemos decir que están bastante desarrollados a nivel estatal e infraestatal, al menos, en los Estados de Derecho. La garantía jurisdiccional supraestatal se encuentra todavía en una fase bastante embrionaria aunque se han dado importantes pasos como la creación del Tribunal Penal Internacional. Pero también es cierto que mientras que los derechos de libertad y participación política han conocido el respaldo de estas garantías, los derechos sociales no han corrido la misma suerte (como ejemplo, véase qué derechos son susceptibles de amparo en nuestro texto constitucional) y esta debilidad en las garantías jurisdiccionales ha servido como argumento para negar su propia juridicidad. Junto con las secundarias, Ferrajoli señala que las primarias son las obligaciones de prestación o de abstención que se derivan de los derechos fundamentales¹¹. Las garantías primarias así serían las obligaciones o deberes que despliegan los derechos.

No obstante, cuando aquí digo que la eficacia forma parte del concepto de garantía, no me refiero a los deberes u obligaciones. Obviamente éstos son el reverso de los derechos. Afirmar un derecho implica imponer un deber bien sea de prestación, bien de abstención tanto para los particulares como para los poderes públicos. Las garantías no constituirían el reverso de los derechos en forma de deberes porque el propio concepto de derecho implica la idea de obligación; serían más bien mecanismos derivados de éstos, instituciones llamadas a hacer efectivo el contenido de los derechos, las formas en que derechos y deberes se materializan. De lo que se trata es

¹¹ L. FERRAJOLI, «Garantías», en *Jueces para la Democracia*, n.º 38, 2000, p. 45.

de distinguir entre el objeto de un derecho y las formas en que éste puede ser realizado, porque un derecho puede realizarse de diversas formas y es aquí donde deben entrar las consideraciones económicas ya que entre las posibles vías de satisfacción de los derechos habrá que optar por aquélla que suponga un mejor aprovechamiento de los recursos escasos.

Así como los derechos —y los deberes que ellos implican— una vez reconocidos en la Constitución, forman parte del coto vedado donde la decisión mayoritaria democrática no puede entrar¹², las garantías, en cambio, sí forman parte de la discusión política y son de hecho el vértice de la misma. Los debates acerca de la forma de garantizar los derechos es lo que diferenciará un programa político de otro; por lo tanto, cuando en una Constitución aparecen derechos sociales eso significa que se reducen los modelos económicos que son asumibles; excluye, por ejemplo, la posibilidad de llevar a cabo políticas extremadamente neoliberales, aunque permite optar por una serie de garantías más o menos novedosas.

3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO AUTÉNTICOS DERECHOS

La crítica liberal a los derechos sociales ha intentado demostrar que éstos no son auténticos derechos o, cuanto menos, que hay diferencias estructurales que los relegan jurídicamente a un segundo plano. Los argumentos que se han utilizado para argumentar esto son variados; nos centraremos aquí en los que se suelen usar con más frecuencia¹³.

- a) *La cuestión del coste económico.* Se suele señalar que los derechos civiles y políticos tienen un coste inferior al que implican los derechos sociales. Éstos serían muy onerosos para el Estado que para asegurar la satisfacción de las necesidades básicas que los derechos sociales implican, se vería obligado a incurrir en fuertes gastos. Bossuyt, en un artículo clásico, señaló que esta diferencia de coste se plasma tanto en el contenido como en los rasgos de los derechos. Mientras que el contenido de los derechos de libertad sería fijo y permanente, el de los sociales variaría en función del desarrollo económico de cada contexto. Mientras que los civiles tendrían un carácter absoluto, inherente a la esencia del ser humano, los sociales serían relativos. En

¹² Vid. E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», en *Doxa*, n.º 6, 1989, pp. 143-164.

¹³ Desarrollo estos argumentos con más detalle en J. L. REY PÉREZ, «La naturaleza de los derechos sociales», en *Derechos y libertades*, n.º 16, enero 2007, pp. 137-156.

consecuencia, los civiles se ejecutan inmediatamente, deben ser respetados en su totalidad y no caben grados en su aplicación, mientras que los sociales admiten una ejecución progresiva y aparecen ligados a las necesidades de cierta parte de la población con lo que no serían derechos universales, sino derechos de determinadas personas que presentan un conjunto de necesidades especiales¹⁴.

No es cierto, sin embargo, que los derechos civiles y políticos sean gratuitos. También nuestras libertades implican costes, en ocasiones incluso más elevados que los que conllevan determinados gastos sociales. Si observamos como en muchos países occidentales el gasto en defensa se ha incrementado desde los atentados del 11S, podemos tomar conciencia de que la defensa de las libertades tiene unas implicaciones económicas muy elevadas. Como Stephen Holmes y Cass Sunstein han argumentado, todos los derechos cuestan dinero y también las libertades dependen de la existencia de impuestos que las hagan viables: «la seguridad de las adquisiciones y transacciones depende, en un sentido muy primario, de la capacidad del gobierno para extraer recursos de los ciudadanos y utilizarlos para fines públicos»¹⁵. Es decir, la propiedad privada o las libertades no serían instituciones que existieran con carácter previo al Estado, sino que existen y se mantienen porque los poderes públicos invierten en ellas. No habría por tanto ninguna diferencia en este aspecto entre los derechos civiles y los sociales.

Por otro lado, tampoco es exacto que los derechos de libertad sean permanentes mientras que los sociales sean variables. Aquí procede volver a la distinción entre derechos y garantías. El objeto de un derecho es más o menos permanente ya sea de libertad o social (la defensa de la libertad religiosa o la protección de la salud). Lo que varían son las formas en que el objeto de un derecho puede realizarse, formas que dependerán necesariamente del momento histórico concreto y del contexto social y cultural en el que esos derechos se estén poniendo en juego.

