

LA DISCUTIDA JURIDICIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Isabel Trujillo

Los derechos sociales despiertan una actitud de sospecha por parte de los juristas. El teórico teme, por un lado, la imprecisión del concepto de derecho; por otro lado, no está claro qué es lo que puede significar exactamente “sociales” en dicha expresión. El filósofo del derecho, por su parte, puede pensar que se trate de una redundancia, pues no hay derecho que no sea social: un derecho (subjetivo) es tal y se distingue de una pretensión (subjetiva) arbitraria precisamente porque su juridicidad supone un ajustamiento con los derechos de los demás¹. En ese sentido todo derecho es social. En cierta medida, los derechos sociales, como se verá más adelante, expresan una de las dimensiones indispensables de los derechos, la dimensión de la cooperación.

En realidad, los derechos sociales aparecen como problemáticos o deficitarios cuando se comparan con los derechos de libertad, según la clasificación entre derechos de la primera y de la segunda generación. Sólo los derechos de libertad parecen ser verdaderos derechos, mientras que los derechos sociales lo son metafóricamente o por homonimia. Además, el hecho de que los derechos sociales se consideren “derechos” puede quitar fuerza a la argumentación referida a derechos y aportar confusión en esa

1. Sobre este tema, A. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 149-168.

materia, corriéndose el peligro de una inflación de los derechos y la consecuente pérdida de valor. Aquí vamos a tener en cuenta ese término de comparación. Vamos a intentar definir la especificidad de los derechos sociales a través de sus diferencias con los derechos de libertad y a focalizar las dificultades que suscitan los derechos sociales y sus deficiencias respecto de los derechos de libertad. Mi tesis es que no hay razón para discriminar entre derechos sociales y derechos de libertad y esto apunta hacia una concepción unitaria y global de los derechos².

En primer lugar hay que reconocer que se da una convergencia en el uso de la expresión derechos sociales cuando se quieren indicar algunas prestaciones debidas a los seres humanos. El hecho de que se hable de derechos sociales y no, por ejemplo, de servicios sociales³, se explica a partir de la convicción de que se trata de pretensiones no arbitrarias. En efecto, documentos dotados de una progresiva relevancia jurídica reconocen derechos sociales, como por ejemplo la *Declaración de derechos humanos* (artículos 22 y siguientes), el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, así como las constituciones de la posguerra⁴. El valor jurídico de esos documentos anima a tomarlos en serio.

2. Esta idea se encuentra de algún modo expresada en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual a cada individuo se reconocen "todos" los derechos enunciados en susodicha declaración.

3. En este sentido, J. M. BARBALET, *Citizenship: rights, struggle and class inequality*, Open University Press, Milton Keynes 1988.

4. Con algunas excepciones, la constitucionalización de los derechos sociales se ha realizado en la posguerra. Se entiende aquí proceso de constitucionalización la posibilidad de individuar una base constitucional para tales derechos, por verse materialmente incluidos en una norma ad hoc, o porque es posible encontrarles una justificación a partir de la carta constitucional. La Constitución alemana ha codificado explícitamente el derecho de asistencia a la madre (art. 6.4). En la Constitución italiana son de interés los arts. 4, 32, 34, 36, 37, 38; en la española los arts. 27, 35, 43. Sin embargo, muchos derechos sociales se vieron reconocidos antes en leyes ordinarias. La novedad radica en

En segundo lugar, hay que despejar un prejuicio: la diferencia entre derechos de libertad y derechos sociales no equivale exactamente a la diferencia entre derechos verdaderos y falsos. Esta última supone un concepto kelseniano de derecho, pues remite a la diferencia entre derechos justiciables y no justiciables⁵. Entre los falsos derechos se encontrarían todos aquéllos que no se concretan en una posibilidad del sujeto de poner en movimiento el aparato sancionador del Estado. Tratándose de una indicación estructural, no hay razón para hacer coincidir los derechos no justiciables con los derechos sociales y los derechos justiciables con los derechos de libertad, aunque se haya hecho notar que “en la mayor parte de los casos, los derechos sociales —como los derechos morales— son derechos ‘de papel’, no justiciables”⁶. Esa mayor probabilidad depende de otras razones que enseguida examinaremos. El problema de los derechos sociales, desde el punto de vista teórico-jurídico, consiste pues en la posibilidad de distinguir entre una “pretensión de prestaciones públicas garantizadas por la posibilidad de actuar eficazmente en juicio para su satisfacción, y la noción de ‘servicio social’, entendida como prestación asistencial discrecional ofrecida por el sistema político en razón de una exigencia sistémica de igualdad y de integración social, de legitimación política y de orden público”⁷.

