

---

## Presentación

El volumen que el lector tiene en sus manos recoge los números 66 y 67 de “Persona y Derecho”, correspondientes ambos a 2012. A partir de este momento, la fecha de publicación de la revista pasará a ser enero y julio, ajustándose así mejor a las pautas de las publicaciones periódicas.

En esta ocasión, la intención del comité editorial ha sido hacer clara la distinción entre los dos números, también en cuanto a su contenido. El primero está dedicado de modo monográfico al estudio de los derechos sociales en tanto que el segundo acoge dos líneas de trabajo diferentes: el pensamiento acerca del derecho y los derechos humanos.

En lo que al primer número se refiere, el tema elegido, los derechos sociales, responde tanto a un interés teórico o intelectual, como a su oportunidad por el momento histórico que vivimos. Ciertamente, el debate acerca de la pervivencia del estado social no es nuevo, pero se ha convertido en obligatorio a la luz de una situación económica que condiciona en el futuro lo que parecía que se podía considerar ya como exigible por parte de los ciudadanos, al menos en los estados constitucionales.

Lo cierto es que la noción de derechos sociales entra en la historia del siglo XX para quedarse y como un complemento necesario de los derechos políticos<sup>1</sup>. La clave de distinción entre unos y otros no es totalmente pacífica, siendo una de las diferencias habitualmente invocadas el nivel de intervención estatal que se requiere para su efectividad. Desde ese punto de vista, mientras los derechos políticos sólo exigirían respeto, los derechos sociales

---

<sup>1</sup> Cfr. Th C. Van Boven, “Survey of the Positive International Law of Human Rights”, en K. Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vol. I Greenwood Press, Unesco 1982, 87-111. La primera versión de esta obra, como es sabido, se publicó en francés en 1978 con el título *Les dimensions internationales des droits de l'homme*.

requieren una intervención. Como es bien sabido, utilizando el lenguaje generacional<sup>2</sup>, los derechos políticos se corresponderían con la primera generación en tanto que los sociales aparecerían en la segunda. La tercera sería la de los derechos colectivos que implican aceptar la posibilidad de que las comunidades o grupos sean titulares de derechos<sup>3</sup>. Pero hoy es generalizado el consenso según el cual la distinción de generaciones de derechos sólo tiene un interés histórico-cultural o pedagógico, pero no se fundamenta en una diferencia estructural entre unos y otros, y no es necesario (ni posible) optar entre ambas categorías para su protección<sup>4</sup>.

No sólo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, también en el constitucional, todos los derechos tienen un doble contenido: negativo, por el que limitan la acción de poderes públicos y particulares; y positivo, puesto que ni Estado ni particulares satisfacen los derechos no violándolos<sup>5</sup>, sino que están obligados (si bien el Estado de modo especial) a promover su mayor vigencia efectiva y, como diría Alexy, a optimizar las posibilidades fácticas y jurídicas de los principios en los que esos derechos fueron reconocidos<sup>6</sup>.

Pero si lo anterior es correcto como punto de partida, no cabe duda de que el estatus de los derechos sociales implica problemas teóricos, además de los relativos a su eficacia. Una de las vías de argumentación habituales es la que distingue entre la titularidad de los derechos y su efectividad, pero esto parece contradictorio con la visión clásica de Hohfeld según la cual un derecho no lo es si no existe alguien que tenga una obligación correlativa. Ahora bien, la divergencia se diluye si se distingue exigibilidad de eficacia práctica: que el titular de un derecho no se vea protegido en la práctica no implica más que un defecto en los mecanismos de protección. En cambio, el problema que ha acompañado al discurso de los derechos, como se ha seña-

---

<sup>2</sup> Consecuencia del esfuerzo del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo por crear una “ciencia de los derechos humanos”.

<sup>3</sup> Una justificación en N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos?*, Ariel (Barcelona 2000), especialmente 91 y ss.

<sup>4</sup> Cfr por todos A. E. Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi (Cizur Menor, 2006).

<sup>5</sup> A. Ollero, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (México 2006), 130.

<sup>6</sup> Sobre la tendencia expansiva de los derechos constitucionales cfr. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo (Madrid 2007), 46 y ss.

lado hasta la saciedad, es su expansión creciente, hasta el punto de incorporar contenidos en relación a los cuales difícilmente puede buscarse un responsable. Pero atención: la distinción entre exigibilidad y eficacia no afecta sólo a los derechos sociales (aunque en estos sea más fácil la ambigüedad) sino a todos los derechos. El derecho a la vida es exigible, como lo es el derecho a la libertad, haya o no un mecanismo adecuado de protección de ese derecho. La otra clave de distinción está en la cuestión de la extensión de los derechos. Su carácter limitado se hace más patente si cabe en este tipo de derechos, que necesariamente (y no sólo algunas veces) implican un recorte de otros derechos.