- b) *El signo de los deberes*. Un argumento muy unido al anterior señala que mientras que los derechos civiles y políticos implican deberes de abstención, deberes negativos para el Estado y los particulares, los sociales conllevan deberes de prestación, positivos, con un único

¹⁴ M. BOSSUYT, «La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», en *Revue des droits de l'Homme*, n.º 4, 1975, pp. 783-820.

¹⁵ S. HOLMES y C. R. SUNSTEIN, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, New York: Norton and Company, 1998, p. 61.

destinatario, los poderes públicos. Esta diferencia tampoco es muy certera. Todos los derechos implican deberes de muy diverso signo. Los sociales en muchas ocasiones no sólo requieren comportamientos activos, sino que también pueden implicar deberes de abstención dirigidos tanto al Estado como a los particulares: el derecho a la salud, por ejemplo, supone el deber del Estado de abstenerse de cualquier acto que dañe ese bien; el derecho al empleo la obligación del Estado de abstenerse de poner en práctica cualquier política que tenga como fin la destrucción de puestos de trabajo o el derecho a la educación posee como reverso el deber para los poderes públicos de no llevar a cabo ninguna acción que afecte negativamente el nivel educativo. En este sentido, Cécile Fabre ha defendido la existencia de derechos sociales negativos porque el Estado ante un derecho social se encuentra con deberes de diversa naturaleza: un deber de proporcionar una serie de recursos para hacer viable ese derecho; un deber negativo de no privar a las personas de esos recursos una vez que ya los tienen y un deber de asegurar que los particulares cumplen con sus deberes de suministrar recursos a la gente (como sería el caso de la reglamentación laboral sobre los empleadores) ¹⁶.

Por otro lado, los particulares también se encuentran con una serie de deberes derivados de los derechos sociales, tanto de abstención como sería el caso de los deberes negativos que los empresarios tienen que cumplir por la existencia de una serie de derechos laborales, como de carácter positivo donde el más inmediato es el de pagar impuestos ¹⁷.

Paralelamente los derechos de libertad también implican obligaciones de hacer tanto para los particulares como para el Estado. Cuando nuestro texto constitucional, en su art. 30, establece el deber de los españoles de defender su país, estamos ante una obligación positiva que se deduce de la garantía de las libertades y esto afecta también al deber de pagar impuestos. De la misma forma, el Estado tiene obligaciones de prestación derivadas de libertades; sólo así se pueden explicar las subvenciones a las diversas iglesias como un deber derivado del principio de libertad religiosa y de conciencia o la existencia de medios de comunicación públicos como una obligación derivada de la libertad de expresión. Algo parecido ocurre con los derechos políticos que implican no sólo un deber de abstención para

¹⁶ C.FABRE, *Social rights under the constitution. Government and decent life*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 57.

¹⁷ T. H. MARSHALL, «Ciudadanía y clase social» en T. H. MARSHALL y T. BOTTMORE, *Ciudadanía y clase social*, trad. P. LINARES, Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 76.

el Estado sino también un deber de acción para que la democracia sea posible.

Se puede, por tanto, concluir que todos los derechos despliegan un haz de deberes de diverso signo tanto para el Estado como para los particulares. Las obligaciones variarán y algunas serán más inmediatas, pero como han puesto de manifiesto Abramovich y Courtis los derechos despliegan un *continuum* de deberes: «habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o de la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional más o menos arbitraria»¹⁸.

- c) *Los derechos de libertad como reglas, los derechos sociales como principios*. En la teoría jurídica se suele señalar que una norma puede adoptar la forma de regla o de principio; el primer caso se da cuando tiene sus condiciones de aplicación establecidas de forma cerrada adoptando así la forma de un mandato de resultado, de tal manera que se cumplen o no se cumplen. En el segundo, las condiciones están establecidas de forma abierta, como un mandato de optimización que marca un ideal que debe alcanzarse en el mayor grado

¹⁸ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 27. Algo semejante opina A. RUIZ MIGUEL, al precisar que «respecto de ningún derecho jurídicamente reconocido la conducta del poder estatal se debe ni se suele agotar (...) con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, sino que exige también la imprescindible actividad de organización, especialmente policial y judicial, para la protección de aquellos derechos respecto de su violación tanto por los particulares como por el propio Estado», «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, n.º 15-16, 1994, p. 666. Y en la misma línea está L. PRIETO SANCHÍS, para quien todos los derechos merecen llamarse prestacionales porque «todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas o también el diseño de formas de participación», «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 22, 1995, p. 15.

posible aunque no sea nunca realizable del todo¹⁹. De acuerdo con esto, los derechos civiles y políticos serían reglas, mientras que los sociales serían principios. Esta diferencia está presente en nuestra Constitución cuando categoriza casi todos los derechos sociales como principios rectores de la vida social y económica.

Sin embargo, quizá lo que tengamos que hacer en este punto es resaltar importancia a la diferencia entre reglas y principios. Nada hay en un derecho social que lo incluya necesariamente en el grupo de los principios, como nada hay en un derecho de libertad que automáticamente lo categorice como regla. Más bien unos y otros juegan como reglas o como principios en función del contexto donde aparezcan. Si, por ejemplo, se proclama el derecho a la salud se puede estar exigiendo que nadie sea privado de atención primaria y eso es un mandato de resultado, no graduable, que se cumple o no se cumple. Aquí el derecho a la salud estaría jugando como regla. También puede leerse como principio y entender que los poderes públicos en la medida de lo posible han de tener la salud como un bien a proteger. Lo mismo ocurre con las libertades. La libertad de expresión puede aparecer como una regla cuando funciona como el mandato de prohibición de la censura o puede funcionar como principio cuando el gobierno concede licencias televisivas o radiofónicas. Los derechos desde el momento en el que se plasman en el texto constitucional son principios que el legislador debe tener siempre presentes y son al mismo tiempo reglas porque constituyen normas jurídicas que exigen la realización de unos contenidos.