En general, los derechos sociales hacen referencia a situaciones en las que un sujeto necesita de la colaboración de otros; se concretan en prestaciones y ésta es la razón por la que los derechos sociales suelen ser fundados sobre la solidaridad o la

su carácter iusfundamental. Vid. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, vol. XI, 1989, pp. 1-3.

5. Vid. cap. VI della *Nomostatica*, in H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche, Wien 1979.

6. R. GUASTINI, “*Diritti*”, en P. Comanducci, R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto* 1994, Giappichelli, Torino 1994, p. 170.

7. D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 32-33.

cooperación⁸. Esa exigencia de cooperación o de solidaridad suele a su vez concretarse, en los Estados contemporáneos, a través de prestaciones estatales, aunque su justificación sea, mediada por la legitimación democrática, la cooperación *entre los ciudadanos*. Una definición de derecho social que tiene en cuenta el papel preponderante del Estado en la vida de los ciudadanos es la siguiente: “el derecho a una prestación positiva por parte de los poderes públicos en función de la participación en los beneficios de la vida asociada o de la actuación del principio de igualdad o de la *freedom from want*”⁹. Sin embargo, aún admitiendo que el Estado juegue un papel fundamental en la protección del derecho, no hay inconveniente en afirmar que la génesis jurídica del derecho social pueda ser, por ejemplo, una Declaración internacional. Esta afirmación muestra de manera significativa una superación de la dimensión estatal del derecho, al menos en relación a su extensión, pues el Estado es el destinatario de una prescripción que lo sujeta a un deber, pero ese deber no lo genera él mismo. Esto hace necesaria una revisión de las definiciones corrientes del derecho social.

No cabe hacer un elenco ni siquiera aproximativo de los derechos sociales pues es una categoría muy heterogénea y flexible, lo cual es ya muy importante para convalidar la tesis de la continuidad entre los derechos¹⁰. La posibilidad de que un derecho pueda ser considerado, en un determinado momento y por algunas razones, un derecho social y en otro momento un derecho de libertad, confirma el carácter contingente de la clasificación. Entre los derechos sociales pensamos inmediatamente en el

8. Vid. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

9. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 3, 1981, p. 757.

10. La continuidad entre los derechos de libertad y los derechos sociales se extiende también a los derechos políticos. Es evidente que los derechos sociales, por ejemplo el derecho a la educación, y la democracia están entrelazados. Por ejemplo, vid. R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, “Ratio Juris”, 9, 3, 1996, pp. 209-235.

derecho al trabajo, que sin embargo nació como derecho de libertad¹¹, y que ahora vuelve a convertirse en un derecho de libertad en la Carta de los derechos fundamentales de la Comunidad Europea (art. 15); o en el derecho a la salud, que nació como derecho social y se va transformando en derecho de libertad¹².

Anticipando conclusiones diremos que, aunque desde el punto de vista histórico los derechos de libertad han sido victoriosos, desde el punto de vista teórico no hay razones para sostener que los derechos sociales sean distintos de los derechos de libertad. Sin embargo, todavía nos resistimos a concebirllos conjuntamente¹³. Las principales críticas a los derechos sociales derivan de su no justiciabilidad, su dependencia de datos de hecho, su carácter no universal en relación al titular y en relación al contenido, o las dificultades derivadas de la necesaria correlatividad entre deberes y derechos.