Los trabajos que se contienen en este número abordan las diferentes caras del problema. La referencia a la historia reciente o si se quiere, contextualización, es especialmente necesaria en un concepto construido, articulado y garantizado en las últimas décadas. Muchos abordan esa perspectiva al menos en una parte del texto. Así, por ejemplo el profesor Banaszack comienza con una referencia histórico-constitucional europea distinguiendo las tres formas en las que se ha desarrollado el proceso de constitucionalización de los derechos sociales. Lo mismo hace la profesora Durán, en este caso en el nivel de protección universal de los derechos sociales. El profesor Hakansson se refiere específicamente al constitucionalismo latinoamericano.

Pero la perspectiva histórica no es la determinante en este número. Por el contrario, los autores abordan de modo mayoritario las dificultades conceptuales de los derechos sociales, su justiciabilidad y su legitimidad, o lo que es lo mismo, hasta qué punto un Estado está obligado a protegerlos. Como dice el profesor Banaszack, en último término lo que está en juego es una teoría previa acerca del Estado y su misión. El profesor Del Carril utiliza como referencia la teoría de los bienes humanos básicos de John Finnis, en tanto que el profesor Martínez Cinca desarrolla (si bien para criticarla) la fundamentación del estado liberal en las escuelas de Chicago, especialmente el Análisis Económico del Derecho, y el Rational Choice de Gary Becker.

Uno de los grandes problemas teóricos de los derechos humanos, como ya se ha dicho, es su tendencia expansiva aparentemente incontrolable. El profesor Ollero habla de los nuevos derechos (algunos de los que plantea van más allá de los específicamente sociales). El profesor Martínez Carbonell, ha optado por desarrollar un derecho como el de la educación, que va más allá de los límites que definen los derechos sociales y que dota de contenido sin duda a todos los demás al tiempo que es palpablemente necesario para el

sostenimiento del Estado. La profesora Durán comienza haciendo referencia a los objetivos del milenio como orientación para dotar de contenido a los derechos, recordando su carácter, por definición, utópico.

La cuestión más técnica es, sin duda, la de la justiciabilidad de los derechos sociales (también en comparación con los derechos civiles y políticos) que apunta a preguntas tan variadas como el papel que juegan las circunstancias concretas a la hora de determinar el contenido esencial de un derecho. O hasta qué punto opera el *self-restraint* judicial. Y desde luego, cuál es la incidencia de las crisis económicas y políticas sobre el concepto de los derechos sociales. En relación con la justiciabilidad de los derechos, la profesora Didier analiza su exigibilidad desde una perspectiva interna al ordenamiento jurídico y como consecuencia del principio de igualdad. El profesor Hakansson hace lo mismo en relación con el derecho constitucional peruano. Por último, el profesor Toller vuelve sobre la posibilidad de entender los derechos de un modo no conflictivista.

En cuanto al número 67, se recogen en él temas difícilmente amparables bajo un sólo rótulo. Los números monográficos acogen temas sobre los que hay un debate abierto más o menos actual y sus ventajas son evidentes; pero también lo son sus desventajas, lo que aconseja alternar los dos formatos en las revistas científicas. En este número pueden detectarse al menos dos ejes de interés filosófico jurídico: los límites de la ciencia en relación con el derecho y el pensamiento jurídico, por una parte, y los derechos humanos por otra.

En cuanto a lo primero, el texto de la profesora Glendon se ocupa sin duda de la dignidad como clave de contenidos sustantivos, pero para ello muestra el peligro de una confianza ciega en la ciencia (o más, en la invocación de la ciencia). Algo parecido sucede con el texto del profeso Carpintero: su punto de llegada es la teoría de la justicia pero el de partida es la imposibilidad de llegar al final del trayecto si se adopta una concepción cientifista del derecho. El profesor Massini trata en su trabajo el concepto y método de la Filosofía del Derecho, así como su conexión con el derecho real y el profesor Etcheverry se ocupa de los límites de la más reciente vuelta de tuerca del positivismo jurídico: el positivismo incluyente.

Los artículos de los profesores Bea, Biondo, García Cuadrado y Ortiz aportan luz sobre la justicia en su sentido más concreto e histórico. Los trabajos de los profesores Bea y Ortiz tienen en común la referencia a la guerra, con la diferencia de que el primero lo hace en sentido positivo (paz) y sobre

todo en relación con la aportación del discurso femenino de entreguerras coetáneo de la expansión del pensamiento pacifista. El segundo, en cambio, se ocupa del tema clásico la legitimidad de la intervención por razones humanitarias en una de sus versiones contemporáneas: el caso de Libia. El texto del profesor García Cuadrado tiene por objeto el concepto de dignidad como fundamento del discurso sobre los derechos humanos; desde esta perspectiva coincide en tema con el trabajo de Glendon. Por último, el profesor Biondo se ocupa de una de las cuestiones del momento: el déficit democrático de la Unión Europea y su relación con la legitimidad del sistema y con la consiguiente merma de los derechos políticos y devaluación del concepto de ciudadanía que ello ocasiona.

La directora