- d) *Universalidad y especificidad*. Otro argumento que se suele utilizar para diferenciar los derechos de libertad y de igualdad es señalar que mientras que los primeros tendrían un carácter universal, se predicarían de todo ser humano, los sociales sólo se predicarían de determinados sujetos en circunstancias concretas o de determinados colectivos como pueden ser los trabajadores. No obstante, aquí hay un argumento que la teoría de los derechos humanos hace mucho que ya ha superado. Los derechos de libertad, que los autores del iusnaturalismo racionalista defendían, se presentaban como derechos universales que tenían un carácter previo al Estado y del que eran titulares todas las personas al margen de sus circunstancias concretas. Sin embargo, la evolución de los derechos ha puesto sobre la mesa que el esquema iusnaturalista era demasiado abstracto y en la prácti-

¹⁹ Sobre la categorización de las reglas y los principios, vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. GARZÓN VALDÉS, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ca no se correspondía con un igual reconocimiento de derechos para todos: los derechos políticos no se reconocían a determinadas clases económicas, la mujer no disfrutaba de las mismas libertades que los varones. Los sucesivos procesos de generalización y especificación²⁰ en el reconocimiento de los derechos de alguna forma intentaron corregir un universalismo que no prestaba atención a las necesidades concretas del hombre y la mujer situados en un momento histórico determinado. De hecho en las últimas décadas, sobre todo a nivel internacional, se han aprobado declaraciones de derechos de colectivos muy determinados: mujeres, niños, discapacitados, consumidores, etc.

No se puede identificar sin más las libertades como derechos universales y los derechos sociales como derechos específicos. Todos los derechos, sean éstos de libertad o de igualdad, presentan una vocación de universalidad porque los valores morales que los sustentan son universales: el respeto a la dignidad de todas las personas, el respeto a la igualdad, la libertad y la solidaridad. Luego, a nivel institucional, esto se puede articular de diversas formas y una de ellas, la que está quizá ahora más presente, es por medio del reconocimiento específico de determinados derechos a colectivos que presentan unas necesidades concretas y específicas. Esto no significa que se rompa el ideal universal que subyace a los derechos porque el reconocimiento diferenciado y específico tiene como objetivo mediato la igualdad.

Por ello, tanto los derechos de libertad como los de igualdad comparten por un lado la aspiración de universalidad y, por el otro, la posibilidad de que se articulen de forma específica en determinados contextos. Los derechos sociales persiguen la satisfacción de una serie de necesidades básicas que comparten todos los seres humanos: la necesidad de la alimentación, la bebida, el cobijo, la inserción y el reconocimiento, la educación. Al protegerse estos bienes como derechos se intenta que queden garantizados al margen de los esquemas mercantiles, se trata en definitiva de desmercantilizarlos. Esto puede hacerse siguiendo esquemas de garantía universales o selectivos. De hecho, los tradicionales estados de bienestar que se desarrollaron en Europa tras la II Guerra Mundial, se diferenciaron en función de la mayor o menor presencia de políticas universalistas o selectivas: desde los modelos nórdicos mucho más universalistas hasta los modelos liberales anglosajones mucho más selectivos. Al margen de estos esquemas de garantía, la pretensión moral que subyacía de re-

²⁰ Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís y M. C. Barranco, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 105ss.

conocimiento y respeto de la dignidad, de alcanzar una cierta igualdad sustantiva en la satisfacción de necesidades, era universal. Por ello, no parece pertinente este argumento que pretende diferenciar uno y otro grupo de derechos. Porque también las libertades en ocasiones se pueden reconocer de forma específica como ocurre cuando se reconocen libertades para determinados colectivos que durante un tiempo han sufrido desigualdad o discriminaciones.

4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO UN CONJUNTO MÁS AMPLIO QUE LOS DERECHOS LABORALES

Se suele afirmar que los derechos sociales son derechos de igualdad, que tratan de asegurar un cierto nivel de igualdad sustantiva a diferencia de las libertades que están más orientadas a conseguir la igualdad formal. Esta manera de categorizar los derechos ha servido también como argumento para oponer los sociales, económicos y culturales a los civiles y políticos; mientras los primeros perseguirían la igualdad, los segundos aspirarían a la libertad y, como estos dos ideales serían incompatibles, las sociedades tendríamos que decidir primar uno sobre otro. Así, en las décadas posteriores a la II Guerra Mundial, los países del bloque comunista optaron por primar la igualdad borrando la libertad, mientras que los países occidentales apostaron sobre todo por la libertad. No obstante, esta manera de presentar las cosas no deja de ser un tanto maniquea. Toda sociedad que aspire a ser justa tiene que buscar un equilibrio entre estos dos principios, debe esforzarse por encontrar un punto de encuentro entre la adecuada satisfacción de las libertades y una igualdad material que permita a todos los agentes ejercer esas libertades. Los esfuerzos que en las últimas décadas han hecho diversos filósofos morales por presentar los principios que deberían ordenar una sociedad justa han respondido de alguna forma a este esfuerzo por ver cómo conciliar libertad e igualdad²¹. Por ello se puede decir que los derechos de libertad e igualdad, los derechos civiles y los sociales no responden a ideales incompatibles. Si queremos construir la justicia social ambos son necesarios y no tiene mucho sentido presentarlos como opciones excluyentes.

²¹ Aquí, sin duda, el más relevante ha sido J. RAWLS, con su *Teoría de la Justicia* (1971), trad. M. D. GONZÁLEZ, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997, que luego completó con *Liberalismo político*, trad. A. DOMÉNECH, Barcelona: Crítica, 1996 y resumió en *La justicia como equidad. Una reformulación*, E. KELLY, (ed.) trad. A. DE FRANCISCO, Barcelona: Paidós, 2002. Rawls abrió un debate que continuaron, entre otros, R. Dworkin, B. Barry, P. Van Parijs, E. O. Wright, P. Petit, C. Taylor, etc.