EXAMEN DE LAS CRÍTICAS A LOS DERECHOS SOCIALES

La historia de los derechos sociales es compleja y en ella convergen distintas tradiciones¹⁴. Un punto de partida más o menos reciente, por el debate que ha suscitado sobre los derechos sociales, es la obra de Marshall a propósito de la ciudadanía¹⁵,

11. Según T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, London 1992.

12. Vid. S. FOIS, "Nuovi diritti" di libertà, en E. Cheli (ed.), *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Cedam, Padova 1990, p. 81.

13. F. CARPINTERO, *Persona humana y persona jurídica*, en R. Rabbi-Baldi Cabanillas (ed.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2000, p. 144.

14. Para su historia vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Dykinson, Madrid 1999, pp. 7-56.

15. T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, cit. Su tesis fundamental es que la ciudadanía es un status que supone la atribución de derechos.

que entre otras cosas supone una definición “estatal” del derecho social. Marshall distingue en la ciudadanía, entendida como el conjunto de derechos y deberes asignados a todos en virtud de su pertenencia a la sociedad, tres elementos: el civil, el político y el social. Los derechos civiles son aquellos necesarios para el ejercicio de las libertades individuales, de palabra, de pensamiento y de religión, de propiedad, el derecho de contratar, el derecho a obtener justicia¹⁶. Las instituciones necesarias para su ejercicio son los tribunales¹⁷. El elemento político comprende los derechos a participar en el ejercicio del poder. Las instituciones necesarias para estos derechos son el Parlamento y las Administraciones. El elemento social comprende los derechos que tienen como objeto desde un mínimo de bienestar y de seguridad económicos, hasta el derecho a participar en el aprovechamiento de la cooperación y a vivir según los cánones sociales vigentes¹⁸. Las instituciones necesarias para la actuación de estos derechos son el sistema escolar y los servicios sociales.

La idea de Marshall es que la evolución interna de los derechos sea lineal, y lleve, sin solución de continuidad, hacia la igualdad. Desde este punto de vista, se coloca entre aquellos teóricos que defienden la no oposición entre libertad e igualdad¹⁹ y es criticado por quienes ven una oposición insalvable entre esos valores²⁰.

16. *Ibidem*, p. 9.

17. El autor defiende simultáneamente el hecho de que los tribunales de justicia sean las instituciones más adecuadas para tutelar los derechos civiles, la juridicidad de los derechos sociales y el hecho de que las instituciones adecuadas para tutelar los derechos sociales sean los servicios sociales.

18. T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, cit., p. 9.

19. Vid. A. SCHIAVELLO, *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, “Ragion pratica”, 14, 2000, pp. 65-79.

20. Por ejemplo, A. GIDDENS, *Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights*, en Id., *Profiles and Critiques in Social Theory*, Macmillan, London 1982.

En contraposición a Marshall, Barbalet discute la juridicidad de los derechos sociales por considerarlos *condiciones* para la participación en la comunidad nacional²¹. Su carácter instrumental hace que se prefiera considerarlos servicios sociales. En segundo lugar, mientras los derechos civiles y políticos son universales y formalizables, eso es imposible respecto a los derechos sociales, pues dependen de la disponibilidad económica del Estado y del sujeto: son prestaciones particulares y selectivas. Además, continúa Barbalet, los derechos sociales están condicionados por la existencia de la economía de mercado y de infraestructuras burocráticas. La razón última de la deficitaria juridicidad de los derechos sociales parece ser el hecho de que no modifiquen las relaciones de poder, pues actúan sobre los mecanismos de distribución de los recursos pero no en los de producción²². No hay duda de que esta última consideración descubre presupuestos político-ideológicos. Voy a dejarlas de lado para explorar más bien las razones jurídicas de tal diferencia²³.

21. En particular, J. M. BARBALET, *Citizenship: rights, struggle and class inequality*, cit., y D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, cit., pp. 3-46.

22. D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 12.

23. Además de la oposición entre lógica del mercado y lógica de la igualdad, habría que examinar el carácter bifronte del derecho. Por un lado, el reconocimiento de los derechos necesita *status* e igualdad en la formulación de la ley. Por otro lado, el derecho parece estar caracterizado por la posibilidad de introducir desigualdad, a través de la atribución de poder. Esta última función del derecho podría provocar un efecto positivo en el proceso de eliminación de las desigualdades a través de su diversificación. Si hay distintas posibilidades de éxito, ninguna de ellas domina sobre las otras, y la amenaza de los efectos negativos de la desigualdad tenderá a disminuir. Vid. T. M. SCANLON, *La varietà delle obiezioni alla disegualianza*, "Filosofia e questioni pubbliche", 2, 2, 1996, pp. 16-17, con referencia a las interesantes propuestas de M. Walzer (sobre la igualdad compleja) y de J. Rawls (sobre la idea de los grupos no comparables).

Por un lado, el contenido impreciso²⁴ y la imposibilidad de ritualizar o estandarizar los derechos sociales²⁵ acentúan la discrecionalidad de su administración. Los derechos sociales están supeditados a condiciones de hecho (relativas al sujeto destinatario del derecho, así como al destinatario del deber) y se concretan generalmente en prestaciones *medias* o *mínimas*. Todos estos factores introducen una cierta variabilidad que parece ser dañina. Se entiende, pues, que se haya sugerido la idea de que el único derecho social posible fuera el derecho a un rédito de ciudadanía²⁶. Sin embargo, la determinación del “basic income” encuentra la misma dificultad de carácter práctico que la determinación de los derechos sociales, pues se trata de fijar una cantidad media en relación a las necesidades medias de los ciudadanos y en atención a las posibilidades del Estado.

Además, la dificultad en la determinación del contenido no es una novedad relativa a estos derechos: no hay duda de que también es difícil determinar el contenido de los derechos de libertad, por ejemplo, de la libertad de expresión. La dificultad sería relevante si el problema fuera que no existen instrumentos jurídicos para determinar su contenido, por lo que su determinación se convierte en una cuestión política²⁷. Este punto es muy delicado pues no hay duda de que los derechos están modificando la política, substrayéndole de alguna manera todo un campo de protección (con lo que se juridifica también el campo de los derechos sociales), pero al mismo tiempo esta desvinculación de la política deja claro que el otorgamiento de un derecho no es un acto arbitrario.

24. En el debate alemán, J. P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981 y A. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heymanns, Colonia 1985.

25. Vid. D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 30.

26. *Ibidem*, p. 31.

27. Sobre el tema, vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996, p. 461 y D. WIEGAND, *Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte*, in “Deutsches Verwaltungsblatt”, 1974, pp. 657-663.

La dependencia de datos fácticos es tan típica de los derechos sociales como de los derechos de libertad. Es verdad que, si los derechos civiles son pretensiones negativas de no interferencia y justiciables²⁸, lo único que hay que ritualizar es la impugnación del acto de interferencia, es decir, la eventual intromisión. Por el contrario, en el caso de un derecho de prestación habría que ritualizar también posibles omisiones. Por ahora nos limitamos a señalar que también los derechos de libertad dependen de situaciones de hecho; por ejemplo, de la existencia de un sistema avanzado de justicia y de policía. La verdadera objeción parece ser que el coste de los derechos sociales es *más alto* que el de los derechos de libertad, pero también los derechos de libertad cuestan²⁹. Habría pues una diferencia de grado, no de cualidad. El coste del derecho de libertad se refiere no sólo al ejercicio del derecho, sino también a la reintegración del derecho violado; mientras que el derecho de prestación cuesta cuanto cuesta su satisfacción³⁰.

Lo que venimos diciendo tiene que ver con la tesis de la deficitaria universalidad del derecho desde el punto de vista de la prestación. Hay que examinar también la deficitaria universalidad del derecho en relación al titular. Como es sabido, en general, la prestación debida como derecho social está limitada por la situación de su destinatario. Son condiciones económicas (en la mayor parte de los casos) las que determinan quién es el destinatario del derecho social. El derecho a la asistencia sanitaria o a la educación, por ejemplo, parecen ser prestaciones debidas a quienes no pueden hacerse cargo, por sus propias fuerzas, de proveer a tal fin. Desde ese punto de vista, entre derechos de libertad y derechos sociales parece atisbarse una diferencia estructural. Los

28. Vid. R. ESPOSITO, *Le libertà costituzionali tra potere pubblico e potere privato. Appunti*, en E. Cheli, *op. cit.*, pp. 57-80.