Las libertades pretenden, dicho de forma muy sintética, asegurar una esfera de autonomía en la cual los agentes morales puedan tomar decisiones y hacer elecciones sobre opciones de vida. Por eso se suele decir que el liberalismo exige al Estado una posición neutral en relación a los ideales de vida bueno que puedan tener los ciudadanos. Los derechos sociales, por su parte, pretenden detraer del mercado la satisfacción de una serie de necesidades básicas que compartimos todos los agentes sean cuales sean nuestras ideas sobre lo que es la vida buena. Lo que este grupo de derechos pretende es que la educación, la alimentación básica, el reconocimiento social, la vivienda y las condiciones laborales no queden en manos de criterios de mercado y que, o bien estas necesidades encuentren su satisfacción al margen del mercado, se desmercantilicen estos bienes, o bien que, si se utiliza el mercado para darles satisfacción, éste se encuentre regulado, tutelado y vigilado por el Estado. Y todo ello porque de nada sirve tener reconocidas una serie de libertades si no estamos en condiciones de ejercerlas. Los derechos sociales se preocupan de que todos los agentes se encuentren en un mismo punto de partida real para poder desarrollar su libertad ²².

Durante los años de desarrollo del Estado de bienestar el vínculo social se identificó con el vínculo laboral, ya que la inserción de las personas en el mundo del trabajo garantizaba un bienestar mínimo a toda la población. En las tres décadas de prosperidad económica que se vivieron tras la II Guerra Mundial, los derechos que protegían la situación del trabajador se apuntalaron: la limitación de la jornada laboral, la prohibición del trabajo infantil, el derecho al descanso semanal y anual, la protección por enfermedad, el derecho a la jubilación y a recibir una pensión tras ésta, etc. Si hubo una época donde los derechos que protegían al trabajador conocieron un desarrollo, fue precisamente en la época de expansión del Estado de bienestar. Esto ha hecho que los derechos sociales se identificasen de alguna forma con los laborales o que, al menos, se viera en los laborales el núcleo duro e irrenunciable de los derechos sociales.

Sin embargo, desde los años 80 y acentuado por el contexto de lo que se ha dado en llamar globalización, vivimos el deterioro de lo laboral y puesto que el mundo del trabajo está en crisis, también lo están los derechos laborales. Y es que en efecto vivimos tiempos en los que la protección al trabajador que estos derechos consagraban no para de deteriorarse: la jornada laboral no se respeta dándose el fenómeno que algunos sociólogos han

²² Así lo entiende también G. PISARELLO, cuando señala que «Los derechos sociales aparecerían como instrumentos indispensables para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones», *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit, p. 45.

denominado como *presentismo*, los contratos por obra que dejan sin protección al trabajador cuando terminan no hacen más que multiplicarse, etc. En occidente cada vez hay más personas que se mueven en los márgenes de la precariedad con frecuentes entradas y salidas en el mercado laboral y quienes gozan de un contrato estable con las características de antaño lo hacen al precio de renunciar a la disposición de su propio tiempo pues las empresas lo único que demandan a sus trabajadores es flexibilidad y disponibilidad²³. Este deterioro de las relaciones laborales origina que el empleo ya no sirva como vínculo social y en vez de lograr la integración social lo que consiga es la fractura de la sociedad en diversos grupos, los que están dentro y los que están fuera del mundo laboral; dentro de los primeros, los que tienen condiciones de precariedad y ausencia de protección, y los que todavía gozan de la protección de años atrás; dentro de éstos los que se ven obligados a demostrar su disponibilidad renunciando a sus derechos y los que mantienen las condiciones de antaño (que hoy realmente sólo son los funcionarios²⁴).

Pero como es obvio, la lista de los derechos sociales no se termina en los laborales²⁵. Porque junto a éstos podemos encontrar otros como el derecho a la educación, a la salud o a la vivienda. Precisamente en un contexto en el que cada vez hay un mayor número de personas excluidas de las relaciones laborales estos derechos juegan un papel muy importante porque garantizan la satisfacción de las necesidades básicas de estas personas. Si bien en las décadas de desarrollo del Estado de bienestar, dada la estabilidad laboral, era lógico que el acento y el esfuerzo se pusiera en el conjunto de los derechos laborales, de los derechos que protegen la posición del empleado, ahora nuestra atención debe girar a esos otros derechos, porque las personas excluidas de la relación laboral, y por tanto de la inserción social, son las que más necesidad tienen de que se dé una auténtica y real protección a estos derechos. Si el mercado laboral ya no sirve para dar satisfacción y cobertura a las necesidades básicas, tendremos que poner nuestros esfuerzos en buscar formas alternativas de garantía al resto de los derechos sociales, a aquellos que no son los laborales.

El deterioro que están viviendo los derechos que protegen la posición del trabajador pone sobre la mesa la cuestión de si este grupo de derechos

²³ Vid. entre otros, J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, trad. G. SÁNCHEZ, Barcelona: Paidós, 1997; G. STANDING, *Global labour flexibility. Seeking distributive justice*, London: MacMillan, 1999.

²⁴ Desarrollo esto con más profundidad en J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid: Dykinson, 2007.

²⁵ Vid. P. MIRAVET, «Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XVII, 2001, pp. 359-391.

son prescindibles, si no son esenciales para mantener un modelo de Estado social. Las continuas recomendaciones del Fondo Monetario Internacional parecen subrayar la importancia para la marcha económica de la desregulación del mercado laboral, o lo que es lo mismo, ir recortando los derechos del trabajador para así convertir los costes laborales en una partida flexible sobre la cual las empresas puedan disponer. ¿Son prescindibles estos derechos? ¿Se pueden eliminar sin mayores consecuencias? Parece que esta idea es la que se ha extendido en los países occidentales en los últimos años; ahora, en el contexto de la crisis económica, se dice que es necesario recortar estos derechos como una de las formas de ayudar a salir de la situación de quiebra económica, pero durante los años de bonanza los derechos laborales no se ampliaron sino que se recortaron. Se da entonces la paradoja de que son derechos que se restringen sea cual sea el contexto económico. Así, las reformas que se han vivido en los Estados de bienestar más desarrollados han ido caminando por la reducción y recorte de las garantías laborales; en este sentido se ha primado la economía (no cualquier economía, sino una determinada visión económica que trata de asegurar el mayor crecimiento del beneficio para las grandes multinacionales) a la defensa de la dignidad, la igualdad y la libertad de los trabajadores. Este recorte ha venido de la mano del fenómeno de la globalización al que constantemente se alude. Aunque siempre han existido transacciones económicas transnacionales, lo que hace de la globalización un nuevo escenario, es que las compañías ya no están asentadas en un marco geográfico determinado. Por decirlo de una forma gráfica, las empresas ya no poseen nacionalidad, se mueven con facilidad de uno a otro Estado buscando la ubicación que le sea más conveniente al objetivo de incrementar el beneficio²⁶. Esto deja sin poder de control a los Estados. Si hay una competencia que el poder estatal ha perdido es la de la regulación económica: por ello, ante la amenaza de ver como las empresas se retiran de sus países, los Estados que tradicionalmente protegían al trabajador asumen que lo laboral debe flexibilizarse, que la protección al trabajador debe recortarse. Esto es algo que se ha vivido en toda Europa y en Estados Unidos sin excepción. Al margen de que hablar de Estado de bienestar es una generalización, pues hay diversos modelos bienetaristas, desde los más universalistas como los de los países nórdicos hasta los más selectivistas que se dieron en el ámbito anglosajón²⁷, en todos ellos en mayor o menor medida se ha producido un recorte en la generosi-

²⁶ Vid. U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. MORENO y M. R. BORRÁS, Barcelona: Paidós, 1998, y *La sociedad del riesgo global*, trad. J. ALBORÉS REY, Madrid: Siglo XXI, 2002.

²⁷ G. ESPING-ANDERSEN, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. B. ARREGUI LUCO, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim-IVEI, 1993.

dad de sus programas sociales. Incluso hoy, cuando muchas empresas acuden al Estado en busca de ayuda, el reforzamiento de los derechos laborales está ausente de la agenda política.

¿Es esto compatible con mantener los derechos laborales en el catálogo o más bien este conjunto de derechos está llamado a convertirse en fórmulas puramente retóricas? Hay que traer de nuevo aquí la distinción entre derecho y garantía. Lo laboral con toda la protección y garantía de derechos que llevaba aparejada, fue la garantía del vínculo social, de la inserción de los ciudadanos en sus sociedades. Mientras existió empleo para casi todos, y empleo de calidad, éste, acompañado de los derechos que protegían la posición del trabajador, fue la institución principal a través de la cual se hacía efectivo y real el derecho a la inserción social, a ser un miembro activo y reconocido de la comunidad política. La quiebra de lo laboral en el contexto de la globalización parece poner sobre la mesa la cuestión de que la garantía central de las instituciones de bienestar ya no es adecuada en los tiempos que corren. Con un desempleo fluctuante pero que tiene una base estructural difícil de eliminar y, lo que es peor, con la pérdida de calidad del empleo (porque la cuestión no es ya que no haya empleos para todos, sino que no tenemos empleos de calidad para todos, lo que hace que se produzcan grietas y fracturas en nuestra organización social y que el empleo sea hoy una fuente de discriminación más que de integración), se hace necesario buscar nuevas garantías diferentes de lo laboral, abandonar el mercado de trabajo como única vía de la inserción social.

Esto no quiere decir que los derechos laborales sean prescindibles. Allá donde existe un puesto de trabajo se tiene que reconocer y proteger la dignidad y la igualdad de esos trabajadores que no pueden estar a expensas de lo que quiera el empresario. En este sentido, los derechos laborales son irrenunciables y se debe seguir reivindicando su vigencia no ya sólo a nivel estatal sino sobre todo a escala trasnacional desde organizaciones internacionales como la OIT. Quizá, en contra de lo que se suele decir, deberíamos primar la calidad antes que la cantidad cuando nos enfrentamos a la cuestión del empleo²⁸.

Sin embargo, el recorte experimentado por los derechos laborales pone sobre la mesa si existe algo así como un núcleo duro o irrenunciable de derechos sociales, un conjunto mínimo de derechos sin los cuales no podría

²⁸ De hecho, la calidad del empleo ya no puede medirse únicamente centrándonos en el salario, sino que dada la flexibilidad y precariedad crecientes habría que tener otros elementos en cuenta. Vid. en *International labour review*, vol. 142, n.º 2, 2003, R. ANKER, I. CHERNYSHEV, P. EGGER, F. MEHRAN y J. A. RITTER, «Measuring decent work with statistical indicators», pp. 147-177; D. BESCOND y A. CHATAIGNER, «Seven indicators to measure decent work: An international comparison», pp. 179-212; F. BONNET, J. B. FIGUEIREDO y G. STANDING, «A family of decent work indexes», pp. 213-238.