29. Lo demuestran S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York 1999.

30. G. CORSO, *Diritti umani*, "Ragion Pratica", 4, 7, 1996, p. 66.

derechos sociales “no parten de la ficción, en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho y en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas”³¹. La universalidad de los derechos sociales no se da, como sería el caso en los derechos de libertad, *ab initio*, sino que la universalidad se da en el fin que se proponen realizar tales derechos. Hay que entender bien esa afirmación para estar de acuerdo con que la universalidad no es solamente un punto de partida sino también una aspiración. Sin embargo, no creo que el reconocimiento de derechos por la condición humana sea una ficción, ni que se pueda absolutizar la idea de la universalidad como fin. No hay duda de que los derechos sociales son derechos humanos porque “pretenden como fin favorecer en la organización de la vida social, el protagonismo de la persona para que pueda desarrollar plenamente las virtualidades de su condición (dignidad humana)”³², y ese protagonismo de la persona no admite discriminaciones. Además, por un lado, podemos notar el hecho empírico de que las legislaciones han generalizado los derechos sociales a todos los ciudadanos³³ y, aún más, a todos los hombres, como demuestra por ejemplo la extensión de la asistencia sanitaria no sólo a ciudadanos e inmigrantes³⁴, sino a cualquier sujeto independientemente de su condición en relación al Estado en que se encuentra³⁵. Por otro lado, la universalidad del derecho es parte de su condición jurídica, que

31. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, cit., p. 64.

32. *Ibidem*, p. 62.

33. Creo que esto es con lo que no está de acuerdo Peces Barba.

34. Con la consecuencia que se supera la dicotomía entre derechos humanos y derechos del ciudadano.

35. Vid. J. L. COLEMAN e S. K. HARDING, *Citizenship, the demands of justice, and the moral relevance of political borders*, en W. F. Schwartz (ed.), *Justice in Immigration*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

no admite diferencias en el reconocimiento³⁶. A menos que se consoliden diferencias sociales y económicas, que es precisamente lo que se quiere evitar, resulta difícil aceptar una discriminación *ab initio* entre los seres humanos a los que se reconocen los derechos sociales. La distinción entre sujetos se realizará, como en todos los casos de implementación de los derechos, en la fase de aplicación, a través de una ponderación de las posibilidades normativas y fácticas en las que el derecho se debe realizar.

Podemos terminar el análisis de algunas de las críticas contra los derechos sociales, volviendo a recordar a quienes los reducen a *condiciones* para otros fines (u otros derechos) y, por lo tanto, a servicios más que a derechos. Lo que se discute en este caso es el carácter instrumental de los derechos sociales respecto a otros (por ejemplo los derechos de libertad), o respecto a bienes sociales como la cooperación en la vida social o política. Creo que se puede afirmar que tal carácter instrumental no afecta a su condición de derechos. Por un lado, en cuanto derechos humanos, los derechos sociales son por definición condiciones para que su sujeto se realice (y por esto es oportuno no realizar discriminaciones *ab initio* en su reconocimiento). Por otro lado, también los derechos de libertad pueden ser considerados un medio instrumental: su tutela tiene como fin la realización de los proyectos de vida de los individuos. Los derechos sociales y los derechos de libertad son igualmente derechos *para* la persona. Cabe aún considerar instrumentales aquellos derechos que tutelan bienes instrumentales, a diferencia de aquellos derechos que tutelan bienes en sí. Desde este punto de vista, resulta intuitivo considerar los derechos económicos como derechos instrumentales. En este sentido, habría que hacer una distinción entre derechos sociales, económicos y culturales (que venimos considerando conjuntamente

36. Vid. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 18-24.

por su pertenencia a la llamada segunda generación). Es más fácil distinguir entre el bien tutelado por un derecho económico y social y el tutelado por un derecho cultural (el bien de la identidad), dada la evolución de estos³⁷. De todas formas es difícil distinguirlos si se considera que son derechos caracterizados por una exigencia de cooperación. Se puede además sostener que la cooperación y la solidaridad son bienes en sí mismos y no solamente recursos instrumentales.

EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS Y SU ESTRUCTURA

Para hablar de derechos (en sentido subjetivo) se pueden utilizar dos modelos: un modelo basado en dos términos y un modelo basado en tres. Según el primero, los elementos imprescindibles para definir un derecho son el sujeto de derecho, el bien y el sujeto del deber. Este lenguaje de los derechos pone en evidencia la interdependencia de los sujetos en las relaciones de justicia³⁸. El segundo modelo, que ve el derecho como una relación entre un sujeto y un bien³⁹, tiene dos ventajas, a mi modo de ver: simplifica el lenguaje (pues juega un elemento menos), pero sobre todo impide que la no inmediata o contextual identificación del sujeto del deber lleve a la negación de la existencia del derecho. En este sentido, este modelo hace referencia a una concepción dinámica de los derechos: un derecho es una *razón* para

37. P. MEYER-BISCH, *Les droits culturels. Une catégories sous-développée de droit de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg 1993.

38. Vid. W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires 1968. Sobre algunas críticas a Hohfeld y sobre la idea de que los derechos son una nueva manera de hablar de la ley natural, vid. J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1992.

39. Es la formulación más común de los derechos: "toda persona o todo ciudadano tiene derecho a ...".

la existencia de un deber⁴⁰. Desde esta posición es posible dar respuesta a una ulterior objeción contra los derechos sociales: la que se funda sobre la correlatividad entre derechos y deberes. Se dice que solamente hay un derecho cuando existe un deber; no sería sino el reflejo de un deber por cuenta de un sujeto bien determinado⁴¹. Mientras que los derechos de libertad están bien determinados (o son derechos *erga omnes* o son derechos de no interferencia por parte del Estado), no sucede lo mismo con los derechos sociales. Sin embargo, si se acepta la idea de que un derecho es la razón que justifica un deber, habrá un derecho donde haya un interés o un bien que deba ser protegido, tan importante como para justificar la creación de obligaciones⁴².

El modelo de tres términos facilita el examen de la estructura deóntica de los derechos. Como es sabido, Hohfeld ha intentado reducir el lenguaje de los derechos a algunos elementos fundamentales: pretensión, poder, privilegio e inmunidad. A cada una de estas posiciones del sujeto del derecho corresponde una posición del sujeto del deber: sujeción, deber, no derecho e incapacidad⁴³. En esa perspectiva general se enmarca la distinción de Ferrajoli, entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos de libertad y sociales, por otro, en relación con el papel del Estado⁴⁴. La primera de estas categorías es la de derechos-poderes en la esfera pública y privada (los derechos políticos y los derechos civiles respectivamente). La segunda comprende derechos-expectativas: negativas (prohibición de interferencia) en el caso de derechos de libertad, y positivas (de prestación) en el caso de derechos sociales. Considerando los derechos como rela-

40. Vid. N. MACCORMICK, *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1982. Vid. también J. WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 1993.

41. Es evidente la clara matriz kelseniana de esta posición.

42. Vid. N. MACCORMICK, *ob. cit.*

43. Vid. W. N. HOHFELD, *ob. cit.*

44. L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, cit., p. 273.

ciones de tres términos entre un sujeto, un cierto tipo de acto o un bien y el Estado o sujeto sobre el que recae el deber, las posiciones del tercero son fáciles de individuar entre aquellas parejas de conceptos jurídicos fundamentales: en el caso de la libertad como inmunidad, el destinatario del deber está en posición de incapacidad; en el caso de expectativas positivas, el tercero tiene un deber. En relación a los derechos poderes (los civiles y políticos) el tercero está en la posición de sujeción⁴⁵.