hablarse con propiedad de Estado social. Para ello tenemos que hacer una referencia a las necesidades básicas, pues como se ha dicho anteriormente, los derechos sociales sacan del mercado la satisfacción de un conjunto de necesidades exigidas por la idea de dignidad humana sin las cuales el ejercicio de las libertades deviene imposible. Creo que es posible ofrecer una muestra de las necesidades que es necesario satisfacer no ya para realizar un concreto plan de vida, sino aquellas sin las cuales no es posible ni siquiera realizar la elección sobre tal proyecto vital. Estas necesidades que podríamos denominar primarias en contraposición a las secundarias (aquellas que surgen en la tarea de poner en práctica un determinado ideal sobre la vida buena), se pueden determinar de forma más o menos consensuada: para poder vivir con dignidad es necesario tener alimentos, agua potable, un alojamiento en el que poder resguardarse y descansar, salud o asistencia en caso de que ésta falle, una formación mínima que nos sitúe en la sociedad y nos haga competentes en ella y el sentimiento de pertenecer a una comunidad. Todas estas necesidades son las que los derechos sociales tratan de satisfacer: el derecho a la alimentación y al agua, el derecho a la vivienda, a la salud, a la educación y a la inserción social pueden conformar sin duda el núcleo irrenunciable de derechos sociales que toda sociedad decente debería reconocer. Obviamente, a este núcleo de derechos se le pueden añadir más tarde otros derivados de ellos, como son los propios derechos laborales cuando existe una relación salarial, pero el mínimo, la línea divisoria entre una sociedad decente y aquélla que no lo es, lo constituyen estos derechos. Quizá por ello cabe decir que el modelo neoliberal más radical es indecente moralmente, porque no quiere garantizar el contenido de dignidad que aseguran estos derechos y que es irrenunciable.

5. VIEJOS DERECHOS, NUEVAS GARANTÍAS. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Creo que la discusión que hoy se debe mantener en torno a los derechos sociales no es si son o no auténticos derechos, puesto que lo son y no existen diferencias estructurales o jurídicas que permitan negar su juridicidad. Los sociales forman parte del ideal emancipador que ha alumbrado los derechos humanos y pueden considerarse, al menos lógicamente, como previos a las libertades y derechos políticos, pues sin estar cubiertas las necesidades que aseguran de manera igualitaria difícilmente se estará en condiciones de poder ejercer el resto de derechos. Todos son pues derechos de libertad y de igualdad, todos implican obligaciones positivas y negativas para el Estado y los particulares. Los derechos fundamentales constituyen un

grupo compacto que trata de institucionalizar y poner en práctica un ideal de justicia social en el que la igualdad y la libertad buscan un equilibrio desde el convencimiento de que únicamente la libertad acompañada de una igualdad exclusivamente formal no alcanza los ideales de emancipación y dignidad más que a un reducido núcleo de privilegiados. De la misma forma, tampoco únicamente la igualdad sustantiva es suficiente. El grupo de los derechos fundamentales es la traducción institucional de un ideal de justicia que busca un equilibrio entre libertad e igualdad. Un equilibrio que es difícil de conseguir y que es el que ha caracterizado y determinado la historia del liberalismo. Sin duda, para poder hablar en sentido político de liberalismo, los dos valores deben estar presentes, tanto la libertad como la igualdad. El neoliberalismo que niega la segunda para quedarse sólo con la primera no sería entonces un modelo de liberalismo, de igual forma que el socialismo real de la Europa del Este que únicamente se preocupaba de la igualdad sacrificando las libertades, tampoco puede considerarse dentro de este modelo.

Lo que procede discutir hoy, en un mundo cambiante, en un escenario en el que vemos la aparición de fenómenos hasta hace poco desconocidos con más y más rapidez, no es si los derechos sociales son necesarios para la justicia o se trata de auténticos derechos. Las pretensiones que contienen, pese a que son viejas, continúan estando plenamente vigentes. Lo que tenemos que plantearnos son los diseños institucionales más adecuados para hacer efectivas esas viejas pretensiones, diseños que estén adaptados a un mundo donde la sociedad ya no se puede construir exclusivamente sobre lo laboral. El futuro de los derechos sociales pasa por tanto por analizar sus garantías; un debate que necesariamente siempre estará abierto pues las garantías deben estar adaptándose a las transformaciones que se producen en la sociedad para conseguir así de forma permanente la eficacia de los derechos.

- a) *Garantías primarias.* Si por garantías primarias entendemos, como se ha señalado antes, las instituciones que hacen efectivo el contenido de los derechos, esto es, las diversas maneras de realizar los derechos, hay que señalar que es precisamente en este punto donde debe radicar el debate acerca del futuro de los derechos sociales. De hecho, los modelos de Estado de bienestar fueron un sistema de garantías a los derechos sociales. Sin embargo, las sociedades en las que hoy nos movemos poco o nada tienen que ver con el mundo tras la II Guerra Mundial. No tiene sentido, por tanto, intentar seguir aplicando las mismas garantías; gran parte del acoso y derribo al que los derechos sociales se ven sometidos tiene que ver precisamente con no actualizar las garantías primarias que conllevan estos derechos.

La garantía central de los estados de bienestar era el propio mercado laboral, un mercado regulado donde los derechos que protegían la posición del empleado eran fuertes. Hoy, como ya se ha tratado de argumentar, esta garantía se nos ha venido abajo y, pese a ello, los gobiernos siguen poniendo toda su atención en el nivel de empleo como la principal institución que asegura la cohesión social. De hecho, quitando una serie de derechos que en Europa sí están garantizados, como la educación o la sanidad, el resto de derechos sociales, el resto de las necesidades básicas que hay que cubrir sólo se hace a través del mercado laboral. Parece que asegurando altos niveles de empleo estaríamos en el camino adecuado para mantener la garantía de un gran número de derechos sociales. Sin embargo, esto hoy no es así. Porque un empleo de baja calidad no garantiza los derechos sociales. En Estados Unidos se da el fenómeno de los *working poors*, personas con varios empleos que, sin embargo, están por debajo de los umbrales de la pobreza. Un mercado laboral desregulado, que sigue la lógica exclusiva del mercado no es garantía de los derechos sociales, de la inclusión social.

En el momento actual, en el que se ha puesto de manifiesto que los mercados sin regulación son el pretexto para muchos excesos, conviene quizá traer a colación que lo que los derechos sociales pretenden es precisamente que las necesidades más fundamentales se satisfagan al margen de criterios mercantiles. De ahí que quizá el mercado no pueda ser, aunque estuviera muy regulado, una garantía a muchos de estos derechos. Es posible, evidentemente, la coexistencia de esferas mercantiles y esferas no mercantiles en la cobertura de las necesidades como ocurre en los campos de la educación y la sanidad. Pero lo que los derechos sociales tratan de garantizar es precisamente que las personas que no tienen acceso a los mercados no vean por ello insatisfechas sus necesidades básicas. Esto supone extender ese modelo de coexistencia que se da en los dos ámbitos antes referidos a otros campos como es el de la vivienda o el de la inclusión social. En el primero es cierto que los poderes públicos han construido vivienda protegida o han dado algún tipo de ayuda a la adquisición de la vivienda, pero lo ocurrido en los últimos años en nuestro país pone de manifiesto que cuando un bien básico se deja en manos del mercado lo que ocurre es la desprotección efectiva de ese derecho. Se haría necesaria una provisión de vivienda de titularidad estatal al margen del mercado para aquellas personas, cada vez más numerosas, que no tienen acceso a un alojamiento, esto es, se haría necesario detraer al menos un sector de los criterios puramen-

te economicistas si realmente nos queremos tomar el derecho a la vivienda en serio.

Con respecto al derecho a la inserción social y la cobertura de las necesidades de alimento, bebida y vestido, en las últimas décadas en la academia europea se ha venido discutiendo la propuesta de dotar a todos los miembros de la comunidad política con un ingreso o renta básica que sería absolutamente incondicional, individual y universal puesto que se daría a todos los miembros de esa comunidad²⁹. Para justificar esta idea se han utilizado variados y diversos argumentos: los de corte consecuencialista comparan los rasgos de algo como la renta básica con las instituciones a las que estamos acostumbrados en los Estados de bienestar presentando sus ventajas en tanto que instrumento preventivo de la pobreza, la ausencia de elementos estigmatizadores, la superación de las trampas de la pobreza y desempleo, etc. Entre los argumentos de naturaleza normativa se han puesto sobre la mesa teorías que van desde la liberal-igualitaria que ha defendido Philippe Van Parijs hasta las de corte republicano³⁰. En cualquier caso, parece que atribuir una garantía en los ingresos es una forma de detraer del mercado el reconocimiento social al que todos los miembros de una comunidad política tienen derecho. Supone atribuir un ingreso de partida a todos, que aun no siendo muy extenso, permitiría a las personas comer todos los días sin depender del mercado para ello. Significa, en definitiva, reservar del criterio mercantil una parte del reconocimiento social, de la inserción social. Algunos autores han señalado que esto supondría también efectos positivos en los propios derechos laborales pues al tener unos ingresos da al trabajador la posibilidad de decir no a condiciones laborales demasiado exigentes o precarias.

Se trataría de una garantía novedosa y universal que rompería un poco con la tendencia cada vez más selectiva que seguimos en la construcción de instituciones que concretan los derechos sociales. El debate entre selectivismo y universalismo es viejo³¹, pero parece que la experiencia empírica nos demuestra que allí donde han existi-

²⁹ Existe una amplia bibliografía sobre la propuesta de la renta básica, aunque el libro más significativo y discutido es el del filósofo belga P. VAN PARIJS, *Libertad real para todos. Que puede justificar el capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. J. Fco. ÁLVAREZ, Barcelona: Paidós, 1996.

³⁰ Desarrollo estos argumentos en J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico*, cit. pp. 273-413.

³¹ Vid. entre otros, R. TITMUS, «Universalism versus Selection» en C. PIERSON y F. G. CASTLES (eds.), *The Welfare State: a Reader*, Cambridge: Polity Press, 2000, pp. 42-49.

do estructuras de bienestar más universalistas, el funcionamiento y garantía de los derechos sociales ha sido mejor, como queda evidenciado en los modelos de bienestar de los países nórdicos. En cuanto a la viabilidad política y económica es quizá la batalla que ahora tiene que ganar la propuesta de la renta básica, pero en esto como en todo, se trata de ver qué queremos priorizar. Como señala Brian Barry el gasto en defensa al que hace frente Estados Unidos nos daría para pagar un ingreso básico de unos 220 dólares mensuales a cada ciudadano estadounidense³².

Lo que pone sobre la mesa la propuesta de la renta básica es la necesidad acuciante que tenemos de buscar nuevas garantías para los viejos derechos porque las aspiraciones morales que éstos contienen siguen estando hoy plenamente vigentes, lo que debemos hacer es indagar formas en las que podamos hacerlos efectivos, formas que sean novedosas y originales y que hagan de una vez frente al cambio social que se ha producido ya. Formas que abandonen la importancia que se le suele dar al empleo y al mercado de trabajo y que alcancen también a nuestra forma de financiar los derechos sociales, que se adapten a un mundo y a un contexto en el que el empleo, lo laboral, ya no es el eje central de la sociedad. Brian Barry lo dice de forma muy contundente: «si queremos justicia social, tenemos que reducir la importancia del empleo»³³.

- b) *Garantías secundarias*. La otra batalla que los derechos sociales tienen que librar es la que se da en sede jurisdiccional. Las garantías secundarias son las jurisdiccionales, aquellas que entran en juego cuando un derecho ha sido vulnerado. Por la importancia que se le ha dado a los derechos de libertad sobre los sociales, éstos han presentado tradicionalmente un déficit en este tipo de garantías. Nuestro propio texto constitucional sólo permite el recurso en amparo del derecho a la educación y no del resto de derechos sociales. Y hasta que no se produzca una reforma constitucional en muchos países las estrategias de apelación en defensa de los derechos en sede jurisdiccional van a tener que seguir una estrategia indirecta. Así, cada vez

³² B. BARRY, *Why social justice matters*, Cambridge: Polity Press, 2005, p. 219.

³³ «Hay dos razones para justificar esto. La primera es que, cuanto menor sea la percepción de la amenaza de estar desempleado, mayor es la probabilidad de que los empleadores se esfuercen en hacer atractivos los empleos. La segunda es que no existe una justificación adecuada para las grandes desigualdades en los salarios así que cuanto menor sea la influencia de éstos en el nivel de vida de las personas, más justa es la sociedad. Esto significa que la mayor parte de los más importantes recursos y oportunidades deberían estar disponibles para todos sin ninguna condición», B. BARRY, *Idem*, p. 208.

más, se han dado casos en los que los tribunales han protegido derechos sociales a través de recursos indirectos hábilmente contruidos a través de derechos de libertad como la prohibición de discriminación, el derecho a la tutela judicial efectiva, otros derechos de libertad o el principio de no regresividad en materia de derechos sociales que se encuentra en las Constituciones de algunos países.

Cuando los gobiernos de algunos Estados no cumplen con los derechos sociales, cuando no desarrollan las garantías primarias que los hagan efectivos, se deben utilizar estos mecanismos indirectos de defensa que en muchos países están dando sus frutos³⁴. Hay autores que han advertido del problema de convertir al juez en legislador, con los riesgos democráticos que ello tiene ya que en muchos países la elección de los jueces no es democrática o lo es sólo parcialmente. Sin embargo, esta preocupación no afecta únicamente a los derechos sociales; como señala Gargarella, «del mismo modo que nos preocupa que los jueces replacen a los legisladores para diseñar, por ejemplo, un plan económico, nos debe preocupar que hagan otro tanto en materia de derechos individuales»³⁵. Es obvio que se da una tensión evidente entre constitucionalismo y democracia³⁶, que la inclusión en los textos constitucionales de un catálogo de derechos supone excluir de la discusión democrática los contenidos y objetivos incluidos en esos derechos. Ahí cobrarían por tanto un protagonismo creciente los jueces como los encargados de otorgar garantías secundarias a los derechos³⁷. Pero como señala Gargarella esto no es algo que exclusivamente ocurra con los derechos sociales, sino que también se da con los de libertad. Creo que aquí es de nuevo procedente traer la distinción entre derechos y garantías, porque sobre lo que la discusión democrática no puede versar es sobre los derechos una vez que éstos han sido incluidos en los textos constitucionales. Pero puesto que los derechos se pueden hacer efectivos de diversas formas y que además se tiene que dar un esfuerzo de adaptación a los diversos contextos y momentos históricos, sobre lo que recae la discusión democrática es precisamente sobre las formas de hacer

³⁴ Vid. sobre este punto V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.

³⁵ R. GARGARELLA, «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la democracia*, n.º 31, 1998, p. 15.

³⁶ Vid. V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

³⁷ Vid. los argumentos de L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. ANDRÉS y A. GREPPI, Madrid: Trotta, 1999.

efectivos los derechos. Es en eso en lo que se diferenciarán los programas de las diversas opciones políticas.

Cuando el legislador no desarrolla las debidas garantías primarias, es entonces cuando los jueces deben actuar desplegando las garantías secundarias en protección de esos derechos. La diferencia está en que un juez o un tribunal siempre van a actuar otorgando una protección concreta a un caso concreto, así que difícilmente las decisiones jurisdiccionales pueden convertirse en política pública o legislativa. Aunque otorgando esa protección a ese caso concreto puedan hacer caer en la cuenta de la desprotección que sufre un derecho e influyan así en el legislador que se verá obligado a desarrollar las garantías primarias que le den efectividad.

6. CONCLUSIONES

1. La realizabilidad de los derechos no forma parte de su concepto, sino que pertenece a una institución supeditada a ellos que son las garantías primarias, las diversas instituciones a través de las cuales se realiza el objeto de los derechos. Los derechos serían así pretensiones morales justificadas que han sido incluidas en un texto jurídico positivo.
2. No existen elementos que permitan diferenciar conceptualmente los derechos de libertad y los derechos de igualdad. Ambos implican costes económicos para el Estado, despliegan un haz de deberes de abstención y de prestación para el Estado y los particulares, adoptan la forma de regla o de principio en función del contexto donde se les haga aparecer y se pueden proteger bien mediante técnicas universalistas o selectivas.
3. La importancia de los derechos laborales durante las décadas posteriores a la II Guerra Mundial se debió a que el mercado de trabajo funcionó como garantía de la inserción social y, en consecuencia, de muchos de los derechos sociales. De ahí que se diera una identidad entre derechos sociales y derechos del trabajador. En el contexto actual, con el recorte de los derechos laborales, no puede mantenerse esta identidad. Los derechos sociales son más amplios que los laborales y quienes más necesidad tienen de su protección son precisamente los excluidos del mercado de trabajo.
4. Los derechos sociales tratan de distraer del mercado la satisfacción de un conjunto de necesidades básicas que es necesario colmar para que los agentes morales puedan hacer elecciones sobre sus planes de vida.

Su objeto sigue plenamente vigente hoy, aunque haya variado el contexto histórico en el que los derechos sociales aparecieron.

5. El futuro de los derechos sociales pasa porque se busquen nuevas garantías primarias a estos derechos. Entre éstas, llama la atención la propuesta de la renta básica que atribuiría un reconocimiento de partida a todos los miembros de la sociedad permitiéndoles colmar las necesidades más inmediatas de alimentación y vestido. Se hace necesario también proseguir en el camino de las garantías secundarias, esto es, en alcanzar la tutela jurisdiccional de los derechos sociales a través de mecanismos indirectos cuando la tutela directa no viene contemplada en la legislación.