A este propósito puede apuntarse que la distinción entre derechos de libertad y civiles es un poco forzada y sólo se puede admitir si los derechos de libertad son entendidos como derechos de libertad estrictamente negativa. Este tema nos permite abrir un paréntesis sobre el papel de la libertad en la dicotomía derechos de libertad-derechos sociales. El problema es cómo se piensa en la libertad, que admite muchas y muy variadas lecturas: la libertad puede ser un hecho natural extrajurídico (que queda fuera de la interacción política y jurídica en sentido amplio); o una libertad fáctica, o una libertad política o positiva en la conformación de la voluntad política⁴⁶. Corrientemente, los derechos de libertad se refieren a la libertad negativa, los derechos civiles a la libertad jurídica, los derechos políticos a la libertad positiva. Parece que los derechos sociales son los únicos que no hacen referencia a la libertad. Sin embargo, no se puede olvidar que los derechos so-

45. En general, se piensa en los derechos civiles como derechos contra el Estado y en los derechos sociales como prestaciones a obtener del Estado. Vid. J. M. BARBALET, *ob. cit.*, pp. 49-50. Los derechos políticos son derechos que obligan al Estado a crear instituciones democráticas y a tener en cuenta la opinión que los ciudadanos expresan.

46. La libertad se presenta como un elemento de una teoría política sobre los límites del Estado, tema en el que no podemos entrar. La libertad negativa acentúa los límites del Estado, la libertad fáctica problematiza sobre sus fines (es decir si el Estado debe desarrollar un papel promocional), la libertad positiva suscita el problema de la legitimación democrática. Vid. G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991), a cura di V. Ferrari, trad. it. di L. Mancini, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 195-222.

ciales a menudo se justifican en virtud de la libertad fáctica o real, esto es, en relación a la necesidad de garantizar algunos bienes que posibiliten al sujeto el ejercicio de otras libertades. Sin un mínimo de educación, de salud, de retribución, es ilusorio pensar que se puedan ejercitar las libertades más elementales, de expresión, de circulación, de participación a la formación de la voluntad política, las libertades jurídicas⁴⁷. En este sentido, el fundamento de los derechos es siempre la libertad. En relación a la libertad es posible, por lo tanto, sostener la continuidad de los derechos. Esto no es óbice, sin embargo, para reconocer que los distintos derechos, o si se quiere, las distintas generaciones de derechos, se distinguen en relación a distintos valores: a la libertad, a la solidaridad o a la igualdad. En realidad los derechos están más entrelazados de lo que parece. Ya hemos visto cómo se puede afirmar que todos los derechos tienen una dimensión social. Ahora vemos que todos ellos hacen referencia a la libertad. En cierta medida, estos derechos señalan dimensiones estructurales.

En línea general, puede decirse que todo derecho supone una acción positiva por parte del Estado. Esta afirmación general necesita algunas aclaraciones. La gradación de las acciones del Estado admite un amplio abanico de posibilidades: desde la protección del individuo respecto a terceros (por ejemplo la protección típica de las normas de derecho penal), a las normas de organización y normas procedimentales (sobre competencias de derecho privado, de la disposición de instituciones judiciales y administrativas, de organizaciones para la formación de la voluntad estatal), o de las normas dirigidas a los tribunales para interpretación y aplicación de leyes, hasta alcanzar a la dispo-

47. Vid. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., cap. IX. En contra, aun reconociendo que la libertad fáctica es imprescindible para otras libertades, como por ejemplo, la libertad jurídica, sigue sosteniendo que los derechos sociales son un objetivo político, H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, W. Kohlhammer, Colonia 1974, pp. 48 y sig.

sición y prestación de bienes. Hay prestaciones de distinta naturaleza: normativas⁴⁸ y fácticas⁴⁹.

En el marco de las prestaciones normativas, una posible diferencia entre el derecho de defensa clásico y el derecho a protección por parte del Estado radica en esto: mientras que el derecho de defensa clásico prohíbe toda acción en relación al bien jurídico protegido, el derecho de protección presenta un campo de acción (llamado campo estructural) en cuyo ámbito ha de elegirse una acción para cumplir el mandato. Mientras para el derecho de defensa la condición suficiente para cumplir con el deber es la omisión de todas las acciones, para los derechos de protección es suficiente la realización de una de estas⁵⁰. Sin embargo, también los derechos de libertad, por lo menos algunos, se articulan en supuestos de hecho indeterminados. Además, sería restrictivo pensar que los derechos civiles, políticos y de libertad no impliquen una prestación por parte del Estado; por lo menos, como prestación normativa y como protección de posibles acciones del Estado que puedan modificar la posición del sujeto de derecho⁵¹. También en el caso de los derechos absolutos (*erga omnes*), de los que son ejemplo los derechos de libertad, y a los que corresponde una prohibición de lesión por parte de todos, “en ausencia de las garantías ofrecidas por una legislación penal –por ejemplo en materia de homicidio, o de hurto o similares– sería imposible, por lo menos desde el principio de legalidad penal, calificar sus violaciones como delitos”⁵².

48. Ha subrayado el alcance de la prestación normativa para todos los derechos, de libertad y sociales, P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Müller, Heidelberg, 1983.

49. Vid. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 402-404.

50. Vid. *ibidem*, pp. 410-411.

51. Vid. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, “Teoria Politica”, 19, 2, 1998, pp. 3-48.

52. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, en “Teoria politica”, 15, 1, 1999, p. 79.

Esta constatación nos permite dar un paso más. Ya en el caso de que se entiendan los derechos como pretensiones accionables (en los que el Estado juega el papel de tercero como administrador de justicia), ya se entiendan como prestaciones fácticas por parte de los poderes públicos, no hay posibilidad de distinguir los derechos sociales de los derechos de libertad en relación al tercero respecto al que surge una obligación, pues es siempre el mismo. Hay quién precisamente por eso excluye de los derechos sociales los que individúan como contraparte a sujetos privados, sin *interpositio* del legislador⁵³. Sin embargo, la posibilidad de distinguir entre prestación normativa y fáctica nos abre una posibilidad nueva. Mientras la prestación normativa depende en la mayor parte de los casos del Estado —ya hemos visto que la génesis de un derecho social puede ser una Declaración internacional—, la prestación fáctica podría ser dispensada por otro sujeto distinto del Estado en virtud de una legislación que la imponga. Sobre la base de ese dato, puede entenderse la diferencia entre el Estado social y el Estado asistencial. Mientras que el concepto de Estado social es un concepto constitucionalista (aquel Estado en que se reconocen derechos sociales a los individuos), el Estado asistencial (en el que es la organización estatal la que otorga materialmente la prestación) es sólo una modalidad del Estado social; quizás el modelo más obvio, pero no el único⁵⁴.

En conclusión, podemos distinguir entre las prestaciones: legislativas, administrativas, organizativas y fácticas. Para que un derecho sea accionable tiene que haber intervención del Estado legislador y organizador de instituciones: ambas condiciones se refieren a los derechos de libertad y a los derechos sociales. Sin embargo no hay razón necesaria (puede haber razones de con-

53. Vid. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., pp. 762-768.

54. A. BALDASSARRE, *I diritti sociali nella Costituzione*, en T. Treu, L. Paladin (ed.), *Quale futuro per i diritti sociali?*, Atti del Convegno di Studio del 23 marzo 1996, Centro di Studi G. Martelletto, 1996, p. 34.

veniencia) para que las prestaciones fácticas sean proporcionadas por el Estado. Podríamos pensar en pretensiones respecto al Estado de que se vean realizadas algunas condiciones objetivas, que pueden obtenerse de distintas maneras. A este propósito viene bien recordar la distinción entre derechos sociales condicionados e incondicionados: son condicionados aquellos cuyo goce depende de la existencia de una organización que lo permita; son derechos incondicionados los que se refieren a relaciones jurídicas que se instituyen espontáneamente (por ejemplo, el derecho a una justa retribución)⁵⁵.

En un último análisis, la cuestión nos lleva, desde una perspectiva de teoría general, al problema de la posición del sujeto de derecho respecto al momento legislativo; momento que generalmente es libre, con las limitaciones típicas de los Estados constitucionales. Desde una perspectiva de filosofía del derecho, nos encontramos con la reflexión sobre si el Estado reconoce derechos o los atribuye. Pero también en ese caso, los derechos de libertad y los derechos sociales se encuentran en situación similar.

55. Vid. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 